

Im 19. Jahrhundert wird der Richter vom Diener Fürsten zum Diener des Gesetzes. In diesem Jahrhundert wird also die sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Justiz ebenso in der europäischen Rechtskultur verankert wie die Beteiligung des Volkes an der Ausübung der Dritten Gewalt. Die Beiträge dieses Bandes beleuchten diesen Prozeß für Spanien, Deutschland und die Schweiz.

ISBN: 978-3-86646-406-3



Rechtskultur Wissenschaft

Czeguhn/Sánchez Aranda (Hg.): Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts

Rechtskultur Wissenschaft

5

Czeguhn/  
Sánchez Aranda (Hg.)

# Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts

Zur Stellung des Richters  
im 19. Jahrhundert

Del servicio al Rey al servicio de la Justicia:  
el cargo de juez en el siglo decimonónico

Rechtskultur Wissenschaft

Rechtskultur Wissenschaft

Band 5

Herausgegeben von  
Martin Löhnig (Regensburg) und Ignacio Czeguhn (Berlin)



Czeguhn/Sánchez Aranda (Hsrg.)  
Vom Diener des Fürsten zum  
Diener des Rechts:  
Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert

Del servicio al Rey al servicio de la Justicia:  
el cargo de juez en el siglo decimonónico

Bibliografische Informationen der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte Daten  
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.  
ISBN: 978-3-86646-406-3

©2011 Edition Rechtskultur  
in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg  
[www.gietl-verlag.de](http://www.gietl-verlag.de)  
Satz und Gestaltung: Andreas Gietl, Regensburg  
ISBN: 978-3-86646-406-3

## VORWORT DER HERAUSGEBER

Am 23. Oktober trafen sich Wissenschaftler aus vier Ländern in Würzburg um ein Projekt ins Leben zu rufen, dass ein Jahr später schließlich unter dem Namen „Forschungsverbund zur Europäischen Justizgeschichte“ gegründet wurde (<http://www.europaeschejustizgeschichte.com>). Die Idee der versammelten Teilnehmer aus Deutschland, Spanien, der Schweiz und Belgien war es eine vergleichende Forschung des Prozessrechtes und der Gerichtsorganisation im 19. Jahrhundert anzustoßen. Hierbei ging es insbesondere darum, die Entwicklung der einzelnen Prozessrechtsordnungen und der in den unterschiedlichen Ländern verschiedenen Gerichtsorganisationen seit dem Ende der französischen Revolution zu erforschen. Es sollte also auch um die Frage gehen, wie man die Überleitung aus dem Ancien Regime in das 19. Jahrhundert und seinem „Liberalismus“ in der Justizgeschichte gestaltete. Nach zwei weiteren Treffen, an denen einleitende Vorträge und Fragestellungen behandelt wurden und die in einem ersten Band 2011 veröffentlicht worden sind (Cze-guhn/Perez Juan, *Reflexiones sobre la Justicia en Europa*), waren sich die Beteiligten einig, dass die rechtshistorische Untersuchung der Entwicklung dieser Thematik ebenso vom lateinischen Grundsatz „ius est sententia iudicis“, beeinflusst wurde. Dies setzt jedoch eine funktionierende Justizverwaltung voraus, um das Recht, was man vermeintlich hat, auch zu bekommen.

Gleichzeitig wurde man sich dessen bewusst, dass die Untersuchung des genannten Zeitraumes nicht ohne Einbeziehung des verfassungsrechtlichen Rahmens, der gesellschaftlichen Entwicklung jener Zeit und der politischen Vorgaben möglich war. Die verfassungsrechtliche Entwicklung sollte, so stellte man fest, an erster Stelle stehen. Hier wurden die Vorgaben der Überleitung vom Ancien Regime ins „liberale“ 19. Jahrhundert etabliert, aber es finden sich eben dort auch die ersten Regelungen die Justiz und ihre Funktionsweise betreffend. Gewissermaßen an zweiter und dritter Stelle sollten dann die prozessrechtliche (hier insbesondere die Kodifikationen) und die richterorganisatorische Entwicklung im Focus der Forschung stehen.

Die in diesem Band gesammelten Beiträge wurden größtenteils an der juristischen Fakultät der Universität Granada am 26. und 27. November 2009 als Vortrag gehalten. Unter dem Titel „Justizverwaltung und Judikative in Europa 1808-1871“ fand dort ein Kongress statt, an dem der gesamte Forschungsverbund teilnahm. Gedankt sei an dieser Stelle an die finanzierenden Stellen, namentlich der Consejería de Investigación y Ciencia der Junta de Andalucía und dem Archivo de la Real Chancillería de Granada. Hier sei insbesondere Don David Torres Ibáñez und D<sup>a</sup> Eva Martín López gedankt, die

durch die unbürokratische zur Verfügung Stellung wichtiger Dokumente ihres Archivs den Wissenschaftlern vor Ort die Arbeit erheblich erleichtern.

Inhaltlich sahen die Vorträge alle angesprochenen Thematiken vor, um sich weiterhin dem großen Forschungsthema anzunähern. Die Regelungen in der spanischen Verfassung von 1812, beeindruckendes verfassungshistorisches Beispiel für den Übergang vom Ancien Regime zum 19. Jahrhundert sowie die prozessrechtlichen Entwicklungen in Deutschland, Spanien und der Schweiz sollten im Mittelpunkt stehen.

Die Beiträge in diesem Band sind nun das Ergebnis des Treffens. Miguel Angel Morales stellt die Figur des alcalde vor, eine Institution aus dem Ancien Regime, die nach der neuen Verfassung 1812 neben seiner Zuständigkeit als Richter erster Instanz auch verwaltungsrechtliche Zuständigkeiten erhalten sollte. Mareike Preisner und Jose Antonio Perez Juan widmen sich den Geschworenengerichten in Spanien und Deutschland im 19. Und 20. Jahrhundert. Beispiel eines Versuches, im 19. Jahrhundert die Gerichte „dem Volk näher“ zu bringen, aber auch Beispiel für das mögliche Scheitern von neuen Konzepten. Antonio Sanchez Aranda beleuchtet den Grundsatz des Habeas Corpus in der spanischen Verfassung 1812, ein Prinzip das bereits im Mittelalter in der Krone Aragón als „a posse iudicum“ bekannt war. Die Entwicklung dieses Prinzips in Spanien, das sogar vor dem englischen Wright bekannt war, vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert ist Gegenstand der Untersuchung von Sanchez Aranda. Lukas Gschwend stellt sodann den Übergang in der Schweiz und der helvetischen Republik dar, wobei er der Entwicklung und den Einfluss/Nichteinfluss des französischen Systems in den verschiedenen Kantonen minutiös nachspürt. Ricardo Gomez Rivero, Kenner und Experte der Quellenlage im 19. Jahrhundert und der spanischen Verfassung 1812, stellt die Konzeption der Kollegialorgane in dieser Verfassung vor sowie die Ernennung der Richter zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Spanien. Hier wird ein besonderer Punkt deutlich: das neue System war angewiesen auf die „alten Richter“ des Ancien Regime, die aber unter neuen verfassungsrechtlichen und rechtlichen Vorgaben Recht sprechen und verwalten sollten. Martin Löhnig schließlich beschäftigt sich mit der Entwicklung in Süddeutschland und stellt die Organisation der Justizverwaltung im Frühkonstitutionalismus dar. Hier werden französische Einflüsse sichtbar, doch nicht ausschließlich. Die Rezeption, Projektion und Konzeption des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit untersucht Löhnig, ohne die Probleme hinsichtlich seiner Ausgestaltung auszusparen.

Dank gebührt allen Teilnehmern der Tagung und Autoren der Beiträge für ihre zuverlässige und stets angenehme Zusammenarbeit.

Granada, Berlin im Oktober 2011  
Antonio Sanchez Aranda  
Ignacio Czeguhn

## PRESENTACIÓN

El 23 de octubre de 2008 se comenzaba la andadura para concretar un Proyecto de investigación del que un año y medio más tarde sería conocido como *Europäische Justizgeschichte in 19. Jahrhundert* (<http://www.europaeschejustizgeschichte.com>). En una reunión en la Facultad de Derecho de la Universidad de Würzburg, a la que asistieron investigadores de Historia del Derecho de Alemania, Suiza y España, se empezó a pergeñar las bases para acometer la tarea de realizar un estudio comparado de la Justicia decimonónica europea.

En el actual marco político de la Unión Europea, y cuestionado seriamente los fines del mal denominado Espacio Europeo de la Educación Superior, entendíamos que era necesario desde nuestra disciplina impulsar una investigación que pusiese de manifiesto los concomitancias o diferencias en los procesos de formación de los Ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados nacionales surgidos tras la Revolución francesa. Prontamente el debate convergió hacia un punto común de inicio en la investigación. Convencidos quienes asistimos a esta primera reunión -luego seguirían dos más preparatorias del proyecto- de la importancia de avanzar en el estudio comparado de los diferentes modelos de Justicia, y reafirmados en la idea extrapolada de la máxima latina *ius est sententia iudicis*, nos orientamos a la necesidad de analizar la transición del Antiguo al Nuevo Régimen liberal en el campo de la Justicia. En definitiva, la articulación del denominado Poder Judicial en diferentes Estados nacionales europeos.

En una primera aproximación al estudio comparado de la Justicia liberal se realizó una delimitación temporal y cronológica surgida de contraponer los cambios, y la evolución socioeconómica y política, de nuestro marco territorial de análisis. Un cuadro de referencia que sirvió de base para precisar las semejanzas y diferencias fundamentales de los diferentes modelos objeto de estudio, así como las aportaciones historiográficas realizadas hasta la fecha y las fases que podían establecerse para los fines de nuestra investigación. Por tanto, se hacía necesario, en una primera fase, abordar los procesos de transición hacia la implantación de la nueva Justicia liberal, precisando los hechos políticos significativos que permitieron el cambio y los principios programáticos que lo impulsaron. En un segundo momento, debía analizarse los diferentes modelos organizativos de administración de justicia tanto en el ámbito penal como civil y, por último, en una tercera fase abordar los procesos de codificación procesal.

Precisamente los trabajos que hoy se presentan en este libro es consecuencia del segundo encuentro que bajo el título *Administración de Justicia y Poder Judicial en Europa (1808-1871)*. Una visión comparada, se celebró en la Facultad

de Derecho de la Universidad de Granada los días 26 y 27 de noviembre de 2009. Éste se hizo posible gracias a la contribución de diferentes instituciones, entre las que queremos destacar la Consejería de Investigación y Ciencia de la Junta de Andalucía y el Archivo de la Real Chancillería de Granada, agradeciendo particularmente el apoyo y colaboración que desde hace varios años tenemos de Don David Torres Ibáñez y D<sup>a</sup> Eva Martín López, archiveros que con su profesionalidad y saber hacer nos están ayudando a conseguir algunos de los objetivos investigadores del Proyecto arriba mencionado. En este encuentro se trató monográficamente el estado de la cuestión en la historiográfica dedicada al constitucionalismo, los nuevos principios de la Justicia liberal, la organización jurisdiccional y el derecho procesal en la Europa decimonónica, posibilitando la articulación de esquemas de trabajo que facilitasen la investigación. El proceso de formación de la Constitución gaditana de 1812, primera en legitimar una institución de rancio abolengo como era la monarquía desde un planteamiento histórico-revisionista que hunde sus raíces en el Antiguo Régimen, y el modelo de Justicia que se articuló fueron objeto de particular análisis por la influencia que tuvo en Europa este texto constitucional hasta mediados del siglo XIX. También se abordaron en diferentes mesas de debate las bases del Derecho procesal de la codificación en Suiza, España y Alemania. Toda una puesta en común necesaria para comprender los procesos de cambio que permitieron desmantelar las estructuras de la Justicia absolutista.

Finalmente, el presente libro estimado lector, consecuencia del encuentro en la universidad granadina, viene a constituir la segunda aportación en los estudios comparados de la Justicia liberal, tras el publicado en 2010 bajo el título Reflexiones sobre la Justicia en Europa. En el mismo participan autores que abordan temas relacionados con la independencia judicial y los modelos de organización jurisdiccional, tanto en el ámbito civil como penal. En este sentido, los diferentes trabajos están redactados en alemán, español e inglés, todos introducidos con un resumen amplio que pretenden facilitar su lectura y comprensión. El Dr. Morales Payan aborda una institución judicial de primera instancia, el alcalde, que heredada del Antiguo Régimen pasa a incorporarse en la Constitución gaditana con funciones de gobierno local pero también jurisdiccionales lo que evidencia, de facto, la mera formalidad del principio de independencia judicial; la Dra. Preisner y el Dr. Pérez Juan presentan sendos trabajos donde abordan con rigor la génesis y formación de la institución del Jurado en España y Alemania en los siglos XIX y XX, así como su naturaleza, competencias y funcionamiento. De la lectura de sus trabajos, acompasados con el devenir político de los nuevos Estados Nación, podemos comprender las razones de su implantación, el intento de acercamiento de la Justicia a los ciudadanos así como las posibles razones de su fracaso en el modelo jurisdiccional. No consta que, en particular, ambos autores están realizando un estudio comparado más amplio entre ambos mo-

delos que esperamos prontamente se publique. El Dr. Sánchez Aranda analiza la institución del Habeas Corpus en el constitucionalismo gaditano. Es de destacar el estudio que realiza de una institución bajo medieval, la manifestación de personas “a posse iudicum”, como proceso cautelar garante de los derechos del detenido que se estableció a mediados del siglo XIV en el Ordenamiento del Reino de Aragón, en el marco político de la Corona catalano-aragonesa, antes incluso que la Wright inglesa. Dentro del tradicionalismo gaditano, y enmarcado en el debate sobre qué modelo seguir, el autor trata las características del Habeas Corpus así como las razones por las que, finalmente, se decantaron por seguir al Ordenamiento francés. Por otra parte, el Dr. Gschwend aborda el estudio de la implantación del principio de independencia judicial en la confederación helvética. En un sutil análisis y planteando los modelos de la organización jurisdiccional en los diferentes cantones suizos en el tránsito del Antiguo Régimen al modelo constitucional, analiza la influencia del modelo francés así como los problemas que se dieron en la constitución política helvética para la implantación de facto de la independencia judicial. El Dr. Gómez Rivero, buen conocedor de los fondos documentales del siglo XIX en general y sobre la constitución de Cádiz, en particular, y desde el rigor y la metodología con la que nos tiene acostumbrados, aborda la formación de los órganos colegiados de justicia y el sistema de nombramientos de jueces y magistrados en el constitucionalismo gaditanos. De una forma magistral plantea el modelo constitucional gaditano y, analizando las reticencias y tensiones entre la “nueva” monarquía constitucional y el Poder legislativo, analiza el nombramiento de magistrados teniendo en cuenta que el nuevo sistema liberal debía nutrirse de jueces y magistrados provenientes de la Justicia absolutista. La última aportación se la debemos al Dr. Löhnig. Éste, abordando los primeros procesos constitucionales de las diferentes organizaciones que integraron a partir del primer tercio del siglo XIX el Estado de Baviera así como la influencia, entre otros, del modelo francés, describe la nueva planta judicial y los problemas surgidos en su configuración. Y lo hace magistralmente desde la recepción del principio de la independencia judicial, su concepción y proyección en la organización jurisdiccional bávara del primer constitucionalismo.

Por último, queremos señalar que el presente libro está, a su vez, inexorablemente incardinado con una próxima publicación que, centrada en los estudios de la codificación procesal decimonónica, aparecerá en el primer trimestre del año 2012.

Pero no queremos terminar sin antes agradecer a todos los investigadores que participan en el Proyecto su compromiso, seriedad, rigor y esfuerzo desinteresado que está permitiendo que cada año avancemos hacia el objetivo común de realizar un estudio general comparado de la Justicia decimonónica europea.

Granada, Berlin im Oktober 2011

Antonio Sanchez Aranda

Ignacio Czeguhn



# INHALT

<u>MARTIN LÖHNIG</u> <u>ZUR STELLUNG DES RICHTERS IM SÜDDEUTSCHEN FRÜHKONSTITUTIONALISMUS</u>	15
<u>LUKAS GSCHWEND/MATTHIAS KRADOLFER</u> <u>DIE ENTWICKLUNG DER UNABHÄNGIGKEIT DES RICHTERS IN</u> <u>DER SCHWEIZ 1798–1848</u>	23
<u>MIGUEL ÁNGEL MORALES PAYÁN</u> <u>LOS ALCALDES AL SERVICIO DE LA JUSTICIA DECIMONÓNICA:</u> <u>UNA PROPUESTA DISCUTIDA.</u>	37
<u>ANTONIO SÁNCHEZ ARANDA</u> <u>THE ENGLISH HABEAS CORPUS</u>	49
<u>RICARDO GÓMEZ RIVERO, ELCHE</u> <u>APPOINTING OF MAGISTRATES IN SPAIN IN THE FIRST HALF OF</u> <u>THE NINETEENTH CENTURY</u>	61
<u>MAREIKE PREISNER</u> <u>GRUNDLINIEN DER DEUTSCHEN SCHWURGERICHTSBARKEIT</u>	73
<u>JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN</u> <u>LEGAL FRAMEWORK FOR THE JURY IN THE FIRST SPANISH CONSTITUTIONALISM</u>	89



„Die Verwaltung der Gerechtigkeit  
ist von dem Gewaltkreise des  
Staatsoberhauptes völlig ausgeschieden“:  
Zur Stellung des Richters im süddeutschen  
Frühkonstitutionalismus

*Martin Löhnig*

**I. DER „GERADE WEG DER RECHTE UND DER GERECHTIGKEIT“**

Durch ein Reskript vom 11. Juni 1791 beanstandete der Badische Markgraf Karl Friedrich die Entscheidung des Badischen Hofgerichts in der Sache des Züricher Handelshauses Pestalozzi & Schulthes gegen den Vicomte de Mirabeau. Allerdings unterließ es der Markgraf, die gerichtliche Entscheidung zu korrigieren, vermutlich weil das Verfahren inzwischen im Wege der Appellation ans Reichskammergericht gelangt war und der Markgraf einen Konflikt mit der Reichsgerichtsbarkeit vermeiden wollte, die übrigens das Urteil des Hofgerichts schließlich bestätigte. Erst wenige Jahre zuvor, 1787, hatte das Reichskammergericht einen Kabinettsbefehl, mit dem der Fürstbischof zu Speyer selbst einen Rechtsstreit entscheiden hatte, aufgehoben und den Fürstbischof unter Strafdrohung angewiesen, „künftig, die Jura partium betreffenden Sachen nicht aus seinem Cabinet [zu] entscheiden, sondern solche zu ordentlichen Gerichten [zu] verweisen“. Die Reichsgerichtsbarkeit schützte also die höchstrichterliche Unabhängigkeit in den Territorien des Reichs, weil sie dem Zugriff des jeweiligen Monarchen entzogen war und seine Rechtssprüche aufheben konnte; das galt freilich nur für kleinere Territorien, die nicht das Privileg der Letztentscheidung durch ein eigenes Gericht (*privilegium de non appellando*) besaßen.

Johann Georg Schlosser, der Direktor des badischen Hofgerichts, hätte die Sache also auf sich beruhen lassen können; er beantwortete die Beanstandung seines Markgrafen in der Sache Pestalozzi & Schulthes gegen Vicomte de Mirabeau aber statt dessen auch im Namen seiner Kollegen mit folgender richterlicher Unabhängigkeitserklärung: „Wir kennen die Größere unseres Berufs, wir wissen, daß wir hier, auf der Welt, neben Ew. Hochfürstlichen Durchlaucht auch Höchstdero Land und Kaiser und Reich für die Verwaltung der Justiz Rechenschaft geben müssen, und daß nach dem Tod ein Richter auf uns wartet, der unparteiisch richten und die Entschuldigung, daß wir der Menschen Gunst und der Menschen Furcht unterlegen haben, nicht annehmen wird. Durchdrungen von dem Gedanken und der Würde unseres Berufs sind wir alle einmütig bereit, unser Richteramt lieber niederzulegen und uns der göttlichen Vorsehung zu überlassen, als durch irgendeine Rücksicht uns von dem geraden Weg der Rechte und der Gerechtigkeit abzuwenden.“ Die richterliche Unabhängigkeit, die Schlosser für sich und seinen Berufs-

stand beanspruchte, war damals freilich „erst werdendes Recht“ und Gegenstand eines lebendigen publizistischen Diskurses. Der Markgraf mißbilligte die Erklärung seines obersten Richters und Schlosser mußte deshalb schließlich seinen Abschied nehmen.

## II. FRANZÖSISCHE VORBILDER

Dreißig Jahre nach Schlossers Unabhängigkeitserklärung waren Regelungen zur richterlichen Un-abhängigkeit in allen Verfassungen der 1806 neugebildeten süddeutschen Staaten enthalten. Zu unterscheiden sind dabei die sachliche Unabhängigkeit der richterlichen Tätigkeit und die persönli-che Unabhängigkeit des einzelnen Richters selbst. Vorbilder für die süddeutschen Verfassungen waren die französischen Verfassungen seit 1791. Die richterliche Unabhängigkeit war dort zu-nächst in Form der Unabsetzbarkeit des Richters in Tit. III Chap. V Art. 2 der Verfassung vom 3. September 1791 geregelt und in Art. 41 und 68 der Verfassung vom 13. Dezember 1799 (22 fri-maire an VIII) auf die lebenszeitliche Berufung erweitert worden, bis schließlich die Senatsverfas-sung vom 6. April 1814 in Art. 17 und 18 auch die sachliche Unabhängigkeit ausdrücklich nannte.

Eine Regelung zur sachlichen Unabhängigkeit was deshalb erforderlich geworden, weil die oktroy-ierte Charte constitutionelle von 1814 nicht mehr auf dem Prinzip der Gewaltenteilung, sondern auf dem monarchischen Prinzip beruhte, so daß sich die Unzulässigkeit des monarchischen Eingrei-fens in die Rechtsprechung nicht mehr, wie zuvor, von selbst verstand. Denn im monarchischen Staat absolutistischer Prägung liegt die Staatsgewalt ungeteilt in der Hand des Monarchen; er eta-bliert zwar eine Justizorgani-sation und gewährt ihr in der Regel auch eine gewisse Unabhängig-keit. Aber er geht davon aus, diese Gewähr erforderlichenfalls auch wieder zurücknehmen zu kön-nen, und er kann gemäß den selbsterlassenen Normen – Rechtsspruch – oder gegen sie – Macht-spruch – selbst Recht sprechen und Entscheidungen seiner Gerichte dadurch ersetzen oder abän-dern. Diese Form der Unabhängigkeit unterscheidet sich fundamental von einem unabhängigen, allein dem Gesetz unterworfenen Richtertum nach heutigem Ver-ständnis; der Richter ist Beamter im Dienste des Monarchen, dem selbst die oberste Ju-stizgewalt zusteht.

## III. SACHLICHE UNABHÄNGIGKEIT DER JUSTIZ ALS HERRSCHAFTSSTRATEGIE DES FÜRSTEN

Das Vorbild der französischen Verfassungen gab für die seit der Zeit des Rheinbunds stark an Frankreich angelehnten süddeutschen Staaten jedoch nur den letzten Anstoß zur Etablierung einer sachlich unabhängigen Justiz; es hat vielmehr eine Entwicklung, die bereits im 18. Jahrhundert ihren Anfang nimmt, in diesen Staaten lediglich verstärkt und beschleunigt, wie der Vergleich etwa zu Preußen zeigt. Bereits in den Justizreformen des 18. Jahrhundert wurde nämlich die Rechtsprechung als selbständige Hoheitsfunkti-

on abgesondert und im Wege fürstlicher Selbstbindung eine von politischen Weisungen freie und insoweit unabhängige Rechtspflege etabliert. Regina Ogorek hält dies aber zu Recht weniger für die Verwirklichung des aufklärerischen Gedankens einer Machtmoderation, als vielmehr für eine Strategie landesherrlichen Machterhalts. Solange nämlich die ständische Verfassung mit ihren Privilegien den absolutistischen Machtanspruch des Monarchen stört, wirkt eine dem politischen Zugriff entzogene Justiz zu Gunsten des Monarchen: Eine Justiz, die nur auf die Gleichheit vor dem Gesetz verpflichtet und aus dem politischen Verantwortungsbereich abgekoppelt ist, schätzt Privilegien gering liefert dem Monarchen erwünschte, weil durch den eigenen Gesetzesbefehl programmierte Entscheidungen, ohne daß für deren Inhalt politische Rechtfertigungszwänge bestünden. Außerdem diente die Ausgliederung der Justiz der Effektivierung der Staatstätigkeit.

Die Etablierung einer dem politischen Zugriff entzogenen Justiz machte freilich einen Verzicht des Monarchen auf Rechts- und Machtsprüche erforderlich und, so die nicht angestrebte, aber zwingende Folge, sie diskreditierte diese Machtsprüche und überhaupt jede monarchische Einmischung in die Tätigkeit der Justiz nachhaltig. Das wird am eingangs geschilderten Fall Pestalozzi & Schulthes gegen Vicomte de Mirabeau genauso deutlich wie am berühmt gewordenen preußischen Prozeß des Müllers Arnold gegen seinen Grundherrschaft (1779), wo die eigentlich wohltätig gemeinte Einmischung des Königs als völlig unzulässiger Übergriff gewertet wurde – zumal der König sich selbst vorher dafür entschieden hatte, von der Möglichkeit des Machtspruchs niemals gebrauch zu machen. Die Ablehnung derartiger Eingriffe markiert den „Übergang von einem materiellen zu einem formellen Verständnis oberster Gerichtsherrschaft. Die vormals persönliche Verantwortung des Fürsten für die Verwirklichung des Rechts im Einzelfall hatte sich zur Pflicht des Regenten, für eine taugliche Gerichtsorganisation zu sorgen, verengt“. Der Satz, daß sich der Landesherr nicht in die Rechtsprechung einmischen dürfe, das Verbot des Rechts- und Machtspruchs, war also schon im 18. Jahrhundert durchaus anerkannt, wenn auch nicht stets befolgt.

Die Etablierung einer solchermaßen unabhängigen Justiz stand jedoch nicht nur im Interesse des Monarchen, sondern war gleichzeitig auch eine Forderung des aufkommenden Bürgertums, das keine Privilegien hatte und sich deshalb ebenfalls gegen ständische Vorrechte wandte. Außerdem konnte nur eine allein an das Gesetz gebundene Justiz die Rechte des Einzelnen gegen Angriffe verteidigen und Rechtssicherheit geben. Hinzu kommen schließlich „der soziale Aufstieg und eine bewußtere Haltung“ der oftmals aus dem Bürgertum rekrutierten Richter, die Einmischungen des Monarchen nicht mehr dulden wollten. Der Badische Hofgerichtsdirektor Schlosser hat diese Haltung verkörpert.

Landesherr und Bürgertum hatten also ähnliche Interessen, solange die Justiz nicht zu einer völlig autonomen Staatsfunktion wurde und die Entwicklung auf eine Gewaltenteilung hinauslief, sondern alle Staatsgewalt in der Hand des Monarchen vereinigt blieb. Allerdings band sich der Monarch, zunächst faktisch und theoretisch widerruflich und im frühen 19. Jahrhundert schließlich verfassungsgesetzlich und die von Fürstenhand

geschaffene unabhängige Justiz verselbständigte sich im 19. Jahrhundert nach und nach in einer Weise, die bei ihrer Schaffung sicher nicht beabsichtigt war. In der liberalen Justizstaatstheorie des 19. Jahrhunderts wurde die unabhängige, nur an das Gesetz gebundene Justiz schließlich vom Instrument des fürstlichen Machterhalts sogar zum Instrument der Kontrolle staatlichen und damit in letzter Konsequenz fürstlichen Handelns. Dieser Punkt soll nicht weiter vertieft werden; vielmehr ist als Zwischenergebnis festzuhalten: Die Veränderungen des Justizwesens hin zu einer sachlichen Unabhängigkeit der Justiz im Sinne einer strikten Gesetzesbindung haben ihre Ursache nicht allein im französischen Vorbild, sondern vor allem auch in der Kontinuität der Reformanstrengungen des Absolutismus und der Aufklärung.

#### **IV. PERSÖNLICHE UNABHÄNGIGKEIT ALS UNENTLASSBARKEIT DER STAATSDIENER**

Die persönliche Unabhängigkeit des Richters hingegen hat andere Ursprünge, nämlich die Lehre vom Staatsdienst mit der Unentlassbarkeit der Staatsdiener. Autoren, die im 18. Jahrhundert gegen Kabinettsjustiz anscrieben und für eine sachliche Unabhängigkeit der Justiz eintraten, thematisierten diese Frage in aller Regel nicht. Die Praxis des Reichskammergerichts hatte hingegen bereits seit den 1760er Jahren das Recht zur Entlassung eines Staatsdieners an ein rechtliches Verfahren gebunden und damit die Herrscherwillkür auszuschalten versucht. Die Bayerische Dienstpragmatik von 1805 regelte in § 18 schließlich, daß Richter nur unter Beibehaltung ihres Gesamtgehaltes „quiesziert“ werden konnten. Bayern unterschied damit als wohl erstes Land zwischen einem Recht auf die Amtstätigkeit und einem Recht auf die Besoldung, eine Unterscheidung, die seit den 1790er Jahren in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vorbereitet worden war. Richter waren also materiell umfassend gesichert, was ihnen eine gewisse persönliche Unabhängigkeit gewährte, der Staat konnte sie aber weiterhin nach Belieben befördern, versetzen und „quieszieren“. Andere Staaten folgten dem bayerischen Vorbild.

#### **V. UNABHÄNGIGKEIT DER JUSTIZ IN DEN VERFASSUNGEN DES FRÜHEN 19. JAHRHUNDERTS**

Die aus unterschiedlichen Entwicklungslinien gespeiste sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Justiz floß in den Verfassungen des Frühkonstitutionalismus zu einem einheitlichen Prinzip zusammen, das somit gleichsam auf zwei verschiedenen Säulen ruht. Die staatsrechtliche Literatur vollzog diese Entwicklung dann nach. Die Formulierungen in den Verfassungstexten sind im Gegensatz zu heute ausführlicher und wirken aus heutiger Sicht zum Teil unbeholfen. Diese Garantien waren eben noch nicht selbstverständlich – „Wortreichtum und präskriptiver Sprachgebrauch deuten an, daß man sich dem Ausgangspunkt der Entwicklung nähert.“ Was „Justiz“ bedeute, definier-

te allerdings keine der Verfassungen; sie setzten diesen Begriff vielmehr im Sinne der obrigkeitlichen Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung voraus und gelangten nicht zu einem materiellen Begriff des *pouvoir judiciaire* in Abgrenzung zu der mit der Judikative gleich-geordneten Exekutive.

### **1. Napoléonische Modellstaaten**

Die erste Regelung einer deutschen Verfassung zur Unabhängigkeit des Richters findet sich in der Verfassung des Königreichs Westphalen, eines Napoleonischen Kunststaats, der zwischen 1807 und 1813 existierte und dem Napoleon eine Verfassung (Constitution des Königreichs Westphalen vom 15. November 1807) gab. Ihr Art. 49 regelte: „Der gerichtliche Stand ist unabhängig.“, Art. 50 folgte mit: „Die Richter werden vom Könige ernannt. Ernennungen auf Lebenszeit sollen sie erst erhalten, wenn man, nachdem sie ihr Amt fünf Jahre lang werden verwaltet haben, überzeugt seyn wird, daß sie in ihren Ämtern beybehalten zu werden verdienen.“ Dem König blieb das Gnadenrecht in Strafsachen, Art. 52 Abs. 2 der Constitution. Ähnlich 1810 die Verfassung des 1810-1813 existierenden Großherzogtums Frankfurt (Höchstes Organisations-Patent der Verfassung des Großherzogtums Frankfurt vom 16. August 1810): „Der gerichtliche Stand ist unabhängig. Die Richter werden von Uns ernannt.“, Art. 39. Das Gnadenrecht folgt in Art. 40 Abs. 2; daß der Monarch nur noch das Gnadenrecht und kein Schärfs- oder Bestätigungsrecht mehr hat, zeigt, daß er keine höchstrichterliche Funktion mehr ausübt.

### **2. Bayern**

Die Wirkungsgeschichte der Bayerische Verfassung vom 1. Mai 1808, wohl an das Vorbild der Verfassung des Königreichs Westphalen angelehnt und unter dem politischen Druck Napoléons auf die Rheinbundstaaten entstanden, reicht über das Ende der Napoléonischen Zeit hinaus, so daß Bayern letztlich der erste deutsche Staat ist, in dem die richterliche Unabhängigkeit nachhaltig auf Verfassungsebene garantiert wurde. Umso bedauerlicher ist es, daß die Materialien zur Entstehung der Verfassung von 1808 und der Nachfolgeverfassung von 1818 nach einem Bombenangriff auf München im Zweiten Weltkrieg verbrannt sind.

#### **a. Persönliche Unabhängigkeit**

Im fünften Titel „Von der Justiz“ regelte § 3 der Verfassung die persönliche Unabhängigkeit der Richter: „Die Glieder der Justizcollegien werden von dem Könige auf Lebenszeit ernannt, und können nur durch einen förmlichen Spruch ihre Stellen verlieren.“ Genau so dann die Verfassung von 1818 im Titel VIII „Von der Rechtspflege, § 3: „[...] die Richter können nur durch einen Rechtsspruch von ihren Stellen mit Verlust des damit verbundenen Gehaltes entlassen oder derselben entsetzt werden.“ Die Verfassung sah also keine Probezeit nach französischem Vorbild vor, wie § 4 der neugefaßten Dienstpragmatik von 1818 ausführte, der die erste Anstellung für „sogleich definitiv“ erklärte.

Die Inamovibilität der bayerischen Beamten und deshalb auch der Richter war in Bayern schon durch die erwähnte Dienstpragmatik von 1805 einfachgesetzlich angeordnet

worden. Nach Art. XI und XVIII der Dienstpragmatik von 1805 konnten, genauso wie nach §§ 19, 23 der revidierten Dienstpragmatik von 1818, Richter aber weiterhin für eine gewisse Zeit quiesziert oder endgültig entlassen, also bei Erhalt der vollen Bezüge ihrer Aufgabe enthoben werden, und sie waren weiterhin auch versetzbar. Auch die Verfassung von 1818 stellte eben nur den Verlust der Stelle unter Verlust auch des Gehaltes unter besonderen Vorbehalt. Diese Regelungen zeigen also noch deutlich ihre Herkunft aus dem Gedanken der wirtschaftlichen Absicherung des Staatsdieners und nicht aus genuin justizschützenden Erwägungen.

### **b. Sachliche Unabhängigkeit**

In V § 4 BV 1808 folgt die sachliche Unabhängigkeit: „Der König kann in Criminalsachen Gnade ertheilen, die Strafe erlassen oder mildern, aber in keinem Falle irgend eine anhängige Streitsache oder angefangene Untersuchung hemmen, viel weniger eine Partei ihrem gesetzlichen Richter entziehen.“ Fast identisch VIII § 4 BV 1818: „Der König kann in strafrechtlichen Sachen Gnade ertheilen, die Strafe mildern oder erlassen; aber in keinem Falle irgend eine anhängige Streitsache oder angefangene Untersuchung hemmen.“ Conrad hält diese Regelungen zu Recht für die Positivierung des Machtspruchsverbots auf Verfassungsebene. Hinzukommt 1818 eine Ergänzung in VIII § 3: „Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugniß unabhängig [...]“. Innerhalb ihrer Grenzen heißt freilich, daß damit von Verfassungen wegen nicht geregelt ist, ob die Gerichte auch über die Grenzen ihrer Zuständigkeit selbst zu entscheiden haben.

Hinzukam ein Konstitutionsedikt vom 24. Juli 1808, das die Gerichtsverfassung regelte und einen klaren Instanzenzug ebenso wie das Prinzip der Kollegialentscheidung einführte. Allerdings wurde die Trennung von Exekutive und Judikative, die Unabhängigkeit der Justiz durch Unabhängigkeit der Gerichtsorganisation auf unterster Ebene der Ämter erst 1861 durchgeführt; in Württemberg erfolgte eine vollständige Trennung auch auf unterster Ebene bereits 1818, in Baden 1857. Hindernisse waren in Bayern die hohen Kosten einer Verdoppelung des Personals genauso wie die auf Grundlage von Titel V § 4 der Verfassung von 1818 bis in die Jahrhundertmitte fortbestehenden Patrimonialgerichte, die die Reichweite der unabhängigen Justiz beschränkten.

### **c. Würdigung**

Obwohl Bayern bei der Entwicklung zum Rechts- und Verfassungsstaat mit der „Konstitution für das Königreich Baiern“ vom 1. Mai 1808 eine Vorreiterrolle gespielt hat, wird diese von Max IV. Joseph erlassene Verfassung in der historischen und rechtshistorischen Literatur vielfach ignoriert oder in ihrer Bedeutung bagatellisiert. Zum Teil wird sie überhaupt nicht erwähnt, zum Teil im Anschluß an die Wertungen Ernst Rudolf Hubers als „Scheinkonstitution“ bezeichnet; soweit damit auf den Oktroi angespielt wird, gilt das freilich gleichermaßen für alle Verfassungen des Frühkonstitutionalismus mit Ausnahme der ständischen württembergischen Verfassung. Zuzugeben ist, daß die politischen Mitwirkungsrechte der Bevölkerung auf Grundlage der Bayerischen Verfassung von 1808 sehr schwach ausgeprägt waren. Dem König und seinem Minister Mont-

gelaß ging es nach den Umwälzungen seit 1799 aber vor allem um die Neuordnung von Staat und Gesellschaft ohne Vorrechte für Adel und Geistlichkeit, weswegen, wie Willoweit zu Recht darlegt, die Frage der Volksvertretung zwangsläufig nachrangig war.

Es verwundert, wenn etwa Rudolf Oeschey zu zeigen versucht, wie eng sich der Abschnitt über die Justiz in der Bayerischen Verfassung von 1818 an die französische Verfassung vom Juni 1814 anlehnt, die in Art. 58 die Unabsetzbarkeit der Richter und in Art. 67 das Begnadigungsrecht des Königs regelte. Dabei übersieht Oeschey nämlich das viel näherliegende Vorbild, denn die Justiz-abschnitte der Bayerischen Verfassungen von 1808 und 1818 sind inhaltlich nahezu identisch; bis auf die ausdrückliche Erwähnung der Unabhängigkeit, die auch in Frankreich zu diesem Zeitpunkt fehlte, gibt es praktisch keinen Unterschied. Die Verfassung von 1818 wiederum hat die kurze Zeit später entstandenen weiteren süddeutschen Verfassungen beeinflußt.

### 3. Baden

In Baden wurde ebenfalls bereits 1808 ein Verfassungsentwurf erarbeitet. Titel V § 4 Satz 2 die-ses Entwurfs regelte die persönliche Unabhängigkeit der Richter: „Sie können nur durch einen förmlichen Spruch ihre Stellen verlieren“. Allerdings sollten sie diesen Status – wie in Westphalen – erst nach fünf Dienstjahren erhalten, V § 4 Satz 1. In einer Überarbeitung des Entwurfs vom November 1808 fehlte dieser Passus. I § 11 der vom Staatsrat gebilligten Verfassungsvorlage vom März 1809 verwies schließlich auf das 7. Constitutionsedict, das die Stellung sämtlicher Staatsdiener regelte und die Entlassung eines Richters nur durch förmlichen Spruch zuließ.

In Titel V § 6 des Verfassungsentwurfs von 1808 war das großherzogliche Gnadenrecht geregelt. Ansonsten sollte der Monarch eine „anhängige Streitsache oder angefangene Untersuchung [nicht] hemmen“ können – die Justiz war damit sachlich unabhängig. Diese Norm beruhte ganz offensichtlich auf dem Vorbild der Bayerischen Verfassung von 1808, auf die in einer weiteren Norm des Entwurfs, Titel I § 7 Abs. 1, sogar ausdrücklich verwiesen wurde.

Die vom Staatsrat gebilligte Verfassungsvorlage regelte schließlich auch die sachliche Unabhängigkeit ganz ausführlich, Titel V § 4: „In peinlichen Sachen kann der Souverän allein Gnade ertheilen, die Strafe erlassen oder mildern, nicht aber schärfen, noch ohne Vernehmung des Staatsrathes eine Abolition verfügen. Eben so wenig kann der Souverän eine willkürliche Entscheidung oder Behandlung eines Rechtsstreits oder willkürliches Einmischung in den Rechtsgang eines vor einem Gerichtshof anhängigen Rechts-handels ertheilen, vornehmen verfügen oder zulassen.“ Hier wird die Justiz also, freilich in noch recht ungelassenen Worten, umfassend vor jeder Form der monarchischen Einmischung und des Machspruchs geschützt.

1809 wurde das Verfassungsprojekt jedoch nicht weitergeführt und die Entwürfe wurden offenbar auch später nicht wieder aufgegriffen. Erst 1818 trat in Baden schließlich eine Verfassung in Kraft. Sie regelte in § 14 die sachliche Unabhängigkeit: „Die Gerichte sind unabhängig innerhalb der Grenzen ihrer Competenz.“; diese Formulierung gleicht

dem bayerischen Pendant von 1818 fast bis aufs Wort. In § 15 Abs. 3 folgte das Recht des Großherzogs, Strafen zu mildern, aber nicht Strafen zu schärfen. Die persönliche Unabhängigkeit wird in der Verfassung selbst überhaupt nicht garantiert, sondern ist lediglich in den Regelungen zum Staatsdienst im 7. Constitutionsedict enthalten.

#### 4. Württemberg

Die Entwicklung der Regelungen zur richterlichen Unabhängigkeit in Württemberg verlief ähnlich: Der Entwurf zu einer Landständischen Verfassung des Königreichs Württemberg vom 15. März 1815 – also einer echten Verfassung und nicht nur einer Charta constitutionelle – regelte in § 65: „Der Rechtsgang kann weder in Civil- noch in Criminal-Sachen durch Einschreitungen fremder Instanzen gestört werden.“. Der Regelung zur sachlichen Unabhängigkeit folgte in § 96: „Die bei den im Königreiche bestehenden Justiz-Collegien angestellten Präsidenten, Vice-Präsidenten, Directoren, Rätthe, und Assessoren können ohne Urtheil und Recht von ihren Stellen mit Nachtheil nicht entfernt werden.“

Der Königliche Entwurf zu einer Landständischen Verfassung für das Königreich Württemberg, den der König der Ständeversammlung am 3. März 1817 vorlegte, enthielt in § 160 dann die übliche und präzisere Formulierung: „Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugnisse unabhängig“, die bereits der überarbeitete ständische Verfassungsentwurf von 1816, Cap. XI § 3, verwendet hatte. § 93 der 1819 in Kraft getretenen Verfassung erklärte schließlich „Die Gerichte, sowohl die bürgerlichen als die peinlichen [...] innerhalb der Grenzen ihres Berufes [für] unabhängig.“ § 96 der Verfassung hob ausdrücklich hervor, daß die Erkenntnisse der Criminalgerichte, um in Rechtskraft überzugehen, keiner Bestätigung des Regenten bedürfen. Diese Regelung war erforderlich geworden, weil es zu dieser Frage eine intensive Debatte in der Ständeversammlung gegeben hatte. Einige konservative Mitglieder hatten vorgeschlagen, Haftstrafen über zehn Jahre von der Bestätigung des Regenten abhängig zu machen. Dagegen hatte sich jedoch empörter Widerspruch erhoben: „Bestätigung eines Rechtserkenntnisses durch den König steht mit dem Begriff der Selbständigkeit der Justizpflege im Widerspruch, daher Nein.“ (Burkhardt). „[...] die vorgeschlagene Änderung erinnert an Cabinetsrechtssprüche“ (Rettenmaier). Die Abstimmung endete mit 82-30 Stimmen gegen das Bestätigungsrecht.

§ 97 der Verfassung regelte, wie schon der Königliche Entwurf von 1817, das monarchische Gnadenrecht. Allerdings ginge die Befugnisse des Königs über die Befugnisse seiner Kollegen aus Bayern und Baden hinaus: „Es sind [...] die Criminal-Gerichte nicht nur verbunden, in schweren Fällen die Akten samt ihrem Erkenntnis vor der Eröffnung desselben durch das Königl. Justiz-Ministerium dem Könige zum Behuf einer etwaigen Begnadigung vorzulegen; sondern es kann auch nach Eröffnung des Erkenntnisses der Verurtheilte sich an die Gnade des Königs wenden.“ Vor allem jedoch konnte, „wenn nach dem Gutachten des Königl. Justiz-Ministeriums hinlängliche Gründe dazu vorhanden sind, vermöge des dem Könige zustehenden Abolutions-Rechts, noch ehe das Verbrechen oder Vergehen untersucht, oder über die Bestrafung erkannt worden

ist, alles Verfahren gegen den Beschuldigten eingestellt und niedergeschlagen werden.“ Die sachliche Un-abhängigkeit der Strafgerichte war somit nicht vollumfänglich verfassungsrechtlich garantiert. Gegen diese Regelung hatte sich erheblicher Widerspruch in der Ständeversammlung geregt. Man bat den König in einer Note höflichst, auf dieses ihm zustehende Abolitionsrecht zu verzichten. Prälat v. Abel führte aus, das Abolitionsrecht sei „ganz gegen das Wesen eines gut organisirten Staates“ und knüpfte damit an die Tradition aus dem 18. Jahrhundert und nicht an den aufklärerischen Diskurs an. Entweder werde ein Schuldiger der Strafe entzogen oder ein Unschuldiger einem Verdacht ausgesetzt, derartiges könne kein vernünftiger Regent wollen. Ein anderes Mitglied der Versammlung sprach von einem „an sich gehässiges Vorrecht“ des Königs (Schreiber). Der König war dem Petitum nicht abgeneigt, nach einem Gutachten von der obersten Justizstelle scheint er jedoch nicht zum vollständigen Verzicht bereit gewesen zu sein, sondern versprach lediglich, bei der Ausübung seiner Rechte darauf Rücksicht zu nehmen, „daß dem Ansehen und der Wirksamkeit der Straf-Gesetze dadurch nicht zu nahe getreten“ werde.

## **VI. AUSBLICK: „DIE VERWALTUNG DER GERECHTIGKEIT IST [...] VON DEM GEWALTKREISE DES STAATSOBERHAUPTS VÖLLIG AUSGESCHIEDEN“**

Auch wenn die Regelungen zur richterlichen Unabhängigkeit in den süddeutschen Verfassungen teilweise noch lückenhaft waren, die Verfassungen haben die bereits zuvor entstandene richterliche Unabhängigkeit gestärkt und gesichert und damit für eine Rechtsbindung der Justiz nicht im Interesse des Monarchen, sondern der Staatsbürger gesorgt. Vielmehr bedurfte es jetzt eines Schutzes nicht mehr nur gegen die Willkür des Monarchen, sondern gegen die Willkür unabhängiger Richter in Form des Zwangs zu Entscheidungsbegründungen, wie er etwa in V § 2 BV 1808 oder VIII § 2 BV 1818 vorgesehen war: „Alle Gerichtsstellen sind verbunden, bei Endurtheilen die Entscheidungsgründe anzuführen.“ Der unabhängige Richter wird nicht mehr durch die Exekutive, sondern durch die rechtmittelbewehrte Partei kontrolliert. Im 19. Jahrhundert gab es kaum noch direkte monarchische Einflußnahme auf Gerichte oder auf Gerichtspersonen. Freilich ist nicht zu übersehen, daß durch Nichtbeförderung, Zuweisung unangenehmer Ressorts oder Neubesetzung von Gerichten mittelbar noch erheblicher Druck ausgeübt werden konnte; diese Möglichkeiten bestehen zum Teil bis heute.

Sechszwanzig Jahre nach der richterlichen Unabhängigkeitserklärung des Badischen Hofgerichtsdirektors Schlosser hielt Paul Joseph Anselm Feuerbach, der Verfasser des Bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813, eine Rede anlässlich seiner Amtseinführung als erster Präsident des Appellationsgerichts Ansbach am 21. April 1817. Sie trug den Titel „Die hohe Würde des Richteramts“. Auch Feuerbach sprach über die Unabhängigkeit des Richters: „Die Verwaltung der Gerechtigkeit ist, weil sie sonst nicht sein könnte, was sie ist, wenigstens als solche nicht würde wahrgenommen und erkannt werden kön-

nen, von dem Gewaltkreise des Staatsoberhauptes völlig ausgeschieden, so daß er über nichts, was die Verwaltung der Gerechtigkeit angeht, beschließen oder sonst verfügen kann, ohne daß solche Handlung, wie edel ihr Beweggrund sein möge, unter dem Namen Kabinettsjustiz, Machtspruch als frevelnde Überschreitung seiner Gewalt, als fluchwürdige Entweihung eines Heiligtums bezeichnet werden müßte. Der Richter empfängt, gleich dem Manne der Verwaltung, aus des Königs Hand sein Amt – aber ein Amt, das die Pflicht auf sich hat, keinem anderen Herrn zu dienen als der Gerechtigkeit, keinem anderen Willen zu gehorchen als dem Willen des Gesetzes [...] So sind also die Richter innerhalb der Grenzen ihres Richteramtes so wenig Diener der obersten Gewalt, daß sie dieser, wenn sie jene Grenzen überschreiten sollte, sogar den Gehorsam zu versagen nicht nur berechtigt, sondern kraft ihres Eides verbunden sind. Der Ungehorsam ist dem Richter eine heilige Pflicht, wo der Gehorsam Treubruch sein würde gegen die Gerechtigkeit, in deren Dienste allein er gegeben ist.“ Aus dem Diener des Fürsten war ein Diener des Rechts geworden und Feuerbach mußte nicht etwa – wie Schlosser – den Dienst quittieren, sondern wurde 1821 sogar zum „Wirklichen Staatsrat“ erhoben.

**Abstract:** The essay looks at the evolution of the judge from servant of the prince to servant of the law in early 18th century Southern Germany. It traces the origins of the substantive and personal independence of the judiciary back to enlightened absolutism and the security of office of servants of the state and shows how the principle of judicial independence was received into the early constitutions of the German South.

# Die Entwicklung der Unabhängigkeit des Richters in der Schweiz 1798–1848

*Lukas Gschwend/Matthias Kradolfer (St. Gallen)*

## I. DIE ALTE EIDGENOSSENSCHAFT (BIS 1798)

### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Eidgenossenschaft des 18. Jahrhunderts war ein heterogenes, vertraglich verbundenes Konglomerat aus den 13 Ständen, den zugewandten Orten und den Gemeinen Herrschaften. Die Stände und die zugewandten Orte verstanden sich als „Republicen“, als je souveräne Gebilde mit Rats- oder Landsgemeindeverfassung. In Stadtstaaten wie Zürich oder Bern regierten der Grosse und der Kleine Rat gemeinsam, allenfalls existierte ein exklusiver Ausschuss des Letzteren (Geheimer Rat). Die Ratsgremien wurden in Kooptation oder durch komplizierte Los- und Wahlverfahren besetzt, wobei beide Selektionsmechanismen die wohlhabenden Stadtbürger begünstigten. Ähnlich „aristodemokratische“ Zustände herrschten in den Landständen, die als souveränes Willensbildungsorgan die Landsgemeinde (Vollversammlung der politisch berechtigten Männer) kannten; Landräte (verwaltende Gremien) hielten vielfach die faktische Macht in ihren Händen. Bereits seit der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts erfasste die Protoindustrialisierung das stark agrarisch geprägte Gebiet. In den städtischen Agglomerationen begannen sich vormoderne Produktionszyklen wie Heim- und Verlagsarbeit durchzusetzen. Die wirtschaftliche Vorreiterrolle dieser Gebiete entsprach der politischen Vormacht der Stadtstaaten im damaligen Bundessystem; sie dominierten die Tagsatzung, das gemeinsame Willensbildungsorgan der Bundesgenossen.

Die Gerichtsbarkeit entwickelte sich in den eidgenössischen Gebieten auf Grundlage der seit fränkischer Königszeit tradierten Gleichsetzung von Herrschaft und Rechtsprechung. Bis zu Ende des 18. Jahrhunderts unterschied man Hoch- und Niedergerichtsbarkeit. Die Hochgerichtsbarkeit, die vor allem die strafende (Blut-)Gerichtsbarkeit umfasst, wurde in den Städten von den Grossen Räten wahrgenommen, in den Landständen oblag sie der Landsgemeinde. Die Niedergerichtsbarkeit war institutionell weniger homogen ausgestaltet. In den Quellen findet sich eine Vielzahl von Rechtsprechungsinstanzen, in den Städten etwa verschiedene Stadt-, Bussen-, Sitten- und protestantische Ehegerichte. Ausserhalb des städtischen Bannkreises verwalteten Junker und Landvögte die Gerichtsbarkeit.

## 2. Herrschaft, Verwaltung und Justiz

Zahlreiche Adelsfamilien starben im Gebiet der Eidgenossenschaft schon im Mittelalter aus oder verarmten. Ständisch-aristokratische Strukturen in den Stadt- und Länderrorten beruhten daher nicht direkt auf Geburt, sondern vornehmlich auf Eigentum und Exklusivität wirtschaftlich-sozialer Appropriationschancen. In den Patrizierstädten war die Amtstätigkeit zumeist erschwinglich, so dass sich die politische Oberschicht durch Staatsämter alimentierte; in den Zunftstädten, etwa in St. Gallen, begünstigten die Zünfte als intermediäre Gewalten eine tendenziell heterogene Durchmischung der Führungsschicht. Gesellschaftliche Vernetzung, wirtschaftliche Potenz und Charisma erlaubten den sozialen Aufstieg in den Städten und in den Landsgemeinden – in der Terminologie Max Webers sind diese als Honoratioren herrschaften zu qualifizieren.

Die frühneuzeitliche Verdichtung der Herrschaftsbeziehungen zwischen Obrigkeit und Untertanen war in der Eidgenossenschaft weit weniger intensiv vorangeschritten als etwa im französischen Königreich oder in Preussen – die Alte Eidgenossenschaft kann in dieser Hinsicht ohne Übertreibung als „Museum des Spätmittelalters“ bezeichnet werden. Eine ausdifferenzierte, rational reglementierte Verwaltung im Sinne Webers hatte sich höchstens ansatzweise in den Städten gebildet. Die hoheitliche Sozialgestaltung, sei es in Form der Gerichtsbarkeit, von Friedenswahrung, Infrastrukturausbau oder wirtschaftlicher Intervention, bewältigte die aktive Bürgergemeinde selbst. Der aufgeklärte Gedanke der Gewaltenteilung war weder institutionell noch personell verankert, stattdessen wurden Rechtsprechungs- mit Verwaltungsfunktionen pragmatisch vermischt.

Der geringe Ausdifferenzierungsgrad des Rechtswesens zu Ende des 18. Jahrhunderts erklärt sich aus dem Zusammenspiel mehrerer, systemisch zusammenhängender Entwicklungen, deren Identifikation und Gewichtung in der rechtshistorischen Forschung nicht unumstritten sind. Insbesondere drei Erklärungsmuster bzw. Faktoren erscheinen plausibel. Erstens begünstigten die kleinräumigen Verhältnisse eine kommunalistisch geprägte Ordnung des Gemeinwesens. Zweitens verlief die Rezeption des römischen Rechts in der Eidgenossenschaft seit dem 16. Jahrhundert vergleichsweise schleppend. Das im Heiligen Römischen Reich nach Einführung des Reichskammergerichts 1495 zunehmend praxisrelevante *ius commune* blieb in den meisten Ständen der Alten Eidgenossenschaft ohne nennenswerte Wirkung. Ein ähnliches Schicksal ereilte das rationale Naturrecht. Bis 1750 brachte die Lausanner Akademie verschiedene Lehrer hervor, aber deren Leistungen wurden ausserhalb des engen akademischen Kreises nicht wahrgenommen und vor allem im Ausland rezipiert. Schliesslich pflegten die eidgenössischen Stände ein distanziertes Verhältnis zum Heiligen Römischen Reich. So entfiel die Notwendigkeit, sich mit dessen Reformen, den Rechtserlassen und der Spruchpraxis des Reichskammergerichts näher auseinanderzusetzen. Juristisches Wissen war Ende des 18. Jahrhunderts für die politische und juristische Praxis entbehrlich und daher weitgehend irrelevant.

Noch 1796 schrieb der Zürcher Junker David von Wyss in seinem „Politischen Handbuch für die Zürcher Jugend“, die Zürcherische Staatsorganisation und das Rechtswes-

sen hätten sich über sehr lange Zeit hinweg bewährt. Man solle daher daran festhalten und sich nicht von den Forderungen nach Kodifikation und Verfahrensreform im Ausland beeindruckt lassen. Die Zürcher seien friedfertige Leute, die Richter verfügten über eine gesunde Vernunft und die Verhältnisse seien übersichtlich, sodass man keiner Neuerungen bedürfe. Ähnlich bemerkte der Zürcher Lehrer und Gerichtsschreiber Johann Kaspar Fäsi in seinem 1796 publizierten „Handbuch der Schweizerischen Staatskunde“, die Zivil- und Strafrechtsgesetzgebung der eidgenössischen Orte sei zwar lückenhaft. Aber: „So auffallend diese Mängel sind (...) so wird doch jeder, der mit dem Geist der schweizerischen Regierungen nur einigermaßen bekannt ist, gestehen müssen, dass nirgends weniger Ungerechtigkeiten verübt werden, und dass auch die bestmöglichen und deutlichsten Gesetze niemals vollkommen, niemals auf alle Fälle passend seyn können; dass man also der Gewissenhaftigkeit und Menschlichkeit der Richter immer die Auslegung und Anwendung der Gesetze überlassen müsse.“

Somit standen die Schweizer Städte am Vorabend der helvetischen Revolution von 1798 einem an politischer Partizipation und nicht an Rechtssicherheit orientierten Staatsverständnis näher als die Reichsstädte jenseits des Rheins, die eine – jedenfalls teilweise – rechtsstaatliche Ordnung mit professionalisierter Justiz aufwiesen. Allerdings waren Reformbewegungen durchaus im Fluss. Gelehrte aus der Eidgenossenschaft partizipierten am Aufklärungsdiskurs der Zeit. Diese zahlenmässig nur wenig bedeutsame Oberschicht des Bildungsbürgertums diskutierte Reformen der Staatsorganisation und der Rechtspflege, so etwa in der Helvetischen Gesellschaft in Schinznach oder in der Ökonomischen Gesellschaft in Bern.

## II. HELVETIK (1798-1803)

### 1. Zwischen Revolution, Innovation und Illusion

Mit dem Sieg der französischen Republik über die Autoritäten des Ancien Régime auf dem Gebiet der heutigen Schweiz, zuletzt über Bern, begann die Zeit der Helvetik (1798–1803). Die Staatsorganisation sowie das Gerichtswesen wurden radikal modernisiert und dem französischen Modell des Einheitsstaats angeglichen. Die erste helvetische Verfassung verkündete in Anlehnung an das revolutionäre Recht Frankreichs moderne Freiheitsrechte und sah gewaltenteilige Staatsstrukturen vor. Diesen institutionellen Modernisierungsschub begleiteten soziale, wirtschaftliche und politische Erneuerungsversuche. Träger derselben waren das helvetische Parlament und die Zentralregierung, welche sich zu einem bedeutenden Teil aus studierten Juristen und erfahrenen Staatsmännern rekrutierten. Die helvetischen Reformer beabsichtigten etwa die zivilrechtliche Gleichstellung von Juden und Christen, weiter verboten sie die Folter und drängten auf die Rationalisierung des alten Inquisitionsprozesses.

Das Scheitern an sich notwendiger Reformen aufgrund fehlender Mittel ist bezeichnend für das Schicksal der Helvetischen Republik. Diese fand sich mit denkbar schwie-

rigen Rahmenbedingungen konfrontiert: Erstens belasteten Kriegswirren und revolutionäre Agitation den Zentralstaat; zweitens drückten Requisitionszahlungen an Frankreich auf den Haushalt; drittens scheiterte die helvetische Fiskalpolitik. Das finanzielle Schwanken der Republik zog die Richterschaft unmittelbar in Mitleidenschaft. Der Richter stand in einem Beamtenverhältnis zur Republik, seine Besoldung wurde über die Jahre hinweg verschiedentlich nach unten angepasst, und oft blieb die Bezahlung ganz aus – für den Kanton Zürich und den Kanton Säntis sind Ausfälle ganzer Jahresgehälter dokumentiert.

Im Herbst 1802 zeichnete sich das Scheitern der helvetischen Republik ab. Die Mehrheit der Bevölkerung trug die progressive Verfassung nicht mit. Die neuen Institutionen wurden als fremd und oktroyiert wahrgenommen. Die helvetischen Reformer hatten zuvor oft Ämter in den Behörden des Ancien Régime bekleidet, was den staatspolitischen Neuerungen bis zu einem gewissen Grad die Glaubwürdigkeit nahm. Der extreme Zentralismus der Republik stand überdies in krassem Gegensatz zur eidgenössischen, föderalen Tradition. So produzierte das Direktorium zwar Entwürfe, erliess Richtlinien und Weisungen in grosser Zahl; doch ein beträchtlicher Teil davon wurde nie umgesetzt. Die Erlasse blieben somit «paper rule», wie das die moderne Rechtssoziologie bezeichnen würde.

## 2. Justizpolitische Modernisierungen

Die erste helvetische Verfassung vom 12. April 1798 legte ein dreistufiges und einheitliches Gerichtssystem fest. An dessen Spitze stand der oberste Gerichtshof. Er beurteilte Straftaten der Mitglieder von Legislative und Exekutive, zugleich amtierte er als höchstinstanzliches Gericht in Kriminal- und Zivilsachen. Nach Art. 86 war der oberste Gerichtshof mit einem Richter pro Kanton zu besetzen; das Wahlverfahren entsprach demjenigen für das Parlament. Auf jede Richterstelle kam ein Ersatzrichter (Art. 87). Jedes Jahr musste ein Viertel der Richter ersetzt werden.

Der oberste Gerichtshof nahm als Rechtsmittelinstanz keine Beweise ab und führte keine mündlichen Verhandlungen durch. Die Richter waren jedenfalls teilweise studierte Juristen, jedoch existierten keine Vorschriften über Fachqualifikationen. Die Urteile wurden nach einheitlichen formalen Vorgaben verfasst und waren zu begründen. Bis 1803 bewältigte der oberste Gerichtshof rund 3900 Fälle.

Die Kantonstribunale bestanden aus dreizehn Richtern, die in indirekter Wahl von kantonalen Wahlmännern bestellt wurden. Den Gerichtspräsidenten ernannte der Kantonsstatthalter, und jedes Jahr waren zwei Richter zu ersetzen. Die helvetische Zentralregierung konnte gemäss Art. 105 der ersten helvetischen Verfassung Richter jederzeit absetzen. Die Zentralregierung nutzte wiederholt ihre verfassungsmässige Kompetenz und griff in den kantonalen Rechtsalltag ein, teils massiv, weshalb die Gerichte weder personell noch institutionell derart unabhängig waren, wie es vom modernen Standpunkt aus wünschenswert erscheint.

Als echte und in gewisser Hinsicht auch nachhaltige Neuerung ist die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips zu sehen: Am 13. Juli 1798 erklärte das Direktorium gerichtliche Verhandlungen straf- und zivilrechtlicher Natur für öffentlich. Gerichtsöffentlichkeit sollte, so die Hoffnungen der Aufklärung, den Schutz vor verdeckter Richterwillkür gewährleisten und die Staatstätigkeit transparenter machen. Die helvetischen Reformer nutzten zudem die Gerichtsöffentlichkeit gezielt zur symbolischen Inszenierung der rechtsstaatlichen Ideale der Republik. Entsprechend grossen Wert legten sie auf die Investitur der Richter.

Art. 48 der Helvetischen Verfassung von 1798 sah den Erlass von zivil-, straf- und prozessrechtlichen Kodifikationen vor. Am 4. Mai 1799 setzten die gesetzgebenden Räte das Helvetische Peinliche Gesetzbuch (HPG) in Kraft. Die Kodifikation weiterer Bereiche des materiellen Rechts misslang; folglich fehlten dem Einheitsstaat nationale Rechtsgrundlagen, und so kam weiterhin Partikularrecht zur Anwendung. Anders gestaltete sich die Situation im Organisationsrecht: Die institutionellen Neuerungen der helvetischen Verfassung mussten rechtlich umgesetzt werden. Sowohl das Direktorium (Exekutive) als auch die gesetzgebenden Räte entfalteten daher bis 1800 eine rege Gesetzgebungstätigkeit auf dem Gebiet des Gerichtsverfassungsrechts. Neben tatsächlich in Kraft getretenen Gesetzen kursierten mehrere justizpolitische Gutachten und Entwürfe im Parlament. Zu nennen sind der «Helvetische Entwurf eines Gesetzbuchs über den bürgerlichen Rechtsgang», die «Grundideen über die neue Einrichtung des Criminalgerichtswesens» sowie der «Vorschlag betreffend des Untersuchungsverfahrens bei Staatsverbrechen». Allerdings blieb es in den meisten Fällen bei blossen Vorbereitungsarbeiten. Bereits im Sommer 1800 stoppten innenpolitische Zerwürfnisse den juristischen Innovationsschub; auch die kaum funktionsfähigen Umsetzungsstrukturen des Einheitsstaats trugen zur Erlahmung der Gesetzgebung bei.

### III. MEDIATION UND RESTAURATION (1803-1831)

#### 1. Das verfassungsrechtliche Erbe der Helvetik

Nach dem Rückzug der französischen Truppen aus dem Gebiet der heutigen Schweiz kam es im Sommer 1802 zur Gegenrevolution. Die alte Tagsatzung wurde wieder einberufen, in verschiedenen Kantonen gewannen Republikgegner die Oberhand. Im September 1802 drohte Napoleon Bonaparte mit dem erneuten Einmarsch und bot zugleich an, zwischen den zerstrittenen Eidgenossen zu vermitteln. Napoleon wollte die 1798 begonnene Interventionspolitik Frankreichs, die mit dem Kollaps der Helvetischen Republik einen massiven Rückschlag erfahren hatte, doch noch in einen greifbaren ausserpolitischen Erfolg münden lassen; er war gar bereit, den helvetischen Einheitsstaat zugunsten eines föderalen Staatenbunds der Eidgenossen im Windschatten Frankreichs aufzugeben. Die politischen Kräfte der Schweiz, ob nun pro helvetisch gestimmt oder reaktionär eingestellt, hatten angesichts der chaotischen Zustände und des militäri-

schen Drucks keine andere Option, als auf das französische Vermittlungsangebot einzutreten. Am 12. Dezember 1802 traf eine Delegation von schweizerischen Abgeordneten (Consulta) in St. Cloud ein; Napoleon begrüßte sie mit einer Ansprache, die Erwartungen und Selbstverständnis des Imperators mit überraschender Deutlichkeit zum Ausdruck brachte: „Je mehr ich über die Beschaffenheit Eueres Landes nachgedachte habe, desto stärker ergab sich für mich aus der Verschiedenheit seiner Bestandteile die Überzeugung der Unmöglichkeit, es einer Gleichförmigkeit zu unterwerfen; alles führt Euch zum Föderalismus hin. (...) Die Schweiz soll sich darauf beschränken, ihre innern Angelegenheiten wohl zu verwalten (...) und sich dabei auf die französische Freundschaft stützen“. Die Consulta begann unter Aufsicht des „Médiateur“ die Neugestaltung der Eidgenossenschaft.

Bereits im März 1803 trat die sog. Mediationsakte in Kraft. Dieses Vertragswerk drängte die Zentralgewalt im Wesentlichen auf das Wehrwesen zurück, räumte den Kantonen die Souveränität ein, bereinigte Gebietsstreitigkeiten und gab der Schweiz ihre moderne territorial-staatsrechtliche Struktur. Die neugeschaffenen helvetischen Kantone wurden zugunsten der alten Stände aufgehoben, die ehemaligen zugewandten Orte und Untertanengebiete in neue Kantone überführt. Der Annex der Mediationsakte enthielt die einzelnen Kantonsverfassungen. Obschon die Mediationsakte den Kantonen die Anerkennung von Rechtsgleichheit aller Kantonsbürger und der Niederlassungsfreiheit von Schweizer Christen vorschrieb, näherten sich die faktischen Verhältnisse in manchen Gebieten wieder den ständischen Ungleichheiten vor 1798 an. Zensusvorschriften und ausgeklügelte Ausschlussmechanismen in den kantonalen Verfassungen begünstigten das Wiederaufleben der alten Machtstrukturen.

Einige justizorganisatorische Elemente der Helvetischen Republik überlebten deren Zusammenbruch und wurden in die kantonalen Mediationsverfassungen überführt. Alle Kantonsverfassungen kannten den Zweinstanzenzug sowie die Gewaltenteilung; sie unterschieden grundsätzlich zwischen Justiz und Verwaltung. So sahen die Verfassungen der neuen Kantone Aargau, Tessin, Thurgau, Waadt und St. Gallen die Errichtung von Verwaltungsgerichten vor. In der Forschung fehlen aussagekräftige quantitative Untersuchungen über die tatsächliche Umsetzung dieser Verfassungsvorgaben; qualitative Einblicke in das damalige Rechtsleben berechtigen zu einer eher nüchternen Bewertung der neuen Verwaltungsgerichte. Die bisweilen undifferenzierte Gleichsetzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einem Mehr an Individualrechtsschutz und an Rechtsstaatlichkeit, wie sie nicht nur ein Teil der älteren Verwaltungsrechtsgeschichte vornimmt, wird der Rolle der Mediations-Verwaltungsgerichte nicht gerecht. Im Einzelnen normierten die kantonalen Verfassungen das Gerichtswesen nur elementar und verwiesen auf die Gesetzgebung. Dies erlaubte den Kantonen, alte Gerichtsinstanzen wieder einzuführen, etwa die protestantischen Ehegerichte. Auch die Gewaltenteilung blieb in vielfacher Hinsicht Proklamation: Persönliche Unvereinbarkeiten existieren nicht, institutionell hingen die kantonalen Gerichte von der starken Exekutive (Kleiner Rat) ab.

Der am 7. August 1815 nach dem Wiener Kongress in Kraft gesetzte Bundesvertrag festigte das Prinzip der Souveränität der Kantone. Die Restauration formte die Kantone,

obgleich demokratische Elemente erhalten blieben, zu faktischen Plutokratien mit starker Exekutive; so fügte sich die Schweiz weitgehend in die europäische Politik der Zeit ein.

## 2. Verfassungsrechtliche und soziale Stellung der Justiz

Die Verfassungen der alten Stadtkantone sahen als höchste Behörden den Grossen und den Kleinen Rat vor. Die bereits von der Mediationsakte vorgesehenen Appellationsgerichte konstituierten sich als 13-köpfige Ausschüsse des Grossen Rats. Zur Beurteilung von Kapitalverbrechen wurde das Appellationsgericht in einigen Kantonen, z.B. in Zürich, durch vier Kleinratsmitglieder ergänzt. Die erstinstanzliche Gerichtsbarkeit oblag Distrikts-, Amts- oder Bezirksgerichten, die vom exekutiven Kleinen Rat gewählt wurden. Obschon die Verfassungen der Stadtkantone das Amt des Friedensrichters nicht vorsahen, bestimmten einige Kantone die lokalen Gemeindebeamten zu Vermittlern in Streitsachen. Die 1803 bzw. 1815 neu gegründeten Kantone Aargau, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Gené und Waadt orientierten sich an den Verfassungen der Stadtkantone. Die Verfassungsurkunden der Länderrorte referierten auf die „alte Ordnung“: Die Landsgemeinde wurde als Legislativ- und Judikativorgan eingesetzt, der Landrat als Exekutivorgan bestätigt, die selbständigen Gerichte der Helvetik abgeschafft. Allerdings führten die meisten Landkantone nach 1803 – jedenfalls für die erstinstanzliche Beurteilung bzw. für geringfügige Delikte – Bezirksgerichte ein.

Zeitgleich mit dem Rückfall in alte staatsrechtliche Strukturen lebte vorrevolutionäres Recht auf, namentlich in den ländlichen Kantonen. Besonders einschneidend wirkte sich dies auf das Strafverfahren aus: Der Kanton Freiburg führte 1803 wieder das Verfahren der Carolina von 1532 ein, körperliche Gewalt zum Zwecke der Wahrheitsfindung im Strafprozess wurde in fast allen Kantonen wieder zugelassen. Im jungen Verfassungsstaat nach 1803 genossen die Repräsentanten des staatlichen Strafanspruchs höchst bedenkliche Verfügungsgewalt über das Individuum. Eine restaurative Staatslehre untermauerte diese spätabolutistische Mentalität. Im traditionell vom Patriziat regierten Stadtkanton Bern lehrte der Staatsrechtler Karl Ludwig von Haller (1768-1854), dessen Spätwerk „Restauration der Staatswissenschaft“ den Zeitgeist in zugespitzter Form widerspiegelt und der Zeitspanne von 1814 bis 1830 den Namen leiht. Hallers Lehre zielte auf möglichst umfassende Restitution der politischen Ordnung Europas vor 1789. Die von ihm verkörperte Zeitströmung favorisierte die absolutistische Regierungsform; die Justiz stand dem Fürsten zur Verfügung und diente ihm als flexibles Instrument der politischen Willensdurchsetzung.

Das Vertrauen in das Gericht als Fachinstitution war gering. Noch fehlten dem Richter die Glaubwürdigkeit und die fachliche Kompetenz, um seine Unabhängigkeit legitim einlösen zu können. So ist die Mahnung des Berner Zivilrechtsprofessor Samuel Ludwig Schnell (1775–1849) bezeichnend: Der Richter müsse die Gesetze nach wissenschaftlichen Grundsätzen interpretieren, andernfalls fehle ihm jene „Staatswürde“, die ihm die Unabhängigkeit im gewaltenteiligen Staat verbürge.

## IV. REFORMSTRÖMUNGEN ZWISCHEN 1803 UND 1830

### 1. Faktoren der Modernisierung

Die bis hierhin aufgezeigten Entwicklungslinien kontrastieren mit der knapp 30 Jahre später erfolgenden Bundesstaatsgründung: 1848 einigten sich die Kantone, angeführt von den militärisch siegreichen, grösstenteils städtischen und protestantischen Sonderbundskantonen, auf eine de-mokratische sowie rechtsstaatliche Bundesverfassung. Innert der kurzen Zeit von 1815 bis 1848 wurde die Rechtspflege nachhaltig modernisiert: Die Garantie des unabhängigen Richters, die Gewaltenteilung, die freie richterliche Beweiswürdigung, die Eventualmaxime im Zivilprozess und der Anklagegrundsatz im Strafprozess, ferner die Trennung von Strafuntersuchungsorganen vom erkennenden Gericht wurden weitgehend umgesetzt. Die Folter in ihren larvierten Formen der Verdachts- und Lügenstrafe wich einer humaneren Strafverfolgung, welche die grundrechtlichen Freiheiten des Individuums gegenüber den Strafbehörden sicherstellte. Wie konnten innerhalb der kurzen Zeitspanne von 1815 bis 1848 die politischen, sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für den Rechtsstaat geschaffen werden?

Nach 1819 emigrierten radikale und liberale Akademiker aus den Staaten des deutschen Bundes, aus Frankreich, Italien und Polen in die Schweiz. Zahlreiche der deutschen Intellektuellen wurden wegen revolutionärer Umtriebe in Anwendung der sog. Karlsbader Beschlüsse verfolgt. Einige trieben die in ihrer Heimat nicht zu realisierende Revolution kurzerhand in der Schweiz voran, so die Gebrüder Wilhelm (1789–1851) und Ludwig Snell (1785–1854). Das Gedankengut der französisch-revolutionären Bewegung und der Ruf nach egalitären Verfassungsordnungen wühlten damals die Monarchien Deutschlands auf; die Sicherung der Justiz gegen Instrumentalisierungen durch die Staatsspitze war eines der beherrschenden Themen der zeitgenössischen Literatur. Angesehene deutsche Juristen wie Philipp Jakob Siebenpfeiffer und Eduard Henke verbreiteten diese neuen Ideen an schweizerischen Universitäten. Parallel zu dieser Emigrationsbewegung kehrten Schweizer Juristen von deutschen Universitäten zurück, wo sie Kontakte zu liberal gesinnten Gelehrten und Vordenkern der Rechtsstaatsidee geknüpft hatten. Auch in der französischsprachigen Schweiz fand ein reger Austausch mit rechtsstaatlich-liberal denkenden französischen Gelehrten statt. Die Staatslehre von Benjamin Constant stiess auf breite Resonanz. In Genf traten etwa Jean-François Bellot (1776–1836) und Pellegrino Rossi (1787–1848) für juristische Bildungsreformen ein, in Luzern profilierte sich der Arzt und Philosoph Ignaz Paul Vital Troxler (1780–1866) als scharfzüngiger Kritiker der Restauration und als „Promotor“ der Gewaltenteilungsidee.

Ein gemeinsamer Kritikpunkt der genannten Reformer war Schlendrian in der Rechtspflege. Die traditionelle Skepsis gegenüber dem gelehrten Recht sowie die Über-schaubarkeit der zeitgenössischen Verwaltungsstrukturen begünstigten vetternwirtschaftliche Praktiken: Ämter, auch solche im Rechtswesen, wurden oft nicht nach sachlichen Kriterien vergeben, sondern meist nach Gesichtspunkten des sozialen Prestiges. Die Richterschaft rekrutierte sich aus einem zwar von Kanton zu Kanton unterschied-

lich homogenen, aber doch tendenziell abgeschlossenen Kreis von Honoratioren. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit stand unter diesen Bedingungen auf ausgesprochen tönernen Füßen. Zudem traten in den 1820er-Jahren die Mängel des zeitgenössischen Justizwesens in teils aufsehenerregenden Prozessen zu Tage. Reformideen verdichteten sich nun zu konkreter Initiative. Angestachelt durch einen weitausgreifenden Gauner-Prozess riefen beispielsweise die beiden Juristen Johann Jakob Hess und Kasimir Pfyffer zur Gründung eines Juristenvereins auf. Ihr Ziel war die Professionalisierung der Rechtspflege.

## **2. Die Regeneration der kantonalen Rechtspflege**

Ab 1829 erlebten die rechtsstaatlichen und demokratischen Ideale der Helvetik eine Renaissance: 11 Kantone gaben sich bis 1831 eine moderne Verfassung, bis 1848 folgten weitere. Das Bürgertum, das sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts allmählich formierte, drängte auf Modernisierung verkrusteter Strukturen, insbesondere auf eine stärkere Beteiligung am Staatswesen und auf mehr Transparenz desselben. Doch auch die ländliche Bevölkerung trug die Revolution mit, wenngleich sich ihre Hoffnungen zumeist auf konkrete Erweiterungen von wirtschaftlichen Spielräumen richteten. So verlieh die anbrechende industrielle Revolution der Oppositionsbewegung eine Stärke und eine Dynamik, welche die alten Regierungen in einem zumeist unblutigen Umsturz geradezu überrollten. Da ab 1830 die ideengeschichtlichen Impulse der Helvetik wieder aufgenommen wurden, bezeichnet die schweizerische Verfassungsgeschichte diese Zeit als Regeneration.

Die intellektuellen Führer der Regeneration vertraten genuin rechtsstaatliche Anliegen. In Zürich gehörte Friedrich Ludwig Keller (1799–1860) zu ihnen. Mit seiner vielbeachteten Streitschrift „Neue Theorien der zürcherischen Rechtspflege“ formulierte er das juristische Reformprogramm der Zeit. Keller schrieb sich den Kampf gegen paternalistische Billigkeitsrechtsprechung und gegen Beeinflussungen der Justiz durch die Exekutive aufs Panier. Kellers Publikation war ein eigentliches Konzentrat der klassischen Schrift Carl Friedrich von Savignys „Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1814). Seine Argumentation verfolgte denn auch primär die Lehren der Historischen Rechtsschule. Er begriff das Zürcher Recht als Abbild des Volksgeists. Dessen seriöse Aufarbeitung bedinge wissenschaftliche Methodik, insbesondere Kenntnisse des römischen Rechts. Sodann forderte Keller die Schaffung einer modernen Gerichtsorganisation mit einem entsprechenden Verfahrensrecht. 1830 schlossen sich Keller und eine Reihe weiterer Juristen der Zürcher Opposition an; Keller – selbst Mitglied des Grossen Rates – setzte sich erfolgreich für eine Totalrevision der Verfassung ein. Das neue Grundgesetz verkündete Gewaltenteilung, Grundrechte sowie eine moderne Gerichtsorganisation mit entsprechenden Verfahrensgrundsätzen.

Ungeachtet ihrer Haltung zu den demokratischen Reformen der Zeit teilten andere intellektuelle Führer der Regeneration jene Ideen, die Friedrich Ludwig Keller formulierte, zumal zahlreiche von ihnen auch Juristen und Anhänger der Historischen Rechtsschule waren. Sowohl konservative Köpfe wie Johann Caspar Bluntschli als auch Radikale wie

Wilhelm Snell griffen im Revolutionsjahr 1830 zur Feder und forderten die Unabhängigkeit der Justiz.

## V. VON DER REGENERATION ZUR BUNDESVERFASSUNG (1831-1848)

### 1. Durchsetzung der richterlichen Unabhängigkeit

Die nach 1831 erlassenen Kantonsverfassungen schrieben eine gewaltenteilige Staatsorganisation vor, jedoch akzentuierten sie die Befugnisse des demokratisch legitimierten Parlaments. Die Macht der Exekutive wurde reduziert und die Unabhängigkeit der Justiz statuiert. Die Gerichtsverfassungen der Kantone kannten regelmässig zwei bzw. drei Instanzen, ergänzt durch einzelne Sondergerichte. Die alten Niedergerichte wurden durch Amts-, Bezirks- oder Kreisgerichte ersetzt, die in zivil- und strafrechtlichen Angelegenheiten erstinstanzlich zu richten hatten. In zweiter Instanz wirkten die Kantons- oder Obergerichte, in dritter Instanz evtl. Kassationsgerichte. Einige Verfassungen enthielten weiter das Recht auf den natürlichen Richter („Juge naturel“). Diese Garantie verbot Einmischungen der Regierung in den Rechtsgang und die Bestellung gesetzlich nicht vorgesehener Justizorgane.

Auch auf personeller Ebene wurde dem Gewaltenteilungsgrundsatz Nachdruck verliehen. So wurden Friedensrichter von ihren Verwaltungsaufgaben entbunden, und die Richter sollten inskünftig von der Bevölkerung, von Bezirksversammlungen oder vom Parlament gewählt werden. Allerdings blieb es bis weit ins 20. Jahrhundert möglich, dass ein Oberrichter zugleich dem Kantonsparlament angehörte. Manche Kantone behielten die Ernennung des Kantonsgerichtspräsidenten dem Regierungsrat (der Exekutive) vor. Die Amtsdauer der Oberrichter variierte zwischen üblicherweise 4 oder 6 Jahren bis zu 15 Jahren in Bern. Nur Basel und Freiburg verankerten die Wahl der Richter auf Lebenszeit. Die kurzen Amtsdauern sollten die demokratische Kontrolle über die Gerichte sichern.

Die skizzierten kantonalen Entwicklungen bildeten sich auch in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 ab. Ein bundesweit zuständiges Bundesgericht wurde mit der Gründung des Bundesstaates eingesetzt, die richterliche Unabhängigkeit implizit anerkannt, Ausnahmegerichte generell verboten. Bundesrichter durften nicht zugleich Mitglied der Exekutive sein. Die Bundesverfassung enthielt indessen keine weiteren Bestimmungen über die Justizorganisation, da diese weitgehend den Kantonen überlassen blieb. Rechtsstaatliche Grundsätze waren nach 1848 allerdings nicht mehr strittig; sie wurden von den Bundesbehörden in einer durchaus innovativen Praxis gegenüber den Kantonen durchgesetzt und verfeinert.

## 2. Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichte: Rezeption der Justizstaatslehre

Mit der Regeneration erstarkte der Bürger verfassungsrechtlich zum Rechtssubjekt. Nun stellte sich die Frage nach dem Rechtsschutz gegenüber Handlungen des Staates neu und verschärft. Bis 1830 hatte in den schweizerischen Kantonen die verwaltungsinterne Bewältigung von Streitigkeiten zwischen Bürger und Exekutive dominiert. Ab 1831, unter dem Eindruck der liberalen Revolutionen, wurde der richterliche Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln ausgebaut. Die typische kantonale Verwaltungsrechtsschutzkonzeption jener Zeit unterschied zwischen Administrativstreitigkeiten und Justizsachen. Letztere wurden letztinstanzlich vom kantonalen Obergericht als Zivilgericht entschieden. Die Administrativstreitigkeiten wurden vor Verwaltungsbehörden mit letztinstanzlicher Kompetenz des Gesamtregierungsrats verhandelt. Das Verwaltungsgerichtsverfahren richtete sich am zeitgenössischen Zivilprozess aus und war kontradiktorisch ausgestaltet. In der Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltung und Justiz rezipierten die grossen deutschsprachigen Kantone Elemente der deutschen Justizstaatslehre. Das französische System des Verwaltungsrechtsschutzes, das auf verwaltungsinterner Kontrolle basierte, setzte sich demgegenüber nicht durch, auch nicht in der französischsprachigen Schweiz.

Die Justizstaatslehre entsprang dem Bemühen eines aufstrebenden Bildungsbürgertums, die Kompetenzen der Verwaltung weitestgehend aus dem öffentlichen Raum zu verbannen. Sie zielte daher auf maximalen Rechtsschutz durch Gerichte. Die politische Dimension der Justizstaatslehre spiegelte sich in den teils ideologisch aufgeladenen Argumenten ihrer Vertreter; der deutsche Strafrechtler und Prozessualist Karl Joseph Anton Mittermaier (1789–1867) strich etwa die unterschiedlichen persönlichen Eigenschaften von Verwaltungsbeamten und Richtern hervor. Letzterer wird als integrier Mann präsentiert, Ersterer mehr als windiger Funktionär. Auch in der Schweiz wurde diese Lehre mit ihren idealisierenden Verzerrungen rezipiert. So schrieb der Berner Zivilrechtsprofessor und Befürworter des gerichtlichen Rechtsschutzes Jakob Leuenberger:

„Der Administrator ist sich gewohnt kurz zu untersuchen, rasch zu beschliessen und dann ebenso rasch das Beschlossene ins Werk zu setzen, um den günstigsten Augenblick des durch die Umstände hervorgerufenen Beschlusses nicht zu verpassen (...). Ganz anders beim Richter. Ihm tut die Raschheit nichts, die Gründlichkeit Alles. Jede Rücksichtnahme auf Zweckmässigkeit, Konvenienz oder Opportunität ist von seinem Standpunkt aus verwerflich. Mit strenger Objektivität und ruhiger Ueberlegung, stets nur das Recht und den einzelnen Fall im Auge, hat er seines Amtes zu walten.“

Aus Sicht des emanzipierten Bürgertums war die Justiz eine Verbündete im Kampf gegen ein absolutistisches Gemeinwesen; einschlägige Erfahrungen mit Missbräuchen staatlicher Macht waren aus der Zeit der Restauration noch in allzu lebendiger Erinnerung. Im Licht der 1831 eingeleiteten Reformen der Rechtspflege erschien es nun wünschbar, die Verwaltung zu schwächen und die Justiz zu stärken. Dies allerdings unter der Voraussetzung, die Justiz werde tatsächlich ein Mehr an Berechenbarkeit und Rechtssicherheit gewährleisten. Die Äusserung des Liberalen Anton Henne gibt daher

das zeitgenössische Denken wieder, wenn er in den Verhandlungen des St. Galler Verfassungsrats zu bedenken gab: Die Verwaltung könne sich „wie der Doge zu Venedig“ selbstherrlich gebärden, der Richter hingegen urteile nur „buchstäblich“ nach dem Gesetz. Der justizstaatliche Ansatz baute auf diese Vorstellungen auf: Er verlagerte die bis 1831 bei den Kleinen Räten liegenden Kompetenzen in beträchtlichem Umfang auf die Justiz. Damit erweiterte sich deren gesellschaftsgestaltende Kraft; die Gerichtsbarkeit diente nun nicht mehr primär der Umsetzung des politischen Herrschaftswillens, sondern sollte – in den Augen der Liberalen – die bürgerliche Freiheit verteidigen, indem sie *de lege artis* die vom Gesetz umgrenzten Handlungsräume des Staatsbürgers gegen staatliche Interventionen sicherte.

## VI. PROFESSIONALISIERUNG DER RICHTERSCHAFT

Die kantonalen Verfassungen der 1830er-Jahre zeugen von der Durchsetzung der Gewaltenteilungsidee in organisatorischer Hinsicht. Allerdings war es ungleich schwieriger, zudem die innere Unabhängigkeit des Richters zu gewährleisten und die mannigfachen Versuchungen des konkreten Rechtsalltags auszuschalten. Der Zürcher Anwalt Friedrich Locher (1820–1911) veröffentlichte ab 1866 mehrere Streitschriften, welche dem Publikum die (angebliche) Beeinflussbarkeit der Justiz genüsslich vor Augen führte. Die Publikationen erregten grosses Aufsehen und trugen zum Sturz der Liberalen im Kanton bei. Locher benannte als Missstände: Die Manipulierbarkeit von Richterwahlen, die unzulängliche juristische Bildung der Richter, das fehlende Amtsethos, überhaupt die Empfänglichkeit der Justiz für sachfremde Partikularinteressen. In äusserst lebendiger Sprache schilderte er sodann konkrete „Justizmorde“, zumeist Rechtsfälle, in die er selbst verwickelt war, und in denen er den Behörden Fehlurteile oder persönliche Bereicherung vorwarf. Nach Lochers Darstellungen funktionierte die Zürcher Justiz keineswegs nach rechtsstaatlichen Grundsätzen, vielmehr war sie ein Glücksspiel – der Rechtsuchende müsse sein Rechtsbegehren geradezu „in die Lotterie setzen“. Seine Geschichten mischte Locher rhetorisch geschickt mit Gedichten, historischen Rückblenden und anzüglichen Anspielungen. Deshalb fällt es schwer, zu deren Tatsachekern vorzudringen. Zweifellos zu Recht legte Locher aber den Akzent auf die prekären sozialen Realisierungsbedingungen der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz: Von den 38 Bundesrichtern, die zwischen 1848 und 1874 amtierten, sassen 33 im eidgenössischen Parlament. Fünf von ihnen wurden Bundesräte, etwa der Berner Radikale Jakob Stämpfli und der Zürcher Liberale Jakob Dubs. Die doch sehr weitgehende Durchlässigkeit zwischen Judikative und Legislative belegt einerseits die dichte personelle Vernetzung der politischen Elite im jungen Bundesstaat. Andererseits illustriert sie, wie problemlos die Richterprofession mit einem politischen Engagement verbunden werden konnte. Das Justizsystem war weder auf kantonaler noch auf Bundesebene beamtenrechtlich durchdrungen, die Berufung zum Richter geschah in direkter oder indirekter Volkswahl, Zugangsschranken in der Form von Examina existierten in aller Regel nicht. Der Richterschaft fehlte noch im-

mer das fachjuristische Berufsprofil. Vielfach betätigten sich Richter zugleich auch in der Advokatur; wie sich die Pluralität der juristischen Professionen auf die innere Unabhängigkeit der Richterschaft auswirkte, ist nach heutigem Forschungsstand nicht abschätzbar. Immerhin darf wohl davon ausgegangen werden, dass die allmähliche Professionalisierung der Advokatur auch eine solche der Justiz nach sich zog.

**Abstract:** Until 1798 former Switzerland was a heterogeneous conglomerate of republics, which were ruled by a political and social elite. Separation of powers was not established yet. In 1798 the revolutionary modernization of Switzerland (during the so called Helvetik) in the spirit of the French revolution failed. Nevertheless, it introduced a number of modern ideas about politics and the state. Thus, after 1803 independence of justice seemed necessary to protect the individual against governmental and social power. In 1830 the liberals came to power and initiated a constitutional movement that reflected this change of values. The separation of power was inscribed in new constitutions of the liberal ruled, often already industrialized cantons. However, the realization of the normative principle turned out to be a challenging struggle for the professionalization of judges. During the 19th century and even today Switzerland has never known juridical prerequisites for judges.



# Los alcaldes al servicio de la justicia decimonónica: una propuesta discutida.

*Miguel Ángel Morales Payán, Almería*

Hace casi ciento veinte años Manuel Torres Campos comenzaba su obra, *Cómo se administra justicia*, afirmando de manera categórica que “la justicia es la primera necesidad de las sociedades”. En los albores del siglo XIX, llegado el momento político oportuno (la Constitución de 1812 y toda la legislación que la circundaba) esta necesidad había de ser objeto de una transformación profunda. La situación se había hecho insostenible. Tanto el modelo organizativo, los instrumentos procesales empleados y el personal que debía hacer realidad la administración de justicia así como el conjunto normativo que la regulaba aparecían desfasados, anclados en una realidad muy lejana que se tornaba preciso actualizar.

Uno de los puntos más disonantes en el novedoso entramado institucional que pergeñan los nuevos rectores políticos que rigen los destinos del país en ausencia de Fernando VII es el papel que deben desempeñar los alcaldes en el nuevo edificio judicial. En los planos del futuro edificio judicial se habían de contemplar tres plantas que encajarían con cada una de las instancias judiciales previstas: una, ‘a ras de suelo’, que llegaría a todos los rincones del complicado entramado territorial del país a cuyo frente debía haber un juez (de partido y letrado); otra, superior, que con sede en unas contadas capitales importantes del país, y bajo el poco original nombre de audiencias, revisaría, llegado el caso, la labor de los anteriores; y, finalmente, una azotea, que, a modo de vigía, controlaría a todos los trabajadores del inmueble, el Supremo Tribunal de Justicia domiciliado en la capital del reino.

Los alcaldes, siguiendo los pasos del texto constitucional aprobado en 1812, eran una parte esencial de la administración, bien es verdad que en el ámbito local. El grueso de la regulación relativa a los alcaldes y los ayuntamientos se centraba en el Título VI, que llevaba por título “Del gobierno interior de las provincias y de los pueblos”. Eran poder ejecutivo, cualificados agentes gubernativos, a los que, sin embargo, se les atribuye competencias jurisdiccionales, se les inserta, quizá con calzador, en el flamante entramado judicial. El art. 275 de ‘La Pepa’ preveía que en todos los pueblos se establecieran alcaldes cuyas facultades “así en lo contencioso como en lo económico” se fijarían mediante leyes. No vamos a entrar en la polémica sobre si esta opción suponía una traición a la perseguida división de poderes o si, por el contrario, era un estadio intermedio básico y fundamental para conseguir en un futuro no muy lejano una justicia impartida por iguales. Lo que sí es innegable es que fue un artículo aprobado sin discusión, aunque su materialización práctica, como señala Sáinz Guerra, era perturbadora pues “constituían un elemento contradictorio en la organización judicial que nacía en ese momento”. Entre otras cuestiones, mientras que los jueces y magistrados, personificación del ter-

cer poder, debían ser nombrados por el Rey tras un proceso, más o menos riguroso, de selección, los alcaldes, en cambio, eran elegidos por los ciudadanos. Y renovables anualmente. Y, además, controlados por el poder ejecutivo. De ahí que los constitucionalistas considerasen a la justicia municipal “en cierta medida, al margen de la Administración de justicia”. En esa línea, Gómez de la Serna, uno de los juristas decimonónicos más preclaros, pocos años después de transitada la mitad del siglo, declarará que “durante el régimen constitucional no se han aumentado las atribuciones judiciales a los alcaldes: muy al contrario, es cuando han sido más disminuidas. Es verdad que se les hizo Jueces de paz primero, y después Jueces de conciliación; pero estas funciones no eran realmente judiciales, porque más que decidir con su autoridad las diferencias particulares, debían los alcaldes procurar avenir a las partes e influir para que por una transacción se evitaran los litigios”.

Un postulado evidente como subrayaba Escriche en su magnífico Diccionario de legislación cuando, a propósito de los ‘alcaldes’, recordaba que se trataba de una “voz arábica que significa juez”. Esto es, la tarea de impartir justicia no le era desconocida a la figura del alcalde en la tradición jurídico-institucional hispana. Pero ante los nuevos planteamientos políticos, ante la apuesta decidida por una justicia letrada, la presencia de los alcaldes chirriaba de modo alarmante, “se producía una antinomia provocada por la naturaleza mixta gubernativa y judicial de los alcaldes que no podía dejar de incidir en la marcha de la Administración de justicia de un modo negativo”. Más de medio siglo se tardó en arrebatarles sus funciones judiciales y desterrarlos al ámbito puramente gubernativo. Fue un apartamiento progresivo que puso fin a un sinnúmero de ácidas críticas que abogaban por un perfil jurisdiccional que siguiese más el modelo continental que el anglosajón.

De cualquiera de los estudios que tratan sobre la justicia durante la Monarquía Absoluta podemos obtener soberbias radiografías de la lamentable situación en la que se encontraba ésta sobresaliendo unánimemente, como uno de los principales problemas que dificultaba su sensato funcionamiento, la multiplicidad de jurisdicciones y procedimientos así como de fueros y regímenes de excepción, pudiéndose distinguir, inicialmente, una jurisdicción real de una eclesiástica. Jurisdicción real que, a su vez, podía ser ejercida o cedida (como el caso de la señorial). La primera, la no cedida, “o era delegada en un tribunal establecido para un caso excepcional, los comisarios, o bien era atribuida de manera permanente a los tribunales ordinarios; estos tribunales son lo que forman la que habitualmente se denomina jurisdicción ordinaria” que es la que, por otra parte, nos interesa destacar en este momento. Su organización se basaba sobre cuatro puntales básicos: el Consejo Real, que era el “órgano colegiado supremo del Estado absoluto” y, como tal, también tenía competencias en el ámbito de la justicia. Las Chancillerías y Audiencias, órganos igualmente colegiados a los que se les reservaba el conocimiento de ciertas causas en primera instancia pero, sobre todo, daban cuenta de las posibles apelaciones a las sentencias dictadas por los órganos de justicia inferiores que no eran otros que los corregidores y los alcaldes ordinarios, entre los que había un reparto de asuntos en función, principalmente, de la cuantía y la materia.

Ante este complejo escenario “los constituyentes gaditanos se plantearon, pues, la necesidad de racionalizar el intrincado ordenamiento judicial con la aplicación de los principios liberales” . Esta racionalización, impregnada de liberalismo, había de tomar como punto de partida el Decreto de las Cortes de 24 de septiembre de 1810 relativo a la división de poderes. Pero, en opinión de Aparicio, si bien “la concepción original del liberalismo gaditano sobre el Poder judicial fue la de su directa adscripción a la soberanía y, en consecuencia, su consideración como poder autónomo” su reflejo en la práctica se desdibujó “tanto en el plano orgánico como en el propio plano funcional”. Y uno de esos elementos perturbadores fue la participación de los alcaldes constitucionales en labores judiciales.

Al imponer tanto el texto constitucional (Título V) como toda la constelación de normas que la circundaban que junto a los jueces de letras actuaran en el ámbito judicial los alcaldes constitucionales, más pronto que tarde, vinieron los problemas. Terreno a compartir que se tornó pantanoso y que explican el éxito, por otra parte, de una obra como la de Martínez Alcubilla titulada Juzgado de Alcaldes o Tratado general teórico-práctico de los deberes y atribuciones judiciales de los alcaldes y sus tenientes y regidores síndicos y que, en teoría, sólo seguía una consolidada tradición dieciochesca de publicación de obras sobre el desempeño de las tareas de corregidores y alcaldes pero que, abiertamente confiesa en la introducción, pretende arrojar cierta luz en el marasmo orgánico-procedimental de la legislación del momento: “Con el fin de que dichas autoridades comprendan mejor el uso que deben y pueden hacer de sus atribuciones, desde dónde y hasta dónde se extienden (sic) y la manera de ejercerlas con confianza y acierto en provecho de sus administrados y sin comprometerse a si mismas...” .

Las cebadas protestas que abogaban por la exclusión de los alcaldes del ámbito jurisdiccional no se hicieron esperar. Y las primeras reprobaciones, de las que nos hacemos eco, procederán precisamente de la justicia letrada. Para ello nos situamos a mediados del llamado ‘trienio liberal’, una vez retomada la dirección política constitucional interrumpida abruptamente tras el regreso de Fernando VII de su cautiverio. En este escenario, en el año 1821, se le ordena a la Audiencia granadina que elabore un informe en el que dé cuenta de cuáles son, a su juicio, los obstáculos que inciden sobremedida en el normal desarrollo de la administración de justicia . En el minucioso y detallado informe se apuntan causas muy diversas: desde obstáculos de tipo técnico-legislativo en el ámbito procedimental hasta la falta de medios materiales y personales. Pero sobresale, sobre todo, la constante denuncia del entorpecimiento que trae consigo la figura del alcalde constitucional.

Partiendo de la premisa de que la mayoría de las críticas a su labor, y sobre todo a la lentitud de la justicia, son injustificadas , pasan a desgranar el rosario de actuaciones apremiantes que pueden contribuir a su mejora. Y la primera y más espeluznante queja va dirigida hacia la figura municipal cuya intervención es valorada muy negativamente. Textualmente dejarán consignado por escrito: “... Consideran en primer lugar que uno de los mayores daños y de las más grave transcendencia es el servicio de los juzgados de

primera instancia por los Alcaldes constitucionales en los tiempos de ausencia, enfermedad del juez o vacante de su plaza que son vacantes comunes y frecuentes...”

Se trata, para ellos, de una perturbación prominente pues, por un lado, con ellos la independencia en el ámbito jurisdiccional queda en entredicho : “... la administración de justicia no puede desempeñarse bien por un empleado anualmente elegido por el propio pueblo y estacionado en él con mil vínculos de sangre, amistad, respeto y dependencias”. El enraizamiento de la autoridad municipal en la localidad dificulta su libre albedrío. Lejos queda, pues, aquella reiterada recomendación dada por la doctrina acerca de que el juez fuese severo y que no tuviese lazos y emprendiese negocios con los habitantes del lugar donde desempeñaba su labor . Situación que si bien es nociva en cualquier momento se agrava notablemente en esta etapa de inquietud política , de vaivenes, de intento de consolidación de un nuevo régimen político que tiene claramente dividida a la sociedad .

Por otro lado, no es menos reprochable la ausencia de formación cultural y especialmente jurídica, que suele concurrir en quien detenta la primera magistratura municipal. La falta de preparación y adiestramiento para desempeñar tareas judiciales resulta escandalosa para quien, precisamente, tiene como responsabilidad, constitucionalmente estipulada, la de intentar evitar que las partes enfrentadas pleiteen, que acaben ante los tribunales, máxime cuando: “...siendo legos casi todos los alcaldes constitucionales y muchos de ellos poco ilustrados tienes que entregarse a ciegas a un escribano...” Oficial éste al servicio de la justicia que tampoco goza de gran reputación pues se le califica de “más astuto y prepotente”.

Es cierto, admite la justicia letrada, que los alcaldes pueden recurrir a los profesionales de la tribuna, al consejo docto de los abogados, pero ocurre, según les enseña la práctica cotidiana, que sobre todo en los pueblos pequeños, no son pocos los letrados “de provida y conocimiento” que se excusan de estas tareas de asesoramiento. Y, cuando las admiten, suelen ser objeto de recusaciones siendo “siempre muy lento, dévil e imperfecto el curso de tales procesos sin arvitrio alguno para impedirlo, de suerte que suelen pasar irremediamente algunos meses sin que pueda llevarse a efecto una simple providencia de substanciación”.

De otra parte, estaría el asunto de la responsabilidad o, mejor dicho, de su ausencia pues entienden los quienes han elaborado el informe que “... en semejantes juzgados servidos por alcaldes es ilusorio el freno de la responsabilidad, por que ni aquellos tiene un destino cuya pérdida puedan temer y además quedan siempre escusados conforme a la ley...” . En este sentido, reclaman expresamente que el hecho de que conozcan supuestos de escasa cuantía no les exima de su posible responsabilidad por una actuación negligente o prevaricadora .

Y, junto a esta cuestión, la no menos trascendente del abuso de los alcaldes en sus facultades en materias contenciosas . La justicia letrada parte de la base de que los alcaldes han de ejercer sus facultades gubernativas con los menores obstáculos posible; también admiten la dificultad en deslindar estas facultades de las jurisdiccionales. De ahí que pro-

pugnen que se lleve a cabo una perfecta delimitación de competencias de “ambos poderes para evitar empeños, correspondencias y otros males que hoy se experimentan por la involucración de unas y otras facultades”. Y es la ley el instrumento adecuado para ello. Una normativa clara en este sentido evitaría las frecuentes denuncias de la justicia letrada sobre el entrometimiento, bajo el paraguas del ejercicio de facultades gubernativas y con el respaldo de los jefes políticos, de los alcaldes constitucionales en asuntos estrictamente judiciales. De los puntos que más escarnio les produce a los jueces es que los alcaldes, partiendo de una “mala inteligencia de la Ley” que les habilita para llevar a cabo las primeras diligencias de los sumarios, las continúan hasta concluir las, sin que “ni el juez del partido ni aún la Audiencia Territorial sepan la perpetración del delito ni la formación de la causa” lo que conlleva que “cuando después de mucho tiempo se remite el sumario al juez de primera instancia se han perdido ya los rastros de crimen, han pasado los primeros momentos favorables para el descubrimiento de la verdad y se hallan tales vicios en los referidos sumarios que no pueden sustanciarse sino después de mucho tiempo y trabajo, o acaso se ha dejado un flanco ya irremediable por el que se salva el delinquente”. La solución que proponen es tan sencilla como que se fije un límite temporal para la actuación del alcalde, pasado el cual, el sumario se ha de transferir al juez de primera instancia para que asuma el protagonismo que le corresponde por ley.

En esta misma línea, rezumando resignación, denuncian que los alcaldes hacen caso omiso a las providencias y exhortos que publican los jueces, a veces, incluso “maliciosamente”. De ahí la insistencia en que se aclaren todos “estos particulares haciendo entender a los alcaldes constitucionales que cuando ejercen facultades judiciales son dependientes de los jueces de primera instancia”. Y la ‘aclaración’ que solicitan no es baladí, todo lo contrario, es de gran calado al reclamar que se modifiquen las leyes hasta el extremo de que los jueces de primera instancia sean autorizados “legalmente para que puedan imponer multas y aún con justa causa a los alcaldes inovedientes”.

Falta de independencia, de responsabilidad, de formación, intromisiones innecesarias y algunas otras dificultades técnicas provocan que su juicio sea muy severo en relación a la intervención de los alcaldes constitucionales en la maquinaria judicial, proponiendo, en consecuencia, que ningún juzgado sea ocupado por quien no sea su “juez natural de grado”. Qué hacer, por otra parte, ante los supuestos de ausencias y vacantes. Varias medidas se pueden tomar, destacando la senda que siguen en naciones vecinas, que no es otra que la formación de un cuerpo de jueces sustitutos. No obstante, esta solución se les antoja desechable dado su elevado coste, por lo que abogan para que cada vez que un juzgado de primera instancia se encuentre sin propietario se de cuenta “de ello por el Ayuntamiento a la Audiencia y Diputación provincial y estas autoridades nombre un letrado que inmediatamente se entregue en el juzgado de primera instancia hasta la provisión de propietario”.

Pero la perjudicial presencia de la figura municipal en el entramado judicial no sólo es denunciada por la justicia letrada. El más de medio siglo que se les permitió estar presentes permitió que se recurriese a distintos foros para reprobador lo que se consideraba una ilegítima intromisión. Desde el Parlamento hasta los estrados judiciales pasando por la

prensa. En este sentido destacan las revistas jurídicas, esas publicaciones periódicas de carácter científico desde las que se analizaba, desgranaba y comentaba tanto el ser como el deber ser en la actuación del legislativo, el ejecutivo y el judicial. El Boletín de Jurisprudencia y Legislación fue “la primera revista española consagrada íntegramente al Derecho” allá por 1836, pero sería otra, la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nacida del tesón de José Reus e Ignacio Míquel diecisiete años más tarde, la que se consagraría como referente inexcusable del universo jurídico español a partir de la segunda mitad del XIX.

Entre los artículos recogidos en sus numerosos volúmenes merece destacarse el del abogado Agustín de Cevallos. En los albores de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que restringirá en buena medida la intervención del primer edil municipal en la administración de justicia, aquél saludaba el loable propósito del legislador de que “la administración de justicia tuviese representación en todas partes” pero criticaba duramente los efectos nocivos que seguía el “revestir a personas legas del carácter honroso de jueces”. En este sentido, admitía que se les encargase a los alcaldes algunas atribuciones judiciales pero sólo “perentoria y accidentalmente” y cuando tuviesen la condición de letrados. Estas exigencias derivan, según su entender, del espíritu de las propias leyes vigentes. Así, la obligación del juicio de conciliación previo a cualquier demanda se justifica en el intento de simplificar la resolución de conflictos evitando, en lo posible, la intervención de órganos altamente tecnificados que llevan aparejado una enorme dilación y un alto coste en la solución ofrecida. Pero, si quien se encarga de conciliar, no está preparado jurídicamente, a su modo de ver, no tiene sentido este requerimiento.

Cuando a la altura del año 1890 Mariano Fonseca, “juez decano de los de instrucción y de primera instancia de los de esta corte”, haga un recorrido por lo que ha sido la Justicia Municipal a lo largo del siglo XIX su balance tampoco será positivo en lo que respecta a la intervención de los alcaldes. Así, al hilo del “juicio de conciliación en lo civil y criminal”, encasillado desde la Constitución de 1812 a los alcaldes, manifestará: “No dejó esto de ofrecer desde luego inconvenientes y dudas” puntualizando que, sobre todo, esta incertidumbre se centró en la “materia criminal”. Abundando en esta cuestión, emite su opinión manifiestamente favorable a la regulación contenida en el Reglamento provisional para la Administración de justicia de 26 de mayo de 1835 en lo que se refiere al capítulo 2º, estos es, a los juicios de paz o actos de conciliación. Hasta el punto que expresa: “constituyen, a mi modo de ver, una serie de disposiciones tan perfectamente pensadas y con tanto tino dirigidas al fin que el autor se propuso, que tengo por motivo de disgusto que no hayan sido literalmente copiadas en las leyes de Enjuiciamiento y en la orgánica del Poder judicial” pero, matiza, “excepto en lo que se refiere a los Alcaldes, que son, como queda indicado, Autoridades que deben estar alejadas de la Administración de justicia”. En esa misma senda de reprobación hacia la figura del alcaldes en el marco de la justicia explica, en el iter iushistórico en que se haya inmerso, que con el código penal de 1850 fue necesario dictar nuevas normas de procedimiento para, seguidamente, añadir “cuyas reglas no hay para qué recordar, como no sea con el fin de llamar la aten-

ción sobre la insistencia en hacer de los Alcaldes funcionarios de justicia”. Y, reiterando su postura, sentencia: “Por fortuna el mal que esto producía tocaba, en parte, a su fin, puesto que en 13 de Mayo de 1855 se dictó la ley de bases para ordenar y compilar las reglas del Enjuiciamiento civil, y en 15 de Octubre del mismo año se publicó la ley, conteniendo preceptos que comprometían de modo ineludible a la creación de funcionarios judiciales, llamados Jueces de paz...”. Pero no quedan aquí sus quejas, pues, a propósito del Real Decreto de 22 de Octubre de 1855 y de la Real Orden de 12 de Noviembre del mismo año comenta que “adolecen esas dos Reales disposiciones del defecto que vengo lamentando, o sea, de hacer a los Jueces de que tratamos algo iguales y hasta dependientes de los Alcaldes... lo que se debió a dos causas, que si influyen mucho en los naturales de todos los países, ejercen en los españoles un predominio difícil de quebrantar; son, la de apego indomable a los antiguos hábitos, y la de querer conservar, en la esfera del gobierno, todo principio de autoridad que domine o subyugue a los encargados de ejercerla en escalas y grados inferiores. Si dudas surgieran en la aceptación de esta verdad, se verán desaparecer al sólo influjo de la lectura de la Real orden circular de 2 de Enero de 1856, destinada a dejar sin efecto el nombramiento de los Jueces de paz y a mandar que los Alcaldes siguieran en el despacho de todo lo que a los expresados Jueces encomendaba la ley de Enjuiciamiento civil...”.

Otro colaborador de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia afirmará que “acerca de las facultades que se conceden a los alcaldes y tenientes de alcalde como jueces pedáneos, sólo nos corresponde decir, que un juez, llamado como se halla en cualquiera de sus actos, a decidir de los intereses, de la honra y hasta de la vida de los hombres, para que llene su misión sublime como es debido, es menester que se coloque a mayor altura que las flaquezas vulgares, de manera que no alcance hasta él el rudo embate de las pasiones; y desgraciadamente en muchos pueblos los alcaldes y tenientes son la pasión personificada, porque han bebido en el choque de los bandos la ponzoña de la rivalidad y del odio. Se nos dirá que no es posible que en todas las poblaciones haya jueces independientes nombrados espresamente; harto bien lo sabemos, y fuerza es que transijamos con que se les otorguen algunas atribuciones judiciales; pero no cesaremos de levantar nuestra débil voz para que se reduzcan al círculo de esa necesidad funesta, de manera que en nuestro sentir ni aún les daríamos el conocimiento en los negocios cuyo valor es menos de diez duros”.

Pedro Gómez de la Serna, en esta misma tribuna y a propósito de la Ley de Enjuiciamiento civil y su regulación del juicio arbitral, subraya que “otra innovación grave, de tal modo debe calificarse, ha introducido la Comisión: esta es que el nombramiento de árbitros no sólo pueda recaer en letrados. Cuando la jurisdicción ordinaria estaba ejercida frecuentemente por Jueces legos, que tenían que substanciar y fallar los pleitos llamando a asesores en su auxilio, se comprendía muy bien, que no exigiera en los árbitros lo que no era requisito para los Jueces. La experiencia acreditó los inconvenientes de este mal sistema y la administración de justicia se ha mejorado extraordinariamente desde que todos los que juzgan en primera instancia, son peritos en la ciencia del derecho...”. Reiterativo resulta en recalcar el daño hecho por los iletrados (léase alcaldes) a la administra-

ción de justicia cada vez que se le brinda ocasión para ello. Así, en otro artículo de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia titulado ‘De los jueces de paz’ reseña que desde que este figura institucional ha hecho acto de aparición en el entramado organizativo judicial “queda realizada en todo a lo que los negocios civiles se refiere, la separación de funcionarios de la administración y del orden judicial; con ella está en parte satisfechas las prescripciones de todas nuestras constituciones políticas, del mismo modo de la de 1812 que de la de 1837, de la de 1845 que la de que en 1855 votaron las Cortes Constituyentes, puesto que todas han establecido que los jueces no ejerzan otras funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; con ella se han aumentado considerablemente las garantías de la buena administración de justicia, porque la justicia peligrando los agentes de la administración, a las atribuciones propias de sus cargos, reúnen las de decidir las controversias que con motivo de sus derechos individuales consagrados en la ley civil, suscitan los particulares; con ella, por último, se ha dado mayor independencia, mayor consideración y vida propia al cargo de administrar justicia en las demarcaciones municipales”. Y prosigue: “una inmensa mayoría en las Cortes Constituyentes, compuesta de diputados de todas las fracciones en que se dividía la asamblea, votó por la separación entre las atribuciones judiciales y las administrativas en todos los grados de la jurisdicción, y por la institución de los jueces de paz”. Pero cuando más duro resulta es cuando proclama: “si no estuviéramos acostumbrados a ver en España a los alcaldes investidos de atribuciones parecidas a las que ahora se confían a los jueces de paz, y teniendo además que prestar atención a los muchos negocios y a las intrincadas complicaciones de la Administración, nos parecería imposible que se hubiera pensado nunca en confiar una parte tan principal de la administración de justicia a personas que, por desgracia, han de ser en mucha parte inhábiles para desempeñarla. En donde más se ha de notar esto es en la instrucción de las primeras diligencias de las causas criminales; en ella los momentos suelen ser preciosísimos y las omisiones a las veces irreparables; porque los vestigios del delito desaparecen, porque los que indignados con la dolorosa impresión del crimen estaban dispuestos a decir la verdad, han dado lugar a la compasión o a otras pasiones tal vez vituperables, y lejos de contribuir a la averiguación del delito, propenden a encubrir los hechos y a extraviar al juez del camino de su investigación; porque se da lugar a la fuga de los delincuentes, a las confabulaciones de los cómplices, a la preparación de pruebas amañadas, y tal vez a que la refinada astucia de los criminales haga caer indicios de culpabilidad sobre inocentes y que éstos tengan que sufrir persecuciones judiciales, tanto más duras cuanto menos merecidas”.

Además de los artículos de opinión, la revista se hacía eco de cuestiones eminentemente prácticas que podían resultar confusas. Y el tema de la vertiente jurisdiccional de los alcaldes no escapaba a esta problemática. Entre otros, se puede traer a colación, aquél de José María Manresa y Navarro que indaga sobre si entre un juez de primera instancia y un alcalde pueden plantearse competencias de jurisdicción. Y nos interesa porque sus reflexiones son muy sugestivas. Da por hecho que “todos tenemos tendencia a ensanchar el círculo de nuestras atribuciones”. En consecuencia “es muy común que los alcaldes traten de entrometerse a conocer de negocios que son de competencia de los jueces

de primera instancia”. Entrometimiento que, constata, ha aumentado notablemente desde la promulgación de la ley provisional para la aplicación del código penal de 1850 en la medida en que esta norma concedía a los alcaldes la facultad de conocer en primera instancia de las faltas contenidas en el libro 3º. Como a veces, la línea divisoria entre faltas y delitos es muy difusa, el conflicto entre jueces y alcaldes está servido. Y, en estos casos, cuando un juez ve que el alcalde conoce de unos asuntos que no le corresponden o viceversa, si el alcalde se ve ninguneado en las funciones jurisdiccionales que legalmente le están atribuidas, se pregunta: “¿Qué deberán hacer? ¿Provocar la competencia? Y en tal caso, ¿a quién correspondería dirimirla?” Pues bien, para responder a estos interrogantes parte de la base de “fijar bien ante todo el carácter de las atribuciones judiciales de los alcaldes”. En este sentido Manresa entiende que los alcaldes actúan en tres planos diferentes. A veces, como jueces independientes de los de primera instancia, apostillando al respecto: “no se crea que aprobamos esta independencia o que la consideramos conveniente; no hacemos ahora más que exponer la doctrina legal”. En otras ocasiones proceden como jueces ordinarios subordinados a los de primera instancia “y de consiguiente como dependientes e inferiores de los mismos” y, finalmente como delegados y auxiliares de los juzgados. Esta diversificación justifica que tengan distintos deberes y obligaciones según la dimensión en el que se sitúen. Así, mientras que en el primer supuesto las diferencias de pareceres puedan dar lugar a un conflicto de competencias que se resolvería ante la audiencia correspondiente, en los otros dos supuestos éste no tiene cabida porque el alcalde ha de atenerse al principio de “sumisión y respeto que un inferior debe a su superior inmediato”.

No sólo en la Revista de Legislación y Jurisprudencia encontramos opiniones de rechazo a la actuación del alcalde en el mundo de la justicia. El Faro Nacional, otro acreditado foro de discusión jurídico, en su ‘Parte Doctrinal’ del número correspondiente al sábado 11 de abril de 1857, contiene un artículo sobre los ‘jueces de paz’ donde el autor, Gerónimo Díaz Crespo, trata de responder a la pregunta de si éstos deben limitarse a los asuntos y negocios comprendidos en los respectivos títulos de la ley de procedimiento civil o, por el contrario, si les corresponden también el conocimiento de las faltas y la formación de las primeras diligencias sumarias de los delitos. Comienza su exposición quejándose de la pasividad gubernativa para aclarar la duda suscitada: “Parece increíble que al cabo de tantos meses como hace que se creó la nueva institución, y al cabo de mes y medio que llevan de ejercicio los nuevos jueces, aún asalte a todos esta duda, y aún no se haya resuelto por el gobierno de S.M., a quien incumbe poner término a ella, evitando los conflictos que necesariamente ha de producir la diversa manera de ver esta cuestión”. Una vez expuesto su malestar continúa su reflexión tratando diversas cuestiones relacionadas con el mundo de los jueces de paz deteniéndose con profusión en la controversia de la separación de poderes llegando a afirmar que: “Separar las funciones administrativas de las judiciales, acabar para siempre con la amalgama inconcebible, con la mezcla heterogénea de unas y otras facultades que contra la ciencia administrativa, y contra el derecho constituyente venía de largos años pesando sobre los alcaldes; esta fue la idea primordial, el objeto preferente, el fin culminante que se propusieron los legisladores de 1855 al cre-

ar la institución de los jueces de paz, o mejor al establecer un grado inferior al de los jueces de partido en la escala judicial” .

Y hasta el propio legislador acaba públicamente claudicando pues en el Real Decreto de 26 de mayo de 1854 , al hilo de la fijación del sistema de sustituciones de los jueces de primera instancia, expresamente manifiesta: “La experiencia ha demostrado los males que ocasiona a la Administración de justicia la sustitución de los Jueces de primera instancia por los Alcaldes constitucionales”. Tan contundente afirmación se sostiene con estos argumentos: “Dedicados éstos a un género especial de funciones, incompatibles muchas veces con la celeridad y asidua atención que requiere la Administración de justicia, no son los más a propósito para desempeñar interinamente los juzgados de primera instancia. La imprescindible necesidad en que por otra parte los coloca la ley de nombrar letrados que les asesoren, cuando ellos no lo son, sobre constituir un embarazo de gran consideración para la marcha rápida de los asuntos, en notorio perjuicio de los intereses públicos, impone a los litigantes el deber de satisfacer a los Asesores sus honorarios, cuyo gravamen no sería justo conservar después de haberse suprimido con sobrada razón los derechos de los Jueces, refundiéndose en el aumento del valor del papel sellado”.

Pero no todas las opiniones fueron negativas. Alguna se emitió si no a favor, al menos, comprensiva hacia su labor. Es el caso de Emilio Bravo, quien, al tratar del papel de los jueces en el tema de las faltas, asumidas por los alcaldes en primera instancia en virtud de la ley provisional de aplicación del código penal de 1848, señala cómo “los libros de faltas que en los primeros quince días de enero de cada año deben remitir los Alcaldes por conducto del promotor al Juez del partido, han de ser objeto de un detenido examen para corregir cualquier abuso que haya podido cometerse, o para dictar las reglas convenientes a aquellos funcionarios que, guiados muchas veces por los secretarios de ayuntamiento, no tienen toda la instrucción necesaria para las tareas judiciales. Esta última circunstancia impone a los jueces el deber de la enseñanza, en lugar del castigo o la severidad, por tratándose de personas destituidas de conocimientos especiales, y sobrecargadas además de las graves tareas de la administración, es preciso ser muy tolerantes en los casos en que no exista malicia” .

En esa misma línea, Vicente y Caravantes , tras señalar que los alcaldes sólo ejercían la jurisdicción sobre “negocios de poca importancia”, subrayaba la utilidad y los beneficios de este histórico proceder: “La conveniencia de la institución de una autoridad que entendiera de esta clase de negocios ha sido reconocida desde épocas remotas y en todas las legislaciones cultas. En medio de la complicación y de la lentitud de las formas judiciales, que son el inevitable resultado de toda civilización algo avanzada, dice Mr. Dalloz al hacerse cargo de esta institución en Francia y en Inglaterra, se ha reconocido la necesidad de crear para las controversias sobre intereses módicos, una jurisdicción paternal que se hallase libre de las reglas que encadenan a los tribunales ordinarios”. Esa institución en España desde el “tiempo de la reconquista” fueron los alcaldes. Ahora bien, matizará: “Estos funcionarios reunían el carácter de jefes municipales y agentes de la administración al de jueces ordinarios”. Y esto supondrá un grave trastorno: “Esta amalgama de atribuciones tan distintas presentaba dos clases de inconvenientes para la causa públi-

ca: 1º el de ejercerse la administración de justicia por personas que carecían de los conocimientos necesarios para ello, y que en su consecuencia, necesitaban valerse de asesores, que elegidos por afectos personales y por compromisos de otra clase, tampoco reunían por lo común las cualidades que reclamaba la justicia; 2º que ejerciendo los alcaldes las funciones judiciales al paso que otras de la administración activa y siendo bajo este carácter dependientes del poder ejecutivo, y en consecuencia, amovibles, no podía menos de peligrar la independencia de la parte del poder judicial que ejercían, y en su consecuencia, la rectitud de la justicia”.

Habrà de esperarse, sin embargo, a la promulgación de la ley de Enjuiciamiento civil en 5 de Octubre de 1855 para acabar con ese inconveniente de la intervención de los alcaldes en la esfera civil mientras que, en el ámbito criminal, serán la Ley de Organización del poder judicial de 15 de Setiembre de 1870 y la de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872 las que pongan fin a su dilatada experiencia en el mundo judicial .

**Abstract:** To the beginning of the 19th century the situation of the administration of Spanish justice had become untenable. The dysfunctions in the organizational model and in the procedural used instruments, the personnel lose heart and lacking in formation and resources and a normative old-fashioned set they were presenting a disheartening situation. When the political circumstances allowed it, this is, with the absence of the monarch captive Fernando VII in the Napoleonic France and the promulgation of the Constitution of 1812, the reform in the judicial area was not made wait. The new promulgated laws had to bring a model of selection of the personnel to the service of the different justice that there had to use procedural new instruments with an organizational model who must be mediatized for liberal beginning as the separation of power, the independence or the responsibility. The apex of the pyramidal designed model must be occupied by a Supreme Court by competition especially the national territory. For below, a few ‘Audiencias’ like the second step. And, in the base, the judge (‘de primera instancia’). A few learned judges near the citizen that they had to happen for a hard process of selection and that they had to represent the essence of the beginning of separation of power. Nevertheless, this clear scheme that had to make real the liberal ideology, broke for the attribution to the mayors, eminently political organs, of judicial functions. A distortion that caused major stupor and similar rejection the years were spending and his lamentable one was demonstrated to proceed. The critiques were not made wait. From the same magistracy up to the doctrine happening for the politicians of shift. Complaints that, on the other hand, were successful though not immediate, since it will be necessary to wait for the last third of the 19th century in order that to the mayors they were removing themselves all his jurisdictional competitions. Precisely the object of this article is of showing these critiques.



# THE ENGLISH HABEAS CORPUS OR THE ARAGONESE MANIFESTACIÓN DE PERSONAS? THE PROCEDURAL MODEL TO GUARANTEE THE FUNDAMENTAL RIGHT OF PERSONAL LIBERTY IN THE SPANISH CONSTITUTION OF 1812

*Antonio Sánchez Aranda, Granada*

## I. INTRODUCTION

In the present Spanish legal system the Organic Law 6/1984, 24 May, regulates Habeas Corpus, a procedural institution whose primary purpose is the guarantee of the fundamental right of personal liberty against the arbitrary actions of the agents of public power. It fulfils the right granted by Article 17 of the present Constitution of 1978 which states “1. Every person has the right to liberty and security. No one may be deprived of his liberty without observance of the provisions of this article and only in the cases and in the form prescribed by law. (...) 4. The law will regulate a process of habeas corpus so that any person who is illegally arrested may be immediately placed at the disposal of the judiciary”.

The recitals to the law clarify that it is an Anglo-Saxon legal institution with an ancient tradition –more than three hundred and thirty years, since the Habeas Corpus Act of 1679, modified shortly after by another law known as the Habeas Corpus Amendment Act, and established only for criminal cases- and which is the model on which the Spanish law was based.

The Spanish legislator commented that the Anglo-Saxon origin could not hide, however, “its roots in historic Spanish law, where its antecedents can be traced back as far as the appeal of the manifestación de personas of the Kingdom of Aragon and the references on presumed illegal detentions contained in the Fuero de Vizcaya and other foral laws”. Yet again these precedents were not taken into account by the Spanish legislator nor considered as antecedents to the institution of Habeas Corpus regulated in 1984, which was no novelty in our legal system.

Although it is true that there was no earlier law in force following the Anglo-Saxon model, the specialist in procedural law, Fairén Guillén in the years before the passing of the present law tried to have the Aragonese manifestación recognised as its antecedent. He even claimed that certain procedural aspects should be taken into account, drafting a Bill in 1982 that was remitted to the General Codification Commission.

Here I analyse the origin of the Aragonese manifestación “a posse iudicum” as a preventive process to guarantee the rights of detained persons, the jurisdictional competence of the Justicia Mayor of Aragon, as well as its precedents and reception in the Spanish 18th century constitutional process.

## II. HISTORICAL ORIGINS OF THE PROCEDURAL INSTITUTION OF HABEAS CORPUS.

The requirement to bring an illegally detained person before the judge is the act that gives this procedure its name –which in Latin was known as *habeas corpus*, producing the body, or also *Habeas corpus ad sufficiendum*, being the initial words of the writ of appearance before the Praetor after the interposition of the interdict *de homine libero exhibendo* and requiring the production of the person maliciously detained by a private individual, not by a public authority -. Therefore, the injunction could not be made against those who made the detention because they had legal justification, for example, because they were an official carrying out his duties or a *Pater familias* .

In English law the expression *Habeas Corpus* referred to a series of legal actions – writs- concerned with detention. These actions could be *Habeas Corpus cum causa*, *Habeas Corpus ad Subjiciendum*, *Habeas Corpus ad deliberandum et recipiendum*, *Habeas Corpus ad Prosequendum*, *Habeas Corpus ad respondendum*, *Habeas Corpus ad Satisfaciendum*, *Habeas Corpora Juratorum* y *Habeas Corpus ad Testificandum* . In practice, the generic expression *Habeas Corpus* makes reference to the action of *Habeas Corpus ad Subjiciendum*, known as the Great Writ, consisting of an imperative and categorical command directed to the authority that had detained a citizen “we command you that you have the body of the person under your custody, together with the day and cause of his being taken and detained in our court on (date)” .

The first precedent of *Habeas Corpus* is thought to be Section 39 of *Magna Carta* granted by John I of England –John Lackland -, on the 15 June 1215 and considered as the first written commitment of an English king to respect a series of rights and liberties. It recognised “No freeman shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”.

With the restrictions on the power of the monarchy and the strengthening of the English Parliament in the last third of the 17th century, there were a series of Acts, the most important being that promulgated in 1679 which established the Writ of *Habeas Corpus ad Subjiciendum*, but only for criminal cases . Charles II subsequently promulgated the Law of 28 May 1679 that modified this Act with the aim of avoiding the constant illegal deprivations of liberty made by the authorities as well as the tendentious delays in obeying the Orders of *Habeas Corpus* by the authorities. This was known as the *Habeas Corpus Amendment Act*, whose subtitle states that this was a Law given “to better ensure the liberty of the subjects and to prevent imprisonment overseas”, grant-ing stronger juris-

dictional guarantees for the liberty of persons and the treatment of those arbitrarily detained. From this Law came the English jurisprudence that would extend protection in criminal cases against possible illegal detentions.

The Habeas Corpus Amendment Act introduced important advances in the protection of the prisoner, its main characteristics being:

- It established a time limit from the time of serving notification of the Writ of Habeas Corpus on the official in charge of the place of detention until the prisoner's appearance before the judge who pronounced Habeas Corpus (between three and twenty days according to the case and the distance). The official had to take the prisoner before the Lord Chancellor or the judge who made the Order, having to specify the causes of the detention.
- The writ of Habeas Corpus could be easily invoked, either by the prisoner or by any one on his behalf.
- The Writ of Habeas Corpus could be sought at any moment, even during the Long Judicial Vacation, and in any place.
- For the Writ of Habeas Corpus to be issued it was necessary for the applicant to present a copy of the detention order or a sworn statement, with two witnesses, that it had not been issued.
- Once the prisoner had appeared before the judge, he had a period of two days to grant bail with a financial surety to ensure attendance at the relevant court.
- Fines and disqualification from office were imposed on officials and judges who did not fulfil the obligations of this Law.
- It was expressly prohibited to move the prisoner to avoid the effectiveness of Habeas Corpus, except for strict legal reasons.
- This would be the model that ended by being received into the present Spanish legal order and, therefore, ignored what had expressly arisen in the Kingdom of Aragon during the Late Middle Ages.

### **III. THE MANIFESTACIÓN DE PERSONAS OF KINGDOM OF ARAGON AS A PREVENTIVE PROCESS AGAINST ILLEGAL DETENTIONS.**

The Aragonese Law of the late middle ages established in its foral processes, that is, the legal system and laws of the Kingdom of Aragon, an institution directed to giving a rapid and efficient response against unjustified detentions of Aragonese citizens or foreigners made by a royal official: it was called the manifestación de personas. It was conceived as an institution to ensure the appearance of the detained person before an impartial judge. For Fairén Guillén, the manifestación is understood as "the power of the Justicia Mayor of Aragon and his deputies to sign an order or mandate directed to any other

judge, non-judicial authority or person who had in his power a detained person (detained, “retained” or prisoner), that he should hand him over (“to show him” before him), with the aim that violence should not be committed against him during the procedure followed against him” .

The privilege of the manifestación aragonesa de personas in the Kingdom of Aragon began to take shape legally as a preventative process at the end of the 14th century in the Assembly of Zaragoza in 1398, although its existence and application were known earlier . However, its “procedural order” was not established until the first third of the 16th century .

Consequently a preventive process was established that rested on the irremovability and inde-pendencies of the institution of the Justicia Mayor of Aragon as a superior jurisdiction; it watched over the interests of the Kingdom, the nobility and people against the abuses of the king or his officials. In his function as guarantor of the Aragonese constitution, as judge of when the fueros, the laws of Aragon were broken, the Justicia Mayor could veto the charter or commandments of the king that might break the fueros; preventively, he was obliged to consult the legal authorities in cases that possibly constituted the breaking of the fueros. The Aragonese political pactism or consensus strengthened the Justicia Mayor of Aragon as the judge who was guarantor of the rights of detained person against royal officials in criminal matters. González Antón thinks that in contrast to absolutism “pactism was, inevitably, “liberal and even democratic” adding the appropriate qualifications of our time to a political social structures of the Ancien Régime” .

### **1. The competent jurisdiction: Justicia Mayor of Aragón.**

To understand the importance of this institution of Justicia Mayor of Aragon as guarantor of the fueros and liberties of the Aragonese people and of foreigners resident in Aragon against royal excesses, I shall explain its formation and evolution chronologically in the hope of making the sub-ject easier to comprehend. This legal system remained in force in the public sphere until it was abolished in 1707 when the reform of Felipe V introduced the Decree of Abolition of Fueros of 29 June 1707 given by the Kingdoms of Aragon and Valencia. This was a consequence of the War of the Spanish Succession between Archduke Carlos of Austria and Felipe of Anjou, Felipe V, the first Bourbon king of Spain and victor of the contest.

The most important aspects of this institution between 1265 and 1707, when it was abolished, which we must keep in mind are:

a. The institution of Justicia Mayor of Aragon, the supreme justice who was chosen by the king and the Parliamentary Assembly to protect the fueros and liberties of the Kingdom made its appearance in the Assembly of the Knights in Egea in 1265. The judge had to be a nobleman and to decide the lawsuits that arose between “the King or his successors and the Rich men, noble men and landowners”, and that had to be judged “with the advice of the Rich men and Knights who were members of the legal profession as long as they were not interested parties” . He was, therefore, a judge who had firstly to enjoy the

status of being a nobleman and who had the office of resolving the lawsuits between the king and the Aragonese nobility who had a double representation in the Assembly assuming two of the four arms.

b. In 1283, after the Union of Aragon and Valencia that defeated Pedro III, when what came to be known as the General Privilege of Aragon was introduced into the Aragonese political constitution and came to be known as political pactism. Among its other consequences this pactism extended the jurisdiction of the Justicia Mayor of Aragon who became competent to resolve all lawsuits of all Aragonese that came in front of the Courts—and not only those of the nobility. It also imposed the royal obligation to convene annual assemblies. The General Privilege of 1283, considered as the basis of civil liberties of the kingdom, and for some authors, it was an even greater concession than the English Magna Charta of 1215.

c. On 28 December 1287, after the resumption of the Union of the year before, which was motivated by the Alfonso III's refusal to accept those who should be members of the Royal Council and in the Royal Household, – he decided on its structure, appointments and functions–, Alfonso III had to concede two privileges. Among these concessions were the annual convocation of the assembly in November, the appointment of councillors who were to be members of the Royal Council and the establishment of a limitation on royal jurisdiction in favour of that of the Justice of Aragon.

d. In 1348 Pedro IV defeated and forbade the Union, and abolished the two Privileges of 1287; however, this monarch gave new guarantees to the Kingdom of Aragon to preserve its fueros and liberties in the Assembly of Zaragoza of 1348, confirming that the General Privilege of 1283 remained in force. He established the form of the oath to respect Aragonese laws that also bound his successors and the Governor General and in favour of the Justicia Mayor of Aragon himself. Moreover, Pedro IV granted a competence that the Justicia Mayor would guarantee, as a precautionary measure, the fueros and liberties obliging the Regent and royal officials in doubtful cases to consult on the application of the fuero, establishing a procedure that had to be followed, with heavy sanctions for those who did not observe them. This constituted the jurisdiction of the Justicia Mayor as the supreme authority, and hence from 1348 the name of Justicia Mayor of Aragon was attributed to it.

In an extension of a Fuero of 1300, the Justicia Mayor of Aragon, who was not an expert in law, was given the right to nominate a lawyer as a deputy, to advise him on Aragonese Law, the interpretation of *Ius Commune* and certain procedural aspects. In 1352, in a new Assembly held in Zaragoza, the Justicia Mayor was authorised to have a second deputy and, in 1528 in an Assembly held in Monzón, Carlos I authorised the appointment of three more who had to be lawyers, thirty or more years old and with four years of practice, abolishing a Council of seven lawyers which had been set up in 1517. The office of deputy was, at first, an indefinite appointment made by the Justicia Mayor, but in 1461 the number of deputies was fixed at three and Diputación of the Kingdom was re-

sponsible for their appointment, chosen by lot from among the best lawyers in the kingdom. In 1467 the period of the appointment was limited to one year.

The decisions of the Justice, known as observances, would end by being converted into a source of law and were key for the harmonisation of general Aragonese Law with *Ius Commune*.

e. The office of *Justicia Mayor* had the guarantee of inviolability and irremovability.

It is usually asserted that, by custom, from its inception the *Justicia Mayor* was inviolable. Legally, that principle was established by a *fuero* approved by the Assembly of Monzón, where the assemblies of the three kingdoms, (Aragon, Valencia and Catalonia) met in 1435 –however, in the Assembly of Kingdom of Aragon they met separately in Alcañiz in 1436-. After the pressure put upon the *Justicia Mayor* by the king it was guaranteed that he would suffer no harm for not obeying the royal charter that was given when he took possession of his office. The *Justicia Mayor* and his deputies, notaries, etc. were guaranteed that they would not be subject to charges or imprisonment by the royal officials. Every cause had to be dealt with in the general courts, which were competent jointly with the king to resolve them. Another *fuero* of the same Assembly guaranteed that the *Justicia Mayor*, even in civil cases, could not be taken prisoner except by the joint commandment of the king and the Court .

The irremovability of the *Justicia Mayor*, generally, meant that he could not be dismissed from his post at the royal will, but moreover, the Justice himself could not renounce his office. In the Assembly of Zaragoza of 1442 it was established that the position was for life and the Justice was endowed with irremovability in the fulfilment of his jurisdictional function. The reform made by the Assembly of Tarazona of 1592 permitted the king again to appoint the *Justicia Mayor* and the greater part of his deputies: “the perpetuity of the great offices of state, not being revocable at the will of the Prince, or the king who appoints them, usually brings with it great abuses and inconveniences. Therefore His Majesty, at the will of Assembly, decrees and orders, that the office of Justice of Aragon shall henceforth be appointed by His Majesty and his successors, for the period of his Royal service and during his pleasure, merely of his free will nevertheless: notwithstanding whatever of the said *Fueros* and uses are repugnant: remaining in force all other *Fueros*, Uses and Observances of the present Kingdom, which speak of such office of the Justice of Aragon, and of his power, and pre-eminence, and the qualities that in him must meet, in his force, efficacy and valour” .

The events that had occurred in the Kingdom of Aragon when the Madrid Secretary of Felipe II, Antonio Pérez sought the protection of the *manifestación de personas* in 1590, and the armed uprising of 1591 against Felipe II, were keys to bringing about an institutional reform established in the Assembly of Tarazona in 1592 and which directly affected the legal status of the *Justicia Mayor* of Aragon who lost his independence and the irremovable character of his office as against the monarchy . Moreover this reform made it possible, “to assign to the centres of power persons of trust, and so we see how they ac-

ted to cover successive vacancies in the offices of the Kingdom with those who possessed a “*cursus honorum*” of loyalty to the Crown” . The words of Fairén Guillén are significant when considering “one of the causes (...) of the revolts that led to the final ruin of Aragonese Public Law was an appeal to *manifestación*. It was granted by the Court to the Secretary of State of King Philip, Antonio Pérez” .

But the figure of the *Justicia Mayor* had lost its prestige by the end of the 16th century. The principal reasons were the link to the Lanuza dynasty to the Court from 1442, the professionalization of the deputies from 1467 and the reforms, one made by the figure of the lawyers advising the judge introduced by Fernando the Catholic in 1510 and the other made by Charles I in the Assembly of Zaragoza of 1528 . Thus González Antón writes, “at the end of the 16th century the office of Justice of Aragon, as it had been known in 1500, had ceased to be an institutional reality for some time. Until 1592 it had been giving an emphatic vision of a political judge dressed as Jupiter the Thunderer and public benefactor” .

## 2. The *manifestación de personas*.

The *manifestación de personas* in criminal proceedings before the royal judges, which was abolished for at the beginning of the 18th century –Decree Philip V, 29 of June of 1707–, fundamentally followed an action of the *Justicia Mayor* who, acting on the principle of speed and with an exceptional absence of procedural formalism, was limited in his jurisdiction to guarantee the observance of the rights of the prisoner determined in the legal system.

The Aragonese *manifestación* presented distinct types according to the procedural object and the aim pursued. Thus there were processes of *manifestación* of an ecclesiastical nature, of notes and conveyances, of movable goods and of persons, this last with a double speciality, “a *posse iudicum*” and “a *posse privatorum*” . In this sense, La Ripa defines the *manifestación*, in a broad sense, as “a legal deposit of goods, by which possession is taken and passes to the Court’s jurisdiction which carries out the procedures and issues the papers, and the pending Processes before any Ecclesiastical Court, or any Persons, so that anyone could, without violence, use the right that corresponded to him” .

The *manifestación de personas* “a *posse iudicum*”, which ceased to exist technically at the beginning of the 16th century, could give rise to two distinct processes: one, a rapid process, clearly preventative in nature (even described as an procedural summary process), intended to avoid cruel treatment and illegal detention without seeking to resolve the guilt of the detained and the other, which could develop into a second procedure, intended to discover the accused’s guilt and governed by the declarative principle despite being a criminal process, once a condemnatory sentence had been pronounced in another jurisdiction . Undoubtedly, in the Kingdom of Aragon “the prohibition of the inquisitorial principle was considered as one of the great traditional liberties” . The aim here is to tackle only the regulation of the first, preventative, process of *manifestación*.

A compilation of the procedural aspects of the manifestación “a posse iudicum” was made in the Assembly of Teruel of 1428, approved by a fuero that began to define the process in its preventive phase. The competent jurisdiction was that of the Justicia Mayor and his deputies and, thereafter, the Court. The procedure presents, among others, the following characteristics:

- The process could be initiated by the prisoner or any person in his name, whether or not related to him, a native of Aragon or a foreigner, alleging previously on oath (requisite repealed by the assembly of Calatayud of 1461), that he was subject to cruel treatment. The manifestado (the prisoner) did not incur costs in the proceedings, and he could appear before the Justice assisted by the procurator. Those who could not avail themselves of the manifestación were “the vassals of the jurisdictional body (...) those accused of tax fraud, those who broke bailment, those imprisoned for debt, as well as those accused of heresy”. Dánvila Collado commented on this, that “the only ones who could not enjoy this right in Aragon were the unfortunate vassals of ignorant distinguished persons, when they were imprisoned by their masters or by the senior judges, an indelible stain on the glorious history of this kingdom”.
- If the manifestación was accepted, the prisoner remained under the jurisdiction of the Court, which could determine the “provisional” prison of the manifestado, or order house arrest” or grant bail with security (a “capleuta” in Aragonese law) in a period of seventy-two hours. The prisoner, safe from cruel treatment, the matter was contested if an accusation was presented, where the manifestado declared before the Judge or his deputies in writing on the “injuries” or “outrages” he had suffered and, immediately thereafter, the other party was given the opportunity to present his accusation.
- While the process was being finalized in the royal jurisdiction, the process of manifestación before the Justice was paralysed in order to enter into the declarative process in the event that the accused was found guilty.

With this institution it was possible to establish a procedure whose principal guideline was procedural speed and simplicity; after the Justicia Mayor was informed of the possible illegal detention, the detained person was brought before his jurisdiction and a rapid, summary procedure was initiated to discover the judicial verification of the legality of the detention; as a general principle, that no royal official or individual remained outside the control of the court; the lack of formal requirements with an oral trial, the fact that no procurator or lawyer was needed and the speed of the proceedings and, finally, universality because it was available not only against possible illegal detentions or against detentions made in accordance with the legal order but also those that exceeded the time limits.

Before this, the innovation introduced in the Tarazona Assembly in 1592 was both intelligent and effective, permitting the power of the manifestación not only to the Justicia Mayor but also to the Court, a legal comparison that served as an incentive for the gra-

dual loss of the efficiency and importance of the manifestación de personas a posse iudicum, which survived, though virtually dead, until its derogation at the beginning of the 18th century .

Linked as the manifestación was to the institution of Justicia Mayor, the only jurisdiction to deduce and process it, from 1592 it lost the efficiency with which it had been institutionalized.

#### **IV. THE DEBATE ON THE 19TH CENTURY SPANISH CONSTITUTIONAL PROCESS.**

The Spanish constitutional process, initiated in the 19th century, soon showed its concern to introduce the institution of Habeas Corpus into the legal system. The general and extraordinary Assembly was constituted in Cadiz on 24 September 1810 –which led to the passing of the first Constitution on 19 March 1812. On 14 December 1810 the first petition on this subject was recorded. Manuel de Llano, the second deputy for Guatemala, who first proposed to the Chamber -being admitted to the debate – that “to guard in part against the evils that have afflicted this Nation for so many years” a commission be appointed “to be exclusively concerned in the drafting of a law similar to that of “Habeas Corpus” that ruled in England, and which ensured the citizen’s individual liberty” . One day later, the formation of a Commission to draft the law of Habeas Corpus was approved; that law did not appear in its formation, but rather came to be confused with that made by the Commission of Justice that had been constituted on 25 September 1810 .

It was not until the 19 April 1811 when this matter was again dealt with in the course of a draft Regulation for criminal cases to have a more expeditious resolution . The Commission of Justice presented it to the Chamber with the clear intention of limiting the arbitrariness of the judges who tended to send prisoners to jail before they were found guilty, rather than deal with the abuses of the public authority, an aspect that can be appreciated in the wide-ranging debate on the draft Bill as a guarantee of the rights of individual liberty and security. It contained, for the first time, the prohibition against imprisoning any one for debt. Art. 5 stipulated that no one could be detained for more than twenty-four hours without being told the cause, and it was necessary to justify summarily and to state the name of his accuser; in Art. 7 it provided “any person who is held prisoner without knowing who arrested him, for what cause and for what reason, shall be put at liberty immediately without costs; and when the person who committed this attack is discovered, he will be punished by a year’s suspension from office, and ordered to pay compensation”. Art. 8 determined that the judge who knew of a case of any prisoner detained without cause shall proceed to put him at liberty. Among the criticisms made of this Bill was that it failed to specify the cases in which the prisoner should remain in custody. As the debate was focused more on technical matters, it cannot be said that the deputies were thinking about the procedural institution of Habeas Corpus .

The Constitution of 1812 was the first to recognise this fundamental right, although without using the expression Habeas Corpus, endowing it with the means necessary for its observance but fail-ing to determine a specific procedure for the cases of illegal detention. Art. 290, whose wording is attributed to the scholar Antonio Ranz Romanillos , follows the French model of Habeas Corpus: “the arrested person, before being put in prison, will be brought before the Judge, provided that there is no obstacle, so that he shall take his declaration; moreover, if this cannot be verified, he shall be taken to jail as a detained person and the Judge will take the declaration within twenty-four hours”. A precept that was presented as innovative was putting the detained person at the disposition of the judge, so that it was the judge who took the declaration and not the police, as had been established in French legislation. This technical innovation has been described as pro-gressive but was taken from traditional Spanish legislation . The earlier debate centred on the vagueness of the expression “provided that there is no obstacle” because it could cause situations of abuses against the prisoner, outside the judge’s discretion.

The Spanish Constitution of 1812 had, however, certain restrictions. Art. 287 established that “No Spaniard may be held prisoner, without a summary report of the fact, that by law he deserves to be punished with corporal punishment, and likewise a written order of the Judge, of which he will be notified at the moment of act of putting him in prison”; Art. 289 legitimated the use of force -“when there is resistance or escape is feared, force can be used to secure the person”- and Art. 292 specifies that “in fraganti every delinquent can be arrested and any one may arrest him and take him into the presence of the Judge: presented (to the judge) or put in custody, everything shall proceed as in the previous articles”; this last regulation influenced the penal classification and remained in Spanish legislation until the penal reform of 1995. Under the influence of the French model, the treatment in prison of the detained person has been carefully regulated; highlighting that admission to prison must be by a reasoned judicial decision that has to be handed to the governor of the prison, establishing that arbitrary detention is a crime both by the judge and the governor (Art. 299). The Constitution of 1812 also provides for possible suspension of the consti-tutional guarantees established for the arrest of delinquents provided that these have been speci-fied by Parliament (Art. 308).

With this Regulation, it can be said that the introduction of a procedural model in response to illegal detention was not a vague declaration of a fundamental right but rather that it was accom-pañied by its feasible exercise by all citizens of a series of stipulations that made its effective su-pervision possible. As Romero Moreno indicates, they came to constitute “necessary suppositions of compliance with the first requisite to speak of the authentic right of the jurisdiction, in relation with human rights in our country” .

However, a process for Habeas Corpus was not regulated until the promulgation of the Constitu-tions of 1869 and 1876, although without using this specific name.

Finally, it can be said that it was decided to introduce Habeas Corpus following in part the French model and, therefore, alien to the historical and legal tradition of the mani-

festación de personas; the same would occur with the jurisdictional institution of the Justicia Mayor of Aragon. We only find a reference in the Cadiz Assembly when the deputy for Asturias, born in Oviedo, José Canga Argüelles, requested on 19 April 1814 that the Congress of the Deputies should “examine the faculties of the ancient Justicia Mayor of Aragon, and see if it could be re-established in Spain as a guarantee of individual liberty” . No time was found to debate this proposal after the return of Fernando VII in May 1814. By Decree of 4 May he abrogated the constitutional regime, so repealing the Constitution of 1812 and all the legislation of the Spanish Assembly. This initiated the Absolutist six years/period with the return of the Ancien Régime and a period of persecution of those considered as Francophiles/pro-French .

## V. CONCLUSIONS.

The manifestación de personas a posse iudicum fulfilled a double end and objective. One, clearly political, against the action of the king or his officials, gave the Justicia Mayor the means necessary to guarantee respect for the legal system of which he was the interpreter against possible interference of the royal jurisdiction, placing the former above it (remembering once again, that both institutions, as guarantees of public Aragonese law, were abolished in 1707, yielding to Castilian uniformity that extended its model of organisation and penal law) . The other, clearly procedural aim, was to open up the possibility of pronouncing through the sentence, after a previous summary trial, on the legality of the detention and avoid the application of torture to the detained person, not dealing with the guilt or innocence of the accused, which could be relegated to a second procedural phase, governed by the accusatory principle.

It was clear that in the process of consolidation of absolutism, it was necessary to neutralise an institution, a model of preventative process, guarantee of the Aragonese constitution such as the manifestación de personas. Reciprocity and jurisdictional comparison were its weapons. And the manifestación that it constitutes an exemplary measure “of the struggle against illegal detention and imprisonment, or against the cruel treatment that can be committed in such situations” , lost his principal meaning.

Possibly the demand for the manifestación aragonesa denied by the legislator, as well as the jurisdiction of the Justicia Mayor constituted today in the Defender of the People, popularly known as the Ombudsman, in the Autonomous Community of Aragon, led to the incorporation in Article 7 of the 1984 Law of an expression reminiscent of it. It establishes that the judge at the inception of a trial of a possible illegal detention must order the authority “produce the defendant, in Spanish “ponga de manifiesto”. An expression that reminds us of an institution that the political centralism of the 19th century, following the procedural inheritance of Castilian Law and finally too the French model, failed to take into account.

**Abstract:** The constitutional debate in Spain in the 19th century about the model to follow to guarantee individual liberty led the members of the Cadiz Constituent Assembly to consider ha-beas corpus and the Aragonese manifestación as possible models to follow. The institution of the Justicia Mayor of Kingdom of Aragon, born in the Hispanic low middle ages, was even suggested as the guarantor of rights and freedoms. Finally, the Constitution of 1812 would ignore both its own legal tradition and that of England, following in part the French model established in the French Constitution of 1791. However, the Spanish law of 1984 now in force follows the English model. In this work analyze the jurisdiction of Justicia Mayor and his importance like guarantor institution of the rights of the arrested across of the procedural institution of manifestación de personas a posse iudicum, arisen in advance to writ Habeas Corpus ad Subjiciendum.

# Appointing of magistrates in Spain in the first half of the nineteenth century

*Ricardo Gómez Rivero, Elche*

## I. THE PROCEDURES UP TO 1834

In the long period comprising 1588 to 1811, the Chamber Councils of Castile and the Indies were the competent bodies responsible for holding the corresponding inquiries to appoint attorneys for the diverse positions in justice . The Chamber of Castile was comprised of experienced –and very old– magistrates who over the years had lent their services in courts, chanceries, and Royal Councils . They clearly were the most qualified to propose attorneys to occupy positions for the counselors of the Orders and of Castile, presidents of chanceries and regional courts, member judges of royal courts and chanceries, *alcaldes del crimen* (name for attorneys in some places), and prosecutors on national courts as well as courts in smaller and larger towns .

Now the monarchy did not always agree with the Chamber's prior consultation. On occasions the monarchy disregarded its opinion and appointed judges directly by decree . In the procedural steps for appointment, the secretary of the State and of the Office of Grace and Justice had participated since 1714 .

With the new constitutional order established starting in 1812, the State Council substituted the Chamber of Castile in the proposals for jobs in the magistracy and judiciary. On January 21, 1812, the Cortes created a „new“ State Council two months before promulgating the constitutional text . The following day they appointed three former regents of the kingdom as Council components. They were Joaquín Blake, captain general of the royal armies; Pedro de Agar, ship captain in the royal navy, and Gabriel Ciscar, squadron leader . On February 20, the State Council was already constituted with half of the members who would contemplate the future Constitution, that is, with twenty. Among the remaining 17 State counselors there would be two nobles, two clergymen, and the rest members of Councils, courts and the army . On the 26th, the absolute State Council was abolished .

Article 251 of the Constitution set two requirements to be appointed judge or magistrate: older than 25 years of age and having been born within Spanish territory; subsequent legislation referred to the regulation of the other conditions . The decree of April 17, 1812, required of magistrates on the Supreme Court of Justice, in addition to the requirements from Article 251, “*ser letrados, gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía, y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y libertad política de la Nación*” . Another decree settled a month and a half later extended these conditions to all magistrates and judges of first instance .

The Constitution conferred upon the State Council to prepare ternas (shortlist of three candidates) for the posts in the magistracy and judiciary (Article 237). The resolution of these ternas corresponded to the King. However, during Fernando VII's captivity, according to the two Regulations of the Kingdom Regency of 1812 and 1813, respectively, it is the Regency who appoints court magistrates and judges of first instance by State Council inquiry. The very State Council Regulation from June 8, 1812, entrusted upon it the formation of inquiries for the employees of the magistracy and judiciary, like the constitutional mandate proclaimed.

The first posts that the State Council proposed were for the Supreme Court of Justice; later it would discuss the regencies, offices of public prosecutors and magistrates at the peninsular courts, at islands and those overseas .

The Constitution of 1812 governed, during a first stage, from March 19, 1812, until May 4, 1812; and then later, from March 10, 1820 until October 1, 1823. A third stage began with the mutiny at La Granja on August 13, 1836, until the progressive Constitution was promulgated on June 18, 1837. In the first and second liberal stages, either the kingdom regency or the King appointed one of the attorneys named in the terna as a judge or magistrate. However, during the absolutist era, the King could appoint any of those appearing in the Chamber Council inquiry for a judicial post, and on occasions even going further, appointing someone not even mentioned in it . Formally, the constitutional State Council inquiries were identical to those of the Chamber Council's in the absolutist monarchy: *membrete*; within the inquiry the counselor's relationship is marginally included and finally their title. It also expresses the reasons for the vacancy and the names of the proposed subjects (three in the State Council inquiries, and up to eight from those of the Chamber). Furthermore, during the Liberal Triennium, 1820-23, the Minister of Grace and Justice is who, along with the King, deals with the appointments; the Minister will write in the margin of the inquiry's *membrete* the Royal decision, which Fernando VII initials .

From 1814 to 1820 and from 1823 to March, 1834, it is again the Chamber of Castile that which proposed –via inquiry– candidates for the different posts in the judicial administration. On occasions, although to a lesser extent, the decree route was used to appoint judges and magistrates. The inquiry's decision as well as the decree are agreed upon in the consultation held with either Fernando VII or the reigning queen and their Minister of Grace and Justice. For example, in 1819 a decree appointing judges for the Court of Valencia stipulated:

“Para las plazas de Alcaldes del Crimen de la Audiencia de Valencia que resultan vacantes, he venido en nombrar a D. Luis Mañes, que lo ha sido en comisión del mismo Tribunal, a D. Fernando José de Toledo y el Corral, Alcalde del Crimen de la Audiencia de Extremadura, a Don Laureano José Donado, de la de Sevilla y a D. Pedro la Puerta, alcalde del Consejo de Navarra, para esta resulta a Don Manuel Domingo Morales, que lo es de la de Valencia, y para las dos que quedan vacantes en la Sala del Crimen de la de Extremadura, por promoción de D. Juan Modesto de la Mota, a plaza de Oidor del mis-

mo Tribunal, y traslación de D. Fernando José de Toledo y el Corral, a la de Valencia, he venido en nombrar a Don Vicente Fuster, y a Don Vicente Lisa y las Balsas, alcaldes del Crimen de la de Valencia. Tendráse entendido en la Cámara y se les expedirán los despachos correspondientes” .

One question that history has not raised until now is the mechanism that was utilized more from 1823 to 1834, whether it was the inquiry or direct appointment via decree. Without a doubt it was the inquiry. Two examples exist that serve. The first is the Court of Extremadura, where of the 13 appointed, 8 resulted from a Chamber inquiry and the remaining 5 were by decree agreed upon in the King's office with his Minister of Grace and Justice; of the member judges of royal courts and chanceries, 10 came about by inquiry and 4 by decree . The other case is the Court of Galicia where of 7 regents, 4 came about by decree and 3 by inquiry; for member judges of royal courts and chanceries, 12 resulted from inquiry and 5 by decree, while for alcaldes del crimen, 13 were by inquiry and 3 by decree .

The decree mechanism was used exclusively for retirement or dismissal, replacement and transfer of judges. One case of magistrate dismissal and the appointment of others in their place occurring under the Regency of María Cristina is the following:

“He venido en exonerar de las plazas que sirven en la Real Audiencia de Madrid a los Ministros de ella Don Alfonso Cobia, Don José Lausaca, Don Antonio José Galindo, Don Domingo Suárez y Don Fernando Puinaga, y nombro en su lugar a Don José Alonso, que lo es supernumerario de la misma, a Don Rafael de Urbina, oidor Decano de la de Granada, a Don Francisco Vereá y Cornejo, cesante de la misma, a Don Eugenio Larrumbide, oidor de Sevilla, y a Don Francisco Crespo Rascón, fiscal de la de Valladolid, y para esta resulta a Don Juan Nepomuceno San Miguel. Tendráse entendido en la Cámara para su cumplimiento” .

One decree replacing or reinstating magistrates to their former appointments was:

“En consideración a que los Ministros jubilados de mi Consejo Real Don Miguel Alfonso Villagómez, Don José Antonio Larrumbide y Don Francisco Marín y los padres maestro fray Clemente Barbagero, ex general de la orden de San Bernardo y fray doctor Manuel Martínez, obispo electo de Málaga, han contraído un mérito particular formando de mi Real orden el plan general de estudios y arreglo de Universidades y el de las escuelas de latinidad y primeras letras del reino, en los cuales me han dado nuevas y relevantes pruebas de su literatura, celo por el bien público y adhesión a mis soberanos derechos, he venido en reponer a Villagómez, Larrumbide y Marín en las plazas del Consejo y Cámara que servían respectivamente antes de su jubilación, con la antigüedad que les correspondería si no hubiesen sido jubilados, y en conceder los honores del citado mi Consejo al padre maestro Barbagero y a fray doctor Manuel Martínez los de la Cámara. Tendráse entendido en ella para su cumplimiento” .

One decree transferring judges is this:

“Vengo en trasladar a Don Pascual Méndez Acuña, Oidor de la Audiencia de Sevilla, a igual plaza de la de Albacete; a Don José Mariano de Olañeta, electo Alcalde del Crimen

de la de Aragón, a otra de la propia clase en la misma de Albacete; y en sus resultas a Don Evaristo Pueyo de Urries, también electo para la de Granada. Tendráse entendido en la Cámara para su cumplimiento” .

## II. SINCE 1834

On September 29, 1833, Fernando VII dies. Upon the monarch's death, the existing State Councils, that of Castile and its corresponding Chamber, Orders, the Indies and its Chamber, Treasury and War, disappear, which we will later see, on March 24, 1834. As for the Royal Council or Council of Castile, in February of that year Francisco Fernández del Pino, count of Pinofiel, is reinstated to his posts of counselor and chamber member , and it is ordered that Teótimo Escudero, dismissed as governor of the Court of Madrid and to whom Chamber honors are conceded, as well as Domingo Barrafón, ex-chief magistrate of Madrid, be reinstated to serve in their posts .

Halfway through the preceding month, Francisco Martínez de la Rosa succeeds Zea Bermúdez in the ministry, supposing an opening towards conservatism. In the first months of his government, Martínez de la Rosa will promote the Royal Statute . Parallel to the Statute's preparation, Martínez de la Rosa will make a major reform in the Central Government. In effect, several decrees finished on March 23, 1834, abolished the old Councils (Castile, the Indies, War and Treasury), creating in their place The Supreme Courts of Spain and the Indies, War, Navy and Foreign Affairs, and Treasury; moreover, he announces the reform of the Royal Council of the Military Orders, suspends the State Council and creates an advisory body, the Royal Council of Spain and the Indies .

The Royal Council was divided into seven sections, one of them being the Indies, while the others corresponded with each one of the ministries at that time (Foreign Affairs, Grace and Justice, of War, Navy, Treasury and Development). The Ministry of Grace and Justice would ask the Section of that branch for rulings on matters relating to clarification of or waiver law, code reforms and that similar; the Section will also consult the terna of candidates for judiciary positions. The Indies Section would consult all the secretaries of Office on serious matters of their respective ministries that had any relationship with the Spanish provinces in America and Asia. The ministries of State, War, Navy, Treasury and Development would advise on serious matters of their branch of the re-spective Section. All sections would be comprised of five counselors and a secretary, except for that of Navy, which would have three counselors in addition to the secretary. The restructured Council would depend upon the secretary of the Office of State as president of the Council of Ministers. The latter would appoint the president and secretary of the Royal Council.

The ministers would appoint the counselors for their respective Section. As for the Indies Section, each one of the secretaries of the Office, with the exception of Martínez de la Rosa, would ap-point one counselor. The candidates would be those distinguished in their respective careers, competent and demonstrating unwavering commitment to

the throne. The Indies counselors were additionally required to have lived abroad or to possess specific knowledge of that location. Each Section's dean was in charge of presiding over it, except for when the Council president visited, "quien disfrutará siempre esta prerrogativa" (who will always enjoy this prerogative).

For dean of the Section of Grace and Justice, Ramón López Pelegrín will be appointed, with José Cafranga, Vicente Cano Manuel, Manuel García Herreros and José Ayuso as counselors ; except for the dean, all have been or will later be ministers of Grace and Justice . The decree of May 29, 1834, which detailed the functions of the Section of Grace and Justice, left open the possibility that the reigning queen might appoint judges and magistrates without needing prior inquiry from the Section of Grace and Justice:

"Comunicará (la Sección de Gracia y Justicia) a quien corresponda los nombramientos que yo tu-viere a bien hacer, ya sea a consulta de la misma, ya por especial decreto" .

As well as the inquiries by the Chamber of Castile and the State Council for the provision of positions of the magistracy and judiciary until 1834 are preserved, I have yet to find, however, despite having spent years searching for, the ternas made by the Section of Grace and Justice of the Royal Council of Spain and the Indies. In the section of the General Archive of Simancas, where a large portion of the documentation of the Royal Council of Spain and the Indies are kept, those inquiries or ternas do not exist. In the section of Consejos Suprimidos del Archivo Histórico Nacional, documentation from the Courts of Madrid, Burgos and Albacete exists, created by decree on January 26, 1834 , referring to the time the Royal Council was in force, but the inquiries are not in it, if they ever were, something which leaves me room to doubt. Concerning the content of said documentation, it primarily consists of Royal orders served by the minister of Grace and Justice to the president of the Royal Council or the secretary of the Section of Grace and Justice of that council, communicating the following kinds of decrees: appointments , concessions of honors, transfers , retirement, and at the same time of the appointment for vacancies resulting from those retirements , and dismissals .

In my opinion, and considering the documentation held in legajos (files) 13.511 and 13.512 of the Consejos del Archivo Histórico Nacional section, the reigning queen by decree directly appointed many of, without saying all, the components and Courts of Madrid, Albacete, and Burgos, without a prior inquiry or terna from the Section of Grace and Justice of the Royal Council. I support my contention that if this had occurred by inquiry it would be found along with the remaining documentation containing the corresponding initialed royal resolution on the left side of the inquiry's membrete; in whose case these appointments by decree would not exist, which was the mechanism the reigning queen used in place of inquiry. Moreover, among the documentation, an inquiry from the Section of Grace and Justice of the Royal Council is found whose membrete expresses this: "Dice a V. M. su parecer acerca de la antigüedad que reclama Don Vicente Calvo, electo fiscal de lo civil de la Audiencia de Burgos". In its margin "como parece" appears along with the governing queen's initials .

In sum, the minister of Grace and Justice in place when it came to proceeding with the appointment of a magistrate or judge resorted to the decree mechanism the majority of the times, agreed in the dispatch celebrated with Doña María Cristina and like that the decree of May 29, 1834 allowed it as such. The preceding is clear with respect to the Courts of Burgos, Madrid and Albacete, and inasmuch for the remaining Courts this is something that must be demonstrated in the future. Of course, the retirement, dismissal and transfer of magistrates and judges were always taken care of via the decree. That being so, it was the Section of Grace and Justice of the Royal Council of Spain and the Indies that communicated those situations to the interested parties.

The riot at La Granja de San Ildefonso, Segovia, On August 13, 1836, reestablishes the Constitution of 1812. The Royal Council of Spain and the Indies, being incompatible with Article 236 of the constitutional text, is abolished via decree on September 28, 1836. The few months the Constitution of 1812 was in force did not imply, in any case, putting the State Council in motion again, which is the body responsible for putting forth the ternas for posts in the magistracy and judiciary. Until June, 1837, when the progressive Constitution is promulgated, magistrates and judges are appointed by decree of the reigning queen and is chosen the candidate who the minister of Grace and Justice suggests.

Article 66 in the Constitution of June 18, 1837, sanctioned the principle of judge immobility. To put this into practice and make this constitutional article effective, while a basic court law was being promulgated, a Royal decree on December 28, 1838 was dispatched, the work of one who had been minister of Grace and Justice six times, the moderate Lorenzo Arrázola. He himself tried to improve judges' status, setting the requirements for accessing the various classes of judges and prosecutors. Chapter 1 deals with the appointment of prosecuting attorneys, and would only propose to the reigning queen subjects who had practiced law two years, occupied a post as a rapporteur, in a law office, or who had lectured as a law professor. The next chapter regulated the appointment of judges of first instance. For input judges, preferred, in the first place, were prosecuting attorneys who had served two years "con buena nota" (with high marks), and followed by attorneys, rapporteurs, and professors having practiced their profession over four years. Those appointed for rise courts would be input judges having a minimum three years of experience, prosecuting attorneys with five years in their position, and attorneys, rapporteurs and professors with eight years' experience. Those appointed for term courts would be attorneys with two years in the rise courts or five in input courts, prosecutors with seven years of experience, while for attorneys, rapporteurs or professors, ten years of professional work experience were required.

Chapter III referred to the appointments of ministers for the courts. In the first place, it established a minimum age of 30 in order to be appointed for minister at any court. Those appointed for pen-insular courts, except for Madrid and adjacent islands, must meet one of the following conditions:

- Having served at least six years in courts of first instance.
- Having worked at a promotoría the same number of years.

- Having worked preparing codes or a similar duty.
- Having published some work involving jurisprudence, legislation or legal-administrative material.
- Having taught law at a university for ten years or practiced law over the same time in lower courts and one year less in superior courts.

Appointments for minister or prosecutor to the Court of Madrid required having served at least four years as a judge and one fewer as a prosecutor in another court “en atención al ímprobo trabajo de este ministerio” (attending to this ministry’s arduous work). To be appointed prosecutor in the remaining courts, necessary were a minimum age of 28 and meeting any of the previous conditions but one-third of the years of preparation was sufficient, because as such it allowed the Government, as the decree will say, to expedite its action “en la elección para una magistratura que exige circunstancias especiales” (in the choice of a magistrate that requires special circumstances).

Chapter IV is about appointing the president and ministers to the Supreme Court and regional courts. To be a Supreme Court minister, 40 was the minimum age, along with four years’ experience as judge and one less as prosecutor in the Court of Madrid, and eight as minister and six as a prosecutor in the remaining courts. In order to fill positions of regional courts and president of the Supreme Court, while those appointed must possess the necessary legal requirements, certain liberty and discretion was allowed, however, to not say arbitrariness, toward the minister of Grace and Justice, who suggested to the queen in the meeting that they both praise a candidate allied to him, in sum, to his interests. The decree will order in this manner: “reservándome Yo (la reina) el apreciar las razones de política, de justicia y de conveniencia en cada uno de los casos” (I, the Queen, considering the reasons of politics, justice and suitability in each case). This is the Government, or to be more precise, the minister of Grace and Justice, who proposes to the reigning queen, and later to Regent Espartero and Queen Isabel II, the ideal candidate to occupy the position. Then, by decree, formalized in the Ministry of Grace and Justice and initialed by the queen, the appointment in question proceeds. There are no terms like in former eras, as some author has pointed out .

Early the next year an article will appear in the newspaper *El Eco de Comercio* strongly criticizing Lorenzo Arrázola’s decree . The *El Eco* said, among other things, that the minister of Grace and Justice had harmed the Constitution, “usurpado a las Cortes el poder de hacer ley” (usurped the Cortes with the power to make law) that he fix this matter and had perpetrated an attack “contra la esencia del Gobierno representativo” (against the essence of the representative Government). The *El Eco* article will receive a strong response on the part of the official *Gaceta de Madrid* . In the *Gaceta*’s opinion, Arrázola scrupulously respected the Constitution, shown proof of morality, “como la da siempre un Ministro que se ata a sí propio las manos en los términos que lo ha hecho por el citado decreto el actual de Gracia y Justicia” (like a Minister always does who ties his own hands in the manner that the present one from Grace and Justice has done with the ci-

ted decree) and is a guarantee for all those who offer their service in the administration of justice.

On October 12, 1840, the reigning queen abdicates, and it was from this day until October 8, 1843, when the personal reign of Isabel II begins (she was 13 at the time), that Regent Espartero, the Duke de la Victoria, ruled. Let us see a practical example taking place at this time of a retirement proposal for the minister of the Supreme Court, José María Manescau, and his subsequent re-entry into the judicial career. Miguel Antonio de Zumalacárregui, the minister of Grace and Justice, proposed the following to the Duke de la Victoria:

“En consideración a la larga carrera, edad avanzada y demás circunstancias del Ministro cesante del Tribunal Supremo de Justicia, D. José María Manescau, tengo el honor de proponer a V. A. se sirva acordar su jubilación con los honores y sueldo que le corresponda”.

In the meeting held between Zumalacárregui and Espartero on October 22, 1842, the former noted the regent's decision in the margin of his proposal: “Como parece” (as it seems). Two days later the relevant retirement decree is issued:

“En atención a la avanzada edad, larga carrera y demás circunstancias de Don José María Manescau, ministro cesante del Supremo Tribunal de Justicia, vengo como Regente del Reino, en nombre y durante la menor edad de Su Magestad la Reina Doña Isabel Segunda, en concederle su jubilación con los honores y el sueldo que por clasificación le corresponda. Tendréislo entendido y lo comunicaréis a quien corresponda”. El Duque de la Victoria (rubricado). (En línea tendida y separada) En Madrid a 24 de octubre de 1842. (Al pie) A Don Miguel Antonio de Zumalacárregui .

At the end of the following year, with Espartero already exiled in England, Queen Isabel II rein-states Manescau. In fact, the minister of Grace and Justice, Luis Mayans, says to the queen:

“Tengo el honor de proponer a V. M. que se sirva nombrar a D. José María Manescau, Magistrado cesante del Supremo Tribunal de Justicia, para la plaza del mismo que resulta vacante por jubilación de Don Claudio Antón de Luzuriaga”.

And, in the meeting held December 15, 1843, Mayans writes in the margin of the royal's decision: “Como se propone” (as proposed).

Despite the decree of December 29, 1838, conceding discretion towards the minister of Justice in appointing a candidate for a Court Regency or for the presidency of the Supreme Court, it seems that Arrázola and his successors Francisco Agustín Silvela, Modesto Cortázar, José Alonso Ruiz, Miguel Antonio Zumalacárregui, Joaquín María de la Asunción López and Claudio Antonio Antón de Luzuriaga, something that must be confirmed in the future, were limited in the appointments they presented to María Cristina and Espartero for the positions in the oldest ministry of the Court in question. Because of this, the minister of Grace and Justice under Isabel II, Luis Mayans, complied with the queen's consideration of a draft decree, which was finally approved, for her to directly appoint the presidents of the several Halls of the Supreme Court and the courts in the

king-dom, without considering solely seniority but also the whole combination of special qualities that these positions required. It is clear that the queen appointed those presidents, but the choice always fell back upon the candidate who the ministry of Grace and Justice proposed. Let us follow the example of Manescau.

At the end of 1843, Mayans proposes to Isabel II the promotion of Manescau from the magistracy where he had been recently reinstated from the Supreme Court to a Hall presidency of the same court:

“Propongo a V. M. que se digne nombrar Presidente de la Sala 1<sup>a</sup> del Supremo Tribunal de Justicia a Don José María Manescau”.

To this the queen agrees: “Concedido”. The decree initialed by Isabel II, in which other Hall presidents were appointed, stipulated:

“Para la Presidencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de Justicia, vengo en nombrar a Don José María Manescau; para la de la Sala segunda a Don Francisco Javier Olavarrieta, y para la de la Sala tercera a Don Juan Antonio Castejón. Dado en Palacio a veinte y nueve de diciembre de mil ochocientos cuarenta y tres”.

On May 23, 1845, a new moderate constitution is promulgated. Article 69 recognizes the principle of judicial immobility, identical to Article 66 in that preceding: no magistrate or judge can be deposed of their post, temporary or permanent, except by final sentence; nor suspended except by judicial edict or in virtue of orders by the King, when he, with well-founded reasons, orders he be tried in the competent Court. During the period the Constitution of 1837 was in force, a novelty occurs that hadn't previously, except in the third era that the Constitution of Cadiz was applied: magistrates and judges, prosecutors too, are appointed by the queen regent, Espartero, and Isabel II in the meeting they celebrate with the respective minister of Grace and Justice, without any consulting body formulating a terna.

Two months after the Constitution was promulgated, a *cuerpo consultivo supremo de la Administración* (supreme Governmental consulting body) is established, planned by the law of January 1, 1845, which again will be called the Royal Council. It will be formed by thirty ordinary counselors who have distinguished themselves in the various State careers, and a variable number of extraordinary counselors, but who are not superior to two-third of those ordinary. These were selected between the ministers and prosecutors of the Supreme Court, of the War and Navy, the Court of Accounts and that of Rota, the subsecretaries of the ministries, director generals of any branch of the Administration, etc. The Royal Council will learn in full, among other matters, about bills, regulations, treaties, royal patronage, church patronage, and that entrusted to the government. The Sections corresponded to the ministries of that time: State, Navy and Commerce, Grace and Justice, War, Interior, Treasury and Foreign Affairs. Among the powers not found in the Section of Grace and Justice, unlike in the previous Royal Council of 1834, was the inquiry for positions of the magistracy and judiciary. However, as we will see, it will participate years later in some of the phases of appointing magistrates and judges.

The decree of March 7, 1851, authored by Ventura González Romero, dictates the regulations that must be observed in the appointments that the Government, via the ministry of Grace and Justice, submits to the Queen for the provision of the positions of all types of the magistracy, judiciary and prosecution of Common Law, as well as for suspending, transferring, retiring and separating those functionaries. Article 1 referred to the appointment for positions of presidencies of the Supreme Court, its Halls, regents of Supreme Courts and Hall presidents of the same courts. For president of the high court, those appointed will be those who have been ministers of the Crown and held a position of magistrate more than three years, and those that have served more than ten years in the magistracy, being “adornados de las prendas y cualidades que exige tan elevado cargo” (adorned by the talents and qualities that such a high post requires). The appointments made for presidents of Halls of this same Court would fall upon those having been ministers of the Crown and having worked in a position of the magistracy for a space of two years, in equally active magistracies or those suspended of the same category. For regents and Hall presidents of Superior Courts of the common jurisdiction, those appointed would be active magistrates or those dismissed of equal category, or having served at least two years in the immediately inferior category.

Article 2 set the regulations to keep in mind for appointing ministry positions in the Supreme and Higher Courts and for judges of first instance. We highlight three regulations to observe:

- Of each 6 vacancies, three of them will be preferred in the peninsula and islands adjacent to those dismissed from the same category and, in particular, those earning a State salary. Retirees, should they wish to be reinstated, will be considered as dismissed.
- Two vacancies will be destined for promotion to, and subjects from the immediately inferior category with a minimum of two years service will be appointed to them.
- For the other vacancy, appointed along with those having been ministers of the Crown and having served in magistrate positions, and with active or dismissed magistrates or justices of these classes, will be other individuals “adornados de los respectivos requisitos y calidades” (adorned by the respective requirements and qualities), being preferred in equal circumstances over those serving or having done so in courts or special courts, and over those dismissed who received a salary in any branch of the administration.

For prosecutor positions, according to the third article, preferred were those either active or dismissed from there, or attorneys and professors of jurisprudence from universities who had distinguished themselves in their field. The following articles, with the aim of serving as a guide for the ministry of Grace and Justice when making appointments, divided functionaries from the magistracy, judiciary and prosecution into categories. With respect to the magistracy, it was comprised by the following categories: president of the Supreme Court of Justice; presidents of its Halls, ministers of the same and

regents from the Courts of Madrid and La Habana; regents of the remaining courts, the Hall presidents from the Court of Madrid and the dean of the Special Court of the Orders; the ministers of the two mentioned Courts of Madrid and La Habana, those from the special Court of the Orders and the Hall presidents of the remaining courts, and finally, the remaining magistrates from the superior courts of the common jurisdiction.

The judiciary had three categories: term, rise, and input judges. Prosecution categories were also regulated: the prosecutor from the Supreme Court of Justice; the prosecutors from the Courts of Madrid and La Habana and that from the Special Court of the Orders; the prosecutors from the remaining courts; the prosecuting attorneys from the Supreme Court; the prosecuting attorneys from the Courts of Madrid and La Habana; the prosecuting attorneys from the remaining courts and the prosecuting attorneys of the courts of first instance in Madrid and, lastly, the remaining prosecuting attorneys.

Article 10 assigned the Section of Grace and Justice of the Royal Council, which along with two ministers and the Supreme Court prosecutor, to grade on the aptitude, merits and circumstances of the regents and magistrates of the territorial courts, the judges of first instance, higher magistrates, and active consultants as well as all classes and categories of those dismissed. The Section of Grace and Justice from the Royal Council would also be heard, in accordance with Article 19, to verify the transfer of magistrates and judges to positions of equal categories, meaning that in a file the reasons for such transfers must be stated. This last aspect constituted a novelty, because until then no consulting body (Chamber, State Council, Royal Council of Spain and the Indies) had given an opinion with respect to the transfers, which had always been formulated by decree.

Afterwards, a statement from the minister of Grace and Justice, González Romero, will clarify and develop some aspects relative to the collective action of the Section of Grace and Justice of the Royal Council with the magistrates pointed out in Article 10 from the Royal decree of March 7. The meetings would take place in the headquarters of the ministry of Grace and Justice once per week. The classification would be made into categories, producing a table for each one of them. Active and dismissed employees will be included in each table. The effective employees, which is to say those active, were divided into three classes: the first was made up by those with merits very relevant to the career; the second would be formed by those worthy of being promoted, while the third by those not having served the necessary two years in the category in order to be taken care of, in addition to those having served the necessary time but unworthy of a promotion. Those dismissed were also divided into the same classes, adding another that would incorporate those that for reasons of age, weakness, illness or other circumstances outside of their political opinions, would not make their reinstatement into the service a good idea.

The statement dictated forming two tables for those wishing to enter into a position of magistrate or judge. Each one of them would consist of two parts: the first included those individuals meeting the requirements marked by the current provisions and who were considered worthy of serving. In the second were those without the necessary circum-

stances or those who for justifiable reasons must not be placed. The first part of the table referring to the candidates for courts will indicate the category where the Section of Grace and Justice deems pertinent the interested party must be placed, keeping not only the titles and requirements marked by the existing provisions in mind but also all circumstances. In short, the ruling of the very Section concerning the suitability of transferring a judge or magistrate to another location is assigned in the classification file as well as the ruling concerning its separation from the service when sufficient merits exist for it.

**Abstract:** This work analyzes the procedures for appointing judges in Spain in the first half of the 19th century. Several distinct methods existed. Until 1808 and during the so-called ominous decade of 1823-33, the Chamber of Castile proposed candidates to the King for positions of magistrate and judge by inquiry. During the periods that the Constitution of Cadiz ruled, 1812-14 and 1820-23, the State Council was responsible for proposing either to the king or to the kingdom regency in the event of his absence, ideal candidates for positions of magistrates in territorial courts and judges of first instance. The Royal Council of Spain and the Indies, in force during the two-year period of 1834-36, also formulated inquiries to the Queen Regent for vacancies of magistrates and judges. From 1836-50, the Queen Regent, Regent Espartero and Queen Isabel II directly appointed judges and magistrates via decrees. In all of these outlined procedures, the Secretary of State and the Office of Grace and Justice participated.

# Grundlinien der deutschen Schwurgerichtsbarkeit

*Mareike Preisner, Regensburg*

## I. EINFÜHRUNG

Zu den politischen Forderungen, die im Zuge der Liberalisierungsbestrebungen seit Ende des 18. Jahrhunderts in Europa ihre Kreise zogen, gehörte im Deutschen Reich auch die nach einer Reform des Strafprozessrechtes. Hinter dem Begriff des reformierten Strafprozess verbarg sich ein ganzes Bündel von Prinzipien. Eines war das der Beteiligung von Laien in der Rechtspflege. Der „Kampf um die Schwurgerichte“ hatte bereits im Vormärz zur Hinzuziehung von Laien in der Strafrechtspflege geführt. Die Einführung von Schwurgerichten gehörte ebenfalls wie selbstverständlich zum politischen Postulat der 1848er Revolution: Nach § 179 Abs. 2 und § 143 Abs. 3 der Paulskirchenverfassung sollten Schwurgerichte „jedenfalls“ über schwere Straftaten und politische Delikte, insbesondere über die so genannten „Preß-Vergehen“ urteilen. Die im Laufe des 19. Jahrhunderts entstandenen reformierten Verfahrensordnungen der deutschen Einzelstaaten unterschieden sich in Art und Umfang der Laienbeteiligung. Zur Zeit des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes im Jahre 1879 gab es in Bayern, Hessen und Preußen Schwurgerichte. Die Verfahrensordnungen von Sachsen, Württemberg, Baden, Hamburg und Bremen sahen Mischsysteme aus Schöffen- und Geschworenengerichtsbarkeit vor, während es in den Ländern Mecklenburg, Lübeck und Lippe keine Form der Laienbeteiligung im Strafprozess gab. Der Angleichungsbedarf der im Rahmen der Rechtsvereinheitlichung im Bereich der Gerichtsverfassung und des Strafprozessrechtes im Deutschen Reich zu leisten war, war also enorm. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die angestrebte Rechtsvereinheitlichung waren mit dem Inkrafttreten der Reichsverfassung des Deutschen Reiches, der so genannten Bismarckschen Reichsverfassung [BRV], seit 1871 gegeben. Die Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts erfolgte durch das Reichsstrafgesetzbuch zum 1. Januar 1872. Zur Vereinheitlichung des Strafprozesses war neben einer einheitlichen Verfahrensordnung eine gemeinsame Regelung von Gerichtsverfassung und Gerichtsorganisation zu schaffen; die erforderlichen gesetzlichen Neuregelungen traten als Bestandteile der so genannten Reichsjustizgesetze am 1. Oktober 1879 in Kraft. Unter dem Sammelbegriff der „Reichsjustizgesetze“, werden die Zivilprozessordnung, die Konkursordnung, die Strafprozessordnung [RStPO] sowie das Gerichtsverfassungsgesetz [GVG] zusammengefasst; sie gelten bis heute als wesentlicher Meilenstein in der Geschichte der Rechtseinheit des Deutschen Reiches und als Schlussstein der Durchsetzung des Rechtsstaates im 19. Jahrhunderts.

## II. DIE RECHTSQUELLEN DER DEUTSCHEN SCHWURGERICHTSBARKEIT

Rechtsquellen der deutschen Schwurgerichtsbarkeit sind, neben dem bereits erwähnten Gerichtsverfassungsgesetz und der Strafprozessordnung, von 1879 vorrangig die Einführungsgesetze der-selben sowie die zugehörigen Ausführungsgesetze der deutschen Einzelstaaten, wie beispielsweise das Bayerische Ausführungsgesetz zum Reichsgesetze vom 23. Februar 1879. Die Gesetzgebungskompetenz für eine reichseinheitliche Regelung des Gerichtsverfassungs- und des Strafprozessrechtes ergab sich aus Art. 4 Nr. 13 BRV, wonach der Bund die Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren inne hatte. Diese Normen der Bismarckschen Reichsverfassung war bereits in der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1866 wortgleich enthalten und übertrug dem Reich streng genommen nur die Kompetenz zur Regelung des „gerichtlichen Verfahrens“, das heißt zur Regelung des Zivil- Strafprozessrechtes, nicht aber zur Regelung von Gerichtsverfassung und Gerichtsorganisation. Da ein einheitliches Verfahren ohne gleichartige Gerichtsorganisation und in den Strukturen einheitliche Gerichtsverfassung kaum durchsetzbar erschien, wurde Art. 4 Nr. 13 BRV aber dahingehend ausgelegt, dass die Kompetenz des Reiches ebenfalls die Regelungszuständigkeit für diese Materien beinhalten musste, soweit dies für die Durchsetzung eines gemeinsamen Verfahrensrechtes erforderlich war. Eine umfassende Gesetzgebungskompetenz stand dem Reich also nicht zu. Das Gerichtsverfassungsgesetz von 1879 ist daher in vielen Teilen unvollständig. Die in den einzelnen Ländern geltende Gesamtregelung ergibt sich im Zusammenhang mit den Ausführungsgesetzen; zudem sind einige Materien, wie etwa die beamtenrechtliche Stellung des Richters dem Landesgesetzgeber vorbehalten geblieben.

## III. GRUNDPRINZIPIEN DES STRAFPROZESSES IN DEN REICHJUSTIZGESETZEN

Neben der Verankerung der Laienbeteiligung wurden weitere Bestandteile des geforderten liberalen Strafprozesses bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechtes und der Etablierung der Gerichtsverfassung berücksichtigt. Im Wesentlichen sind dies die Durchsetzung einer staatlichen Justiz, verbunden mit der Abschaffung von Kabinettsjustiz und Patrimonialgerichtsbarkeit, die Unabhängigkeit der Justiz, der Vorrang der Justiz vor der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Richter und im verfahrensrechtlichen Bereich die Einführung eines öffentlichen und mündlichen Strafverfahrens sowie die Zulassung der freien richterlichen Beweiswürdigung. Diese Grundsätze und Prinzipien waren nach Ansicht der Reformkräfte ineinander verschränkt und bedingten sich gegenseitig. Wenn wie hier nur ein Teilaspekt näher betrachtet wird, muss dieser Kontext stets bedacht werden. So mündete etwa die politische Forderung nach Unabhängigkeit der Richter zum einen in der Regelung des § 1 GVG, nachdem die richterliche Gewalt (allein) durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt wird. Zur Umsetzung die-

ses Prinzips und Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit wurde aber ebenfalls die Einführung der Laienbeteiligung gefordert. Anders als dem verbeamteten und vom Staat besoldeten Richter galt der Laie, als Vertreter der Rechtsunterworfenen, als Garant der Unabhängigkeit der Justiz.

#### IV. GERICHTSAUFBAU NACH DEM GVG

Mit Inkrafttreten des GVG wurde für das gesamte Deutsche Reich ein einheitlicher Gerichtsaufbau verbindlich. Vorgesehen waren vier Ebenen: die des Amtsgerichts, des Landgerichts, des Oberlandesgerichts sowie des Reichsgerichts. Das Amtsgericht war auf der Ebene der Gemeinden beziehungsweise der Gemeindeverbände angesiedelt, das Landgericht umfasste einen Gerichtsbezirk, der aus mehreren Amtsgerichten bestand und hatte seinen Sitz regelmäßig in einer größeren Stadt des Landgerichtsbezirks. Der Bezirk des Oberlandesgerichts wiederum bestand aus mehreren Landgerichtsbezirken. Das Reichsgericht, mit Sitz in Leipzig, war örtlich für das gesamte Reich zuständig. Der geschilderte reichseinheitliche Gerichtsaufbau des GVG wurde freilich an einigen Stellen durchbrochen. Die Länder, in der Praxis betraf die Frage vorrangig Preußen und Bayern, konnten in den Verhandlungen der Reichsjustizgesetze das Recht der Einzelstaaten zur Schaffung einer eigenen, an die Stelle des Reichsgerichts tretenden Revisionsinstanz durchsetzen. § 8 des Einführungsgesetzes zum GVG [EGGVG] ermöglichte den Bundesstaaten, in denen mehrere Oberlandesgerichte errichtet waren, die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörenden Revisionen und Beschwerden einem obersten Landesgericht zuzuweisen. Das gegen die Vereinheitlichung zäh verteidigte traditionsreiche Bayerische Oberste Landesgericht wurde erst im Jahr 2006 abgeschafft; freilich nicht zur weiteren Vereinheitlichung des Gerichtsaufbaus, sondern als Sparmaßnahme. Im Übrigen hat der Gerichtsaufbau der Reichsjustizgesetze die Zeiten im Wesentlichen unbeschadet überstanden.

Auf Ebene des Amtsgerichts war das so genannte Schöffengericht angesiedelt, von dem eine Berufung zur Strafkammer des Landgerichts und von dort eine Revision zum Strafsenat des Oberlandesgerichts möglich war. Auf Landgerichtsebene gab es zwei Eingangsinstanzen, Strafkammer und Schwurgericht. Als Rechtsmittel gegen landgerichtliche Urteile kam allein die Revision in Betracht: Gegen die Urteile der Strafkammer erfolgte die Revision, soweit sich gegen die Verletzung von Landesrecht richtete, beim Strafsenat des Oberlandesgerichts und soweit die Verletzung von Reichsrecht gerügt wurde, durch den Strafsenat des Reichsgerichts; zuständige Revisionsinstanz des Schwurgerichts war allein der Strafsenat des Reichsgerichts. Dieses war nicht zuletzt in wenigen Fällen auch Eingangsgesicht, also Gericht Erster Instanz. Mit Ausnahme des Schwurgerichts, handelt es sich bei allen anderen Gerichten um ständige Einrichtungen, die einen festen Geschäftsverteilungsplan für das Jahr aufstellten. Das Schwurgericht trat dagegen nach §§ 79, 83 GVG nur periodisch zusammen; in Bayern waren vier

Sitzungsperioden im Jahr vorgesehen, wobei eine Sitzungsperiode die Dauer von drei Wochen nicht überschreiten sollte.

## **V. ZUSTÄNDIGKEIT UND ZUSAMMENSETZUNG DER GERICHTE**

### **1. Die Schöffengerichte**

#### **a. Zuständigkeit der Schöffengerichte**

Das Schöffengericht war nach § 27 GVG zuständig für alle Übertretungen und Vergehen mit geringem Strafmaß. Die Obergrenze lag hier bei drei Monaten Gefängnis oder 600 Mark Geldstrafe, soweit nicht durch § 74 GVG eine ausschließliche Zuständigkeit der Strafkammern der Landgerichte begründet war; des Weiteren für Antragsdelikte, die im Wege der Privatklage geltend gemacht wurden, sowie für bestimmte Vermögensdelikte mit einer festgelegten Geringfügigkeitsgrenze, etwa im Fall von Sachbeschädigung oder Betrug, wenn der Wert des Schadens 25 Mark nicht überstieg. Stellte sich in der Hauptverhandlung heraus, dass der Wert der Sache beziehungsweise des Schadens diese Grenze überschritt, blieb das Gericht grundsätzlich zuständig, § 28 GVG, und hatte seine Unzuständigkeit nur auszusprechen, wenn aus anderen Gründen die Aussetzung der Verhandlung geboten erschien. Ein solcher Grund lag insbesondere dann vor, wenn die Tat des Angeklagten sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung in rechtlicher Hinsicht als eine solche darstellte, welche die Zuständigkeit des Gerichts überschritt, § 270 RStPO. Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Schöffengerichts konnte sich nicht nur unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, sondern nach §§ 29, 75 GVG auch durch ordnungsgemäße Zuweisung der, nach dem Gesetz eigentlich zuständigen, Strafkammern der Landgerichte. Voraussetzung für eine Zuweisung nach §§ 29, 75 GVG war, dass es sich um eines der in § 75 GVG aufgeführten Delikte handelte und das erwartete Strafmaß sich im Rahmen der Zuständigkeit des Schöffengerichts (3 Monate Gefängnis beziehungsweise 600 Mark Geldstrafe) hielt. Eine Bindungswirkung des Schöffengerichts hinsichtlich der Höhe des Strafmaßes folgte hieraus aber nicht, sondern stand im Ermessen des Gerichts.

#### **b. Zusammensetzung der Schöffengerichte und der zugehörigen Rechtsmittelinstanzen**

Die Zusammensetzung des Schöffengerichts ergab sich aus § 26 GVG, demnach bestand das Schöffengericht aus einem Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei Schöffen. Diese übten in der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfang und mit dem gleichen Stimmrecht wie der Berufsrichter aus, § 30 Abs. 1 GVG. Ausgenommen hiervon war die Entscheidung über die Ablehnung eines Schöffen, die nach § 31 Abs. 2 RStPO allein durch den Amtsrichter gefällt wurde. Das Richterkollegium, bestehend aus zwei Laienrichtern und einem Berufsrichter, entschied damit auch gemeinsam über Schuld und Strafe des Angeklagten. Die Zusammensetzung der Rechtsmittelgerichte, der Straf-

kammer beim Landgericht und den Strafsenat beim Oberlandesgericht, sah dagegen keine Beteiligung juristischer Laien vor. Die Strafkammer des Landgerichts setzte sich, wenn es sich um Übertretungen oder Privatklagen handelte, aus drei Berufsrichtern, in den sonstigen Fällen aus fünf Berufsrichtern zusammen, § 77 Satz 2 Hbs. 2 GVG. Der Strafsenat des Oberlandesgerichts war ebenfalls ein aus fünf Berufsrichtern bestehendes Kollegium, § 124 GVG.

## **2. Die Strafkammern**

### **a. Die Zuständigkeit der Strafkammern**

Die Zuständigkeit der Strafkammer am Landgericht als erstinstanzliches Gericht ergab sich aus den §§ 73 ff. GVG; demnach war die Strafkammer zunächst zuständig für die Vergehen, die nicht durch Gesetz in die Zuständigkeit der Schöffengerichte fielen, §§ 27, 73 Nr. 1 GVG, und diesen auch nicht von der Strafkammer nach §§ 29, 75 GVG ordnungsgemäß überwiesen worden waren. Die Strafkammer war daneben im Wesentlichen zuständig für Verbrechen mit Höchststrafen von fünf Jahren, für Verbrechen von Personen unter 18 Jahren, also für Jugendkriminalität, sowie für Verbrechen, Vergehen beziehungsweise Zuwiderhandlung gegen bestimmte Gesetze, die in den §§ 73, 74 GVG abschließend aufgezählt waren. § 73 GVG verwies im Wesentlichen auf Verbrechenstatbestände des Reichsstrafgesetzbuches, wobei die Delikte entweder qualifiziert oder fortgesetzt begangen worden waren; § 74 GVG verwies auf außerhalb des Reichsstrafgesetzbuch liegende strafrechtliche relevante Tatbestände; so begründete § 74 Nr. 4 GVG etwa die Zuständigkeit der Strafkammer „für die nach § 67 und § 69 des Gesetzes vom 6. Februar 1875, betreffend die Beurkundung des Personenstandes strafbaren Handlungen“. Falls die in den §§ 73 f. GVG bezeichneten Verbrechen und Vergehen aber in Zusammenhang mit anderen „Straffällen“ standen, für die nach dem Gesetz das Schwurgericht zuständig war, erstreckte sich die schwurgerichtliche Zuständigkeit grundsätzlich auch auf diese Delikte und die Strafkammer war unzuständig.

### **b. Zusammensetzung der Strafkammern und der zugehörigen Revisionsinstanz**

Die Strafkammern entschieden in einer Zusammensetzung von fünf Berufsrichtern über Schuld und Strafe des Angeklagten, § 77 Satz 2 Hbs. 2 GVG. Die Rechtsmittelgerichte, der Strafsenat des Oberlandesgerichts und der Strafsenat des Reichsgerichts, waren ebenfalls reine Richterkollegien. Der Strafsenat des Oberlandesgerichts bestand aus fünf, § 124 GVG, der des Reichsgerichts aus sieben Berufsrichtern, § 140 GVG.

## **3. Die Schwurgerichte**

### **a. Die Zuständigkeit der Schwurgerichte**

Die Zuständigkeit der Schwurgerichte war in § 80 GVG geregelt, der bestimmte, dass Schwurgerichte für die Verbrechen zuständig waren, welche nicht in die Zuständigkeit der Strafkammern der Landgerichte und nicht in die Zuständigkeit des Reichsgerichts fielen. Das Schwurgericht war damit für Straftäter über 18 Jahren zuständig, die

wegen schwerer Verbrechen angeklagt waren. Hierunter fielen dies ergibt sich im Umkehrschluss zu den §§ 73 f. und § 136 GVG aus dem Bereich des klassischen kriminellen Unrechts beispielsweise Mord, Totschlag, Kindesmord, Abtreibung, Körperverletzung mit Todesfolge, gemeingefährliche Verbrechen wie Brandstiftung, aber auch Notzucht, Raub und Erpressung. Im Bereich der politischen Delikte waren die Schwurgerichte für Hoch- und Landesverrat insoweit zuständig, wie sich diese nicht gegen Reich und Kaiser richteten oder es sich nicht um Tötlichkeiten gegen Kaiser, Landesherrn, Fürsten und deren Angehörige handelte, § 136 Abs. 1 Nr. 1 GVG. Im Bereich der schwer umkämpften „Preßsachen“ hatte man sich in den Verhandlungen der Reichsjustizgesetze auf einen Kompromiss geeinigt. Nach der neuen reichsrechtlichen Regelung fielen die Pressevergehen grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Schwurgerichte, bestehende landesgesetzliche Vorschriften sollten aber unberührt bleiben; die Zuständigkeit richtete sich nach dem jeweiligen Landesrecht. § 6 EGGVG enthielt insofern eine Fortgeltungsbestimmung. Demnach war es den Ländern, deren Landesrecht die Zuständigkeit für Pressedelikte bis zum Inkrafttreten des GVG bei den Schwurgerichten verankert hatten, erlaubt, diese Zuständigkeit aufrechtzuerhalten, wenn sie nicht selbst hiervon abrücken wollten. Länder, in denen eine schwurgerichtliche Zuständigkeit für Pressedelikte nicht bestanden hatte, waren aufgrund der Gesetzgebungskompetenz der Bismarckschen Reichsverfassung daran gehindert, die Zuständigkeit neu zu begründen.

#### **b. Zusammensetzung der Schwurgerichte und der zugehörigen Revisionsinstanz**

Das Schwurgericht setzte sich nach § 81 GVG aus einem Richterkollegium mit drei Mitgliedern und aus 12 Geschworenen zusammen, die über die Schuldfrage zu entscheiden hatten. Das zuständige Rechtsmittelgericht, der Strafsenat des Reichsgerichts entschied in einer Besetzung von sieben Berufsrichtern, § 140 GVG.

#### **4. Das Reichsgericht**

Die Zuständigkeit des Reichsgerichts als erstinstanzliches Gericht ergab sich aus § 136 Abs. 1 Nr. 1 GVG. Demnach war das Reichsgericht für Hoch- und Landesverrat, so weit das Verbrechen sich gegen Kaiser oder Reich richtete, zuständig. Versuch und Teilnahme an diesen Delikten fielen ebenso in die Zuständigkeit des Reichsgerichts, wie auch das jugendliche Alter des Angeklagten in diesem Fall nicht zu einer Unzuständigkeit führte. Zudem waren nach allgemeiner Ansicht die §§ 2 ff. RStPO anwendbar, so dass eine Zuständigkeit des Reichsgerichts auch für andere als die genannten Delikte begründet war, wenn diese im Zusammenhang mit einem Delikt standen, welches in die Zuständigkeit des Reichsgerichts fielen. Am Reichsgericht entschied über Schuld und Strafe ein Strafsenat aus sieben Richtern, einschließlich eines Vorsitzenden, § 140 GVG.

#### **5. Zusammenfassung: Umfang der Laienbeteiligung**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach dem GVG von 1879 die Beteiligung juristischer Laien nicht in allen Ebenen der Gerichtsorganisation, nicht einmal bei allen Eingangsstufen, also erkennenden Gerichten Erster Instanz, vorgesehen war. Zudem

sah die Gerichtsverfassung keine einheitliche Art der Laienbeteiligung vor, sondern regelte die Einbindung von Laien in zwei verschiedenen Formen. Laien traten sowohl als Schöffen, das heißt in der Funktion als Richter, als auch als Geschworene auf. Bei den Schöffengerichten, nach § 27 GVG für Kleinkriminalität zuständig, entschieden noch Laien- und Berufsrichter gemeinsam über Schuld und Strafe des Angeklagten.

Der Spruchkörper bestand aus zwei Laien und einem verbeamteten Richter, so dass es zumindest von Rechts wegen nicht auszuschließen war, dass die Laien den Berufsrichter überstimmten. Bereits in der Berufungsinstanz über die Berufung entschied die Strafkammer am Landgericht war eine Laienbeteiligung nicht mehr vorgesehen, so dass hier durch eine zweite Tatsacheninstanz ein unerwünschtes laiengerichtliches Urteil leicht zu korrigieren gewesen sein dürfte.

Den Schwurgerichten waren die schwere Verbrechen vorbehalten. Die Übertragung politischer Vergehen auf die Schwurgerichte als Kernstück der liberalen Forderungen, insbesondere die Zuständigkeit für die so genannten „Preßvergehen“, war im Gerichtsverfassungsgesetz nicht vorgesehen; die bestehenden landesgesetzlichen Regelungen blieben allein über eine Fortgeltungsklausel im zugehörigen Einführungsgesetz erhalten. Die Beteiligung der Laien im schwurgerichtlichen Verfahren unterschied sich deutlich von der im schöffengerichtlichen Verfahren. Die Geschworenen gehörten nicht dem Spruchkörper an, sondern bildeten getrennt von den Berufsrichtern eine Jury, die nur über die Schuldfrage zu entscheiden hatte. Als einzige Rechtsmittelinstanz blieb die Revision, anders als gegen Urteile des Schöffengerichts war die Einlegung einer Berufung unzulässig. Aber auch im Fall eines schwurgerichtlichen Verfahrens war beim Rechtsmittelgericht keine Laienbeteiligung vorgesehen.

Summa summarum bleibt festzuhalten, die Laienbeteiligung war nur bei zwei von vier Eingangsgewichten überhaupt vorgesehen. Aber auch hier erfolgte eine Überprüfung der Entscheidungen in der Rechtsmittelinstanz allein durch Berufsrichter.

## VI. AUSWAHL DER LAIEN

Neben der Frage, in welchen Instanzen und für welche Delikte die Beteiligung von Laien vorgesehen war, ist für eine Bewertung der Laienbeteiligung insbesondere die Regelung des Auswahlmodus der Laien von maßgeblicher Bedeutung, entscheidet sich doch im Auswahlverfahren, welche Personen überhaupt als Beteiligte in Betracht kommen. Zudem bietet gerade die Gestaltung des Auswahlverfahrens Manipulationsmöglichkeiten zu Gunsten oder zu Lasten bestimmter staatlicher oder gesellschaftlicher Interessen verdeckt oder offen zu schaffen oder fortzusetzen. Die Auswahl von Schöffen und Geschworenen erfolgte jeweils in einem mehrstufigen Verfahren. Das Verfahren zur Bestellung der Geschworenen stellte ein im Vergleich zur Bestellung der Schöffen erweitertes Verfahren dar. Zunächst wird daher das Auswahlverfahren der Schöffen dargestellt, im Anschluss auf das Verfahren der Geschworenenbestellung eingegangen.

## 1. Auswahl der Schöffen

Die Voraussetzung zur Zulassung zum Schöffenamt ergaben sich aus §§ 33 ff. GVG. Der Gemeindevorsteher einer jeden Gemeinde oder eines gleichstehenden Verbandes hatte in seinem Gemeindebezirk, dem regelmäßig der Amtsgerichtsbezirk entsprach, jährlich eine so genannte Urliste nach den Voraussetzungen der §§ 33 ff. GVG aufzustellen, § 36 Abs. 1 GVG. Die §§ 33 ff. GVG unterschieden zwischen solchen Personen, die zum Schöffenamt „unfähig“ waren, § 32 GVG, solchen die „nicht berufen werden sollen“, §§ 33 f. GVG, und den Personen, die selbst einen Ablehnungsgrund geltend machen konnten, § 35 GVG. In die Urliste aufzunehmen waren weder die Personen, die als „unfähig“ eingestuft wurden, noch die, die „nicht berufen werden sollten“ aufzunehmen. Aus dem Kriterienkatalog der §§ 32 f. GVG folgte positiv gewendet, dass die Liste alle männlichen Einwohner der Gemeinde aufführen sollte, die deutsche Staatsangehörige, mindestens 30 Jahre alt, nicht vorbestraft, mindestens zwei Jahre Gemeindeglieder, keine Empfänger von Armenunterstützung, keine Dienstboten waren und über die erforderliche geistige und körperliche Verfassung verfügte. Zudem durften die Personen keinen der mit dem Schöffenamt als untervereinbar angesehenen Beruf ausüben, § 34 GVG. Hierzu zählten neben dem Religionsdiener und dem Volksschullehrer, vor allem Personen, die bereits beruflich in anderer Funktion staatliche Macht ausübten, wie Minister oder Mitglieder der Senate der freien Hansestädte. Ebenso waren diejenigen Beamten, die nach den Bestimmungen des Reichs- beziehungsweise Landesrechts jederzeit in den Ruhestand versetzt werden konnten, sowie aktive Militärpersonen vom Schöffenamt ausgeschlossen. Den Landesgesetzgebern war zudem vorbehalten, weitere höhere Verwaltungsbeamte zu benennen, die ebenfalls nicht berufen werden sollten. Die Zugangskriterien waren damit zumindest formal von wenigen Ausnahmen wie etwa der Dienstboten abgesehen, nicht am gesellschaftlichen Stand orientiert. Insbesondere wurde eine Bindung an eine finanzielle Grundausstattung, oder die Erbringung eines bestimmten Steueraufkommens, nicht vorausgesetzt.

Die erstellte Urliste war nun in einem weiteren Schritt nach entsprechender öffentlicher Bekanntmachung zu Jedermanns Einsicht in der Gemeinde auszulegen, § 36 Abs. 2 GVG. Dieser Verfahrensschritt sollte dazu dienen, dass die Gemeindeglieder Einwände gegen die Richtigkeit der zusammengestellten Liste geltend machen konnten. Dies betraf vor allem auch die Personen, die nach § 35 GVG eine Berufung ablehnen konnten. Das Schöffenamt ablehnen durften Abgeordnete, Ärzte, Apotheker soweit sie keine Gehilfen hatten, Personen, die bereits über 65 Jahre alt waren, und diejenigen, die im Vorjahr bereits in einem bestimmten Umfang als Laienrichter Dienst getan hatten, § 35 GVG.

Dieser letztere Ablehnungsgrund sollte eine finanzielle und zeitliche Überforderung der Gemeindeglieder verhindern. Das Schöffenamt war wie auch das Geschworenenamtsamt ein Ehrenamt, § 31 Satz 1 GVG, ohne Verdienstausfallentschädigung. § 55 GVG ordnete lediglich den Ersatz von Reiskosten an. Eine möglicherweise auch mehrtägige Anwesenheit bei Gericht wirkte sich daher unmittelbar auf die Einkommensverhältnisse aus. Eine weitere als Ausschluss wegen Überforderung gedachte Ablehnungsberechti-

gung stand daher den Personen zu, die glaubhaft machen konnten den mit dem Schöffen- oder Geschworenendienst verbundenen Verdienstaufschlag nicht kompensieren zu können, § 35 Nr. 5 GVG. Im Ergebnis wirkte sich diese Regelung als faktischer Zensus aus. Wenn auch Kern darauf hinweist, dass es in einigen Gebieten im Deutschen Reich Geschworenenvereine gegeben habe, die eine finanzielle Unterstützung für die zum Schöffen oder Geschworenen berufenen Vereinsmitglieder leisteten und so den finanziellen Ausfall weitgehend aufgefangen haben, so gibt es doch keine wissenschaftlichen Auswertungen darüber, wie umfangreich die Tätigkeit dieser Vereine war und ob über diese flächendeckend und dauerhaft sichergestellt wurde, dass sich die Regelung nicht als Zensus ausgewirkt hat. Die Annahme eines derart funktionierenden Vereinssystems, das zu einer Mitwirkung breiter Schichten der Bevölkerung geführt hat, erscheint aufgrund der in den folgenden Jahren in den Reichstagsdebatten für die Einführung eines Sitzungsgeldes für die beteiligten Laien vorgetragenen Begründung, zumindest nicht allgemein gültig zu sein, denn dort wurde die Zahlung einer angemessenen finanziellen Entschädigung für den laienrichterlichen Dienst explizit mit der dadurch beabsichtigten Ausweitung der beteiligten Volksschichten begründet.

Die Gemeindebürger konnten das Ablehnungsrecht bereits im Auslegungsverfahren geltend machen. Die Geltendmachung galt nur für die jeweilige Jahresliste und musste bei jeder neuen Erstellung erneut vorgetragen werden. Das Ablehnungsrecht war aber im Fall der Verstreichung dieser Auslegungsphase nicht verwirkt, es bestand vielmehr für die gesamte Wahlperiode; falls es nicht bereits bei Aufstellung der Liste vorgebracht wurde, war es aber freilich nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Geltendmachung des Ablehnungsrechts im Auslegungsverfahren führte nicht unmittelbar zur Streichung von der Liste; sondern war dem Amtsrichter vom Gemeindevorsteher anzuzeigen, § 38 GVG, und im weiteren Verfahren zu berücksichtigen.

Nach Verstreichen der Auslegungsfrist wurde durch einen Amtsrichter am Amtsgericht geprüft, ob die Erstellung und Auslegung der Liste ordnungsgemäß vorgenommen worden war, §§ 36 ff. GVG. Anschließend wurde die Urliste nach § 40 GVG einem aus neun Mitgliedern bestehenden Ausschuss zur weiteren Entscheidung vorgelegt. Dieser Ausschuss bestand aus einem Amtsrichter, einem von der Staatsregierung bestellten Landesbeamten sowie sieben Vertrauensmännern. Diese Vertrauensmänner wurden nach landesgesetzlichen Bestimmungen durch die Vertretungen der Gemeinden beziehungsweise Gemeindeverbänden aus dem Kreis der Gemeindebürger gewählt, § 40 Abs. 2 und Abs. 3 GVG. Der Ausschuss entschied zunächst über die gegen die Liste erhobenen Einsprachen der Bürger, § 41 GVG. Hiernach waren er aus der berichtigten Liste zwei Jahreslisten zusammenzustellen, eine Jahresliste der Hauptschöffen, §§ 42 Nr. 1, 44 GVG, sowie eine Jahresliste der Hilfsschöffen, §§ 42 Nr. 2, 44 GVG. In einer öffentlichen Sitzung am Amtsgericht erfolgte eine Verteilung der Schöffen der auf die einzelnen Sitzungstage des Jahres durch Auslosung, § 45 Abs. 2 GVG. Ein Tausch der Termine unter den Schöffen war zulässig, solange für den konkreten Sitzungstag noch keine Verhandlung angesetzt war, § 47 GVG. So sollte sichergestellt werden, dass das Prinzip des gesetzlichen Richters gewahrt, eine Manipulation der Zusammensetzung des Gerichts

vermieden wurde. Konnte ein Schöffe an einer Sitzung nicht teilnehmen, et-wa aufgrund von Krankheit, so trat an seine Stelle ein Hilfsschöffe, § 49 Abs. 1 GVG. Die Hilfsschöffen waren in der Jahresliste zu nummerieren und rückten in strenger Reihenfolge bei Ausfall der Hauptschöffen nach.

## **2. Auswahl der Geschworenen**

Das Auswahlverfahren zum Geschworenenamt richtete sich nach §§ 85 ff. GVG. Ausgangspunkt des Verfahrens war nach § 85 Abs. 1 GVG in Verbindung mit §§ 32 ff. GVG ebenfalls die Urliste der Schöffen.

Die geprüfte Urliste wurde ebenfalls dem nach § 40 GVG gebildeten Ausschuss am Amtsgericht überstellt. Genau genommen lag sie dort bereits vor, da sie die Grundlage der Listen der Haupt- und Hilfsschöffen bildete. Aus dieser berichtigten Urliste stellte der Ausschuss am Amtsgericht eine Vorschlagsliste mit 360 Personen zusammen, §§ 40 ff., 87 ff. GVG. Die Vorschlagsliste wurde nun an das Landgericht, an dem das Schwurgericht auch angesiedelt war, weitergeleitet. Dort entschied ein Ausschuss, bestehend aus fünf Berufsrichtern, über die Erstellung einer Jahresliste der Hauptgeschworenen sowie eine Jahresliste der Hilfgeschworenen. Die Anzahl der für die Jahresliste zu bestimmenden Haupt- und Hilfgeschworenen war durch die Landesjustizverwaltung festzulegen, § 86 GVG. Tagte das Schwurgericht wie in Bayern viermal im Jahr musste die Zahl der Hauptgeschworenen mindestens 120 Personen umfassen. Spätestens zwei Wochen vor der jeweiligen Sitzungsperiode des Schwurgerichts erfolgte in öffentlicher Sitzung am Landgericht die Auslosung der so genannten Spruchliste, die aus 30 Personen bestand, § 91 Abs. 1 GVG.

Die ausgelosten Personen wurden nun über ihre Berufung als Geschworene informiert und konnten nach § 94 GVG ihre Verhinderung anzeigen. Die Rechtmäßigkeit des Vorliegens eines Verhinderungsgrundes wurde geprüft und so weit diese bestätigt wurde, war eine Ergänzung der Spruchliste aus der Liste der Hilfgeschworenen vorzunehmen. Die Auswahl der zur Entscheidung berufenen Geschworenen der konkreten einzelnen Verhandlung, erfolgte erst zu Beginn einer jeden Hauptverhandlung, § 278 RStPO. Als Bestandteil der Hauptverhandlung, §§ 278, 281 RStPO, war das Auswahlverfahren in der Reichsstrafprozeßordnung geregelt.

Nach § 280 Abs. 1 RStPO mussten bei dieser Auslosung in der Hauptverhandlung mindestens 24 Geschworene anwesend sein; gegebenenfalls war eine Ergänzung der Geschworenenbank aus der Liste der Hilfgeschworenen vorzunehmen, § 280 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 2 RStPO. Der Angeklagte war bereits vor der Hauptverhandlung über die Namen der Geschworenen, die auf der Spruchliste waren, zu informieren, § 277 RStPO. Die Zusammenstellung der Jury erfolgte durch Los, §§ 281 ff. StPO. Staatsanwaltschaft und Verteidigung stand jeweils das Recht zu, einen ausgelosten Geschworenen abzulehnen. Nach § 282 StPO konnten nur soviel Geschworene abgelehnt werden, dass mindestens 12 Geschworene zur Besetzung der Jury übrig blieben. Staatsanwaltschaft und Verteidigung stand jeweils die Hälfte der Ablehnungen zu. Die Geltendmachung hatte gemäß § 283 Abs. 1 RStPO unmittelbar nach Ziehung des Namens zu erfolgen. Die Erklärung

der Ablehnung oder Annahme hatte zunächst vom Staatsanwalt, erst danach von der Verteidigung zu erfolgen, § 282 Abs. 2 RStPO. Nach dem nun 12 Geschworene von beiden Parteien angenommen wurden, war das Gericht ordnungsgemäß besetzt. Diese Geschworenenbank war nur für die konkrete Hauptverhandlung zusammengestellt; waren am selben Tag weitere Verhandlungen angesetzt, blieb die Jury für die folgende Verhandlung allein dann bestehen, wenn die dort Beteiligten, Angeklagter und Staatsanwalt, sich vor der Beeidigung der Geschworenen damit einverstanden erklärten, § 286 RStPO.

## VII. RECHTSSTELLUNG DER SCHÖFFEN UND GESCHWORENEN

Zur allgemeinen Rechtsstellung der Schöffen und Geschworenen ist noch folgendes hinzuzufügen beziehungsweise festzuhalten. Beide Ämter waren keine ständigen (Richter-) Ämter, sondern wurden nur ehrenamtlich wahrgenommen. Bei einer Berufung zum Schöffen oder Geschworenen bestand allerdings eine strafbewährte Dienstpflicht, die so genannte Dingpflicht. Einen Ausgleich für den Verdienstaufschlag, oder ein Sitzungsgeld war in der Fassung des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1879 nicht vorgesehen. Erstattet wurden ausschließlich angefallene Reisekosten, §§ 55, 96 GVG. Eine zeitliche wie finanzielle Überforderung sollte neben dem Ablehnungsrecht aus § 35 GVG dadurch ausgeschlossen werden, dass eine Person im selben Geschäftsjahr nicht zugleich als Schöffe und als Geschworene einberufen konnte, § 97 Abs. 1 GVG. Wesentlich für die Rechtsstellung der Schöffen und Geschworenen war zudem § 11 GVG, der bestimmte, dass die §§ 2-9 GVG auf Schöffen und Geschworene nicht anwendbar waren. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass § 1 GVG, nachdem die richterlichen Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt wird, auf die beteiligten Laien vollumfänglich anwendbar war und damit eine Bindung an das Gesetz konstituiert wurde. In den Debatten über die Vor- und Nachteile der Laienbeteiligung im 19. Jahrhundert war teilweise vorgetragen worden, dass gerade Geschworene ihrer Bindung an das Gesetz, als zulässige Grenze der Entscheidung, nicht immer akzeptiert hatten. Inwieweit sich die Gesetzesbindung der Reichsjustizgesetze in der Praxis auswirkte, ist eine andere Frage.

## VIII. GANG DES VERFAHRENS VOR DEM SCHWURGERICHT

Zuletzt ist noch der Gang des Verfahrens vor dem Schwurgericht, insbesondere die Stellung und Bedeutung der beteiligten Laien näher zu beleuchten. Die Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht begann mit der, auf die Eröffnung der Sitzung folgenden Auslosung der Jury aus der Spruchliste, §§ 278, 281 RStPO. Wie bereits erörtert, wurde unter Berücksichtigung des Ablehnungsrechts von Staatsanwaltschaft und Verteidigung, eine Geschworenenbank von 12 Geschworenen zusammengestellt. Die Geschworenen wurden im Anschluss in öffentlicher Sitzung gemäß § 288 RStPO beeidigt; der Vorsitzende fragte hierzu: „Sie schwören bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden, in der

Anklagesache (den Angeklagten) wider N.N. die Pflichten eines Geschworenen getreulich zu erfüllen und Ihre Stimme nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben.“ Worauf jeder Geschworene einzeln zu antworten hatte: „Ich schwöre, so wahr mir Gott helfe.“ Hier-nach wurde zur Verhandlung der Sache übergegangen, §§ 289, 242 RStPO. In der Beweisaufnahme war es nach § 239 Abs. 2 RStPO auch den Geschworenen gestattet den vernommenen Zeugen und Sachverständige zu befragen. Dem vorsitzenden Richter war es jedoch nach §§ 240 Abs. 2 RStPO erlaubt, „ungeeignete“ oder nicht zur Sache gehörende Fragen, zurückzuweisen.

Nach der Beweisaufnahme hatte der vorsitzende Richter einen Fragenkatalog zu entwerfen, der in der Sitzung verlesen wurde, § 290 RStPO. Die Parteien sowie jeder einzelne Geschworene hatte das Recht auf Mängel in der Fragestellung hinzuweisen und ihre Änderung zu beantragen, § 291 Abs. 1 RStPO. Die Fragen mussten so formuliert sein, dass sie mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden konnten, § 292 Abs. 1 RStPO. Sie unterschieden sich in so genannte Haupt-, Hilfs-, und Nebenfragen. Nach § 293 RStPO hatte die Hauptfrage mit den Worten „Ist der Angeklagte schuldig?“ zu beginnen und die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zur Unterscheidung erforderlichen Umstände zu bezeichnen. Kam eine alternative Beurteilung des Sachverhalts in Betracht, so war eine hierauf gerichtete Hilfsfrage zu stellen, § 294 RStPO. War etwa die Hauptfrage darauf gerichtet, ob der Angeklagte eines Mordes schuldig sei, konnte die Hilfsfrage lauten, ob er einen Totschlag begangen habe. Die Hilfsfragen durften nur auf eine andere Beurteilung des Sachverhalts in rechtlicher Hinsicht gerichtet sein, sie dienten nicht dazu die Verurteilung einer anderen als im Eröffnungsbeschluss angeklagten Tat zu ermöglichen, sondern allein der Abdeckung der konkurrierenden Delikte. Das Vorliegen von Strafmilderung oder Strafverschärfungsgründen war nach § 295 StPO in so genannten Nebenfragen zu klären. Die vorgesehene Trennung in Entscheidung der Geschworenen über die Schuld und Entscheidung der Berufsrichter über die Strafe, ließ sich wie bei der Zuteilung der Entscheidung über das Vorliegen von Strafmilderung oder Strafverschärfung zeigt, prozessual nicht streng durchhalten. Konnte doch durch die Bejahung des Vorliegens eines Strafmilderungsgrundes auf die Verhängung des Strafmaßes selbst in massiver Weise Einfluss genommen werden.

Nach Verlesung des in Haupt-, Hilfs-, und Nebenfragen gegliederten Fragenkataloges, folgten die Plädoyers der Parteien, §§ 299, 257 RStPO. Hieran schloss sich das so genannte letzte Wort des Angeklagten an, § 257 Abs. 2 Hbs. 2 RStPO. Bevor sich die Geschworenen zur Beratung zurück-zogen erfolgte eine Rechtsbelehrung durch den Richter, § 300 RStPO. Dem Richter war es hierbei nicht erlaubt eine Beweiswürdigung und eine rechtliche Würdigung des Sachverhaltes vorzunehmen. Das deutsche Verfahrensrecht sah anders als das Verfahren des französischen Rechts auch kein Resümee des vorsitzenden Richters vor. In französischen Schwurgerichtsverfahren war es üblich, dass der Richter in seinem Resümee die gesamte Verhandlung noch einmal zusammenfasste. Noch weiter gegen das englische Modell, indem der Richter bei seinem Resümee auch eine rechtliche Bewertung des Sachverhaltes vornahm. Durch diesen Vortrag, so die Kri-

tiker könne der Richter eine Entscheidung der Geschworenen präjudizieren. Um eine Beeinflussung damit gänzlich auszuschließen war dem deutschen Richter auch die Zusammenfassung nach französischem Vorbild nicht erlaubt. Die Belehrung des Richters durfte auch von den Parteien im Anschluss nicht erörtert werden, § 300 Abs. 2 RStPO. Nach der Belehrung erfolgte die Übergabe des Fragenkataloges an die Geschworenen, die sich nach § 301 Satz 2 RStPO in ein Beratungszimmer zurückzogen um dort zu beraten und abzustimmen, §§ 301 ff. RStPO. Über die Beratung wie über die Abstimmung waren die Geschworenen zum Stillschweigen verpflichtet. Beratung und Abstimmung begann mit der schriftlichen Wahl eines Obmanns, § 304 RStPO, der die Beratung und Abstimmung leitete und das Ergebnis protokollierte. Nach der Beratung schritten die Geschworenen zur mündlichen Abstimmung. Die Abstimmung erfolgte mit „Ja“ beziehungsweise „Nein“, § 305 RStPO. Nach § 307 RStPO war das Ergebnis zu protokollieren, wobei aber die Angabe des genauen Stimmenverhältnisses nicht vorzunehmen war; für die Bejahung der Schuldfrage waren acht von zwölf Stimmen, für die Bejahung des Vorliegens mildernder Umstände sechs von zwölf Stimmen erforderlich. Das Vorliegen eben dieses Stimmverhältnisses („mit mehr als sieben Stimmen für schuldig befunden“) war zu Protokoll zu nehmen. Nach § 308 RStPO erfolgte nach der Abstimmung die Bekanntgabe des Spruchs im Sitzungssaal, die der Obmann bei Verkündung des Freispruchs mit den Worten begann: „Auf Ehre und Gewissen bezeuge ich als den Spruch der Geschworenen“, worauf die Verlesung der Fragen und Antworten folgte. Trat bei der Verlesung ein Mangel zu Tage, entsprach etwa die Form des Spruchs nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, hatte das Gericht die Geschworenen zu einer neuen Beratung und ordnungsgemäßen Abstimmung ins Geschworenen Zimmer zurückzuschicken, §§ 309 ff. RStPO; ansonsten erfolgte die Verlesung des Spruchs vor dem Angeklagten, § 313 RStPO. Hatten die Geschworenen auf nicht schuldig entschieden, so wurde der Angeklagte freigesprochen § 314 RStPO. Hatten sie auf schuldig erkannt, wurden Urteil und Strafmaß durch die Richter festgesetzt, § 315 ff. RStPO. Waren die Richter einstimmig der Ansicht, dass sich die Geschworenen zu Lasten des Angeklagten geirrt hatten, konnten sie statt eines Urteils zu erlassen, eine Kassation verfügen, § 317 RStPO. Damit war das Verfahren an das Schwurgericht der nächsten Sitzungsperiode überwiesen, das in erneuter Zusammensetzung das gesamte Verfahren zu wiederholen hatte. Bei dem neuen Verfahren durften Geschworene, die bereits im ersten Verfahren als Geschworene beteiligt waren, nicht mitwirken, § 317 Abs. 3 RStPO; ob diese Norm auf auch Geschworene anwendbar war, die nur aufgrund der Ablehnung der Parteien nicht beteiligt gewesen waren, war umstritten.

## IX. AUSBLICK

Nimmt man die eingangs vorgetragene Bewertung der Reichsjustizgesetze als Schlussstein der seit dem Vormärz vorgetragenen liberalen Forderungen, als Umsetzung der sich gegenseitig bedingenden und damit auch die Laienbeteiligung in der Straf-

rechtspflege einschließenden, rechtsstaatlichen Entwicklung noch einmal in den Blick, stellten sich zuvorderst zwei Fragen: Erstens, wie umfassend war die Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege. Und zweitens, welche Aussagen lassen sich aus ex-post Sicht über die Bestimmungen treffen. Haben sich die Regelungen der Reichsjustizgesetze bewährt? Lässt sich beurteilen, ob die Ausgangsprämisse der Verfechter der Laienbeteiligung, die angenommene gegenseitige Bedingtheit der einzelnen Prinzipien, nach der die Laienbeteiligung als unverzichtbare Voraussetzung für rechtsstaatliches Verfahren verstanden wurde belegen? Und wenn dies möglich ist, welche Bedingungen sind an die Umsetzung des Prinzips dann mindestens zu stellen?

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beteiligung von Laien in der Strafrichterbarkeit weder in allen Instanzen noch in einheitlicher Form vorgesehen war; in den Rechtsmittelinstanzen war eine Laienbeteiligung grundsätzlich nicht vorgesehen. Um Fehldeutungen vorzubeugen, sei darauf hingewiesen, dass dies im Vergleich mit den abgelösten Regelungen der deutschen Einzelstaaten keine Besonderheit darstellte. Das Gerichtsverfassungsgesetz ist, wie sich aus den Materialien un schwer ersehen lässt, das Ergebnis eines Kompromisses. Dies betrifft insbesondere die Art der Laienbeteiligung, also die Frage danach, ob diese durch Schwur- oder Schöffengerichte erfolgen sollte. Der im GVG gefundene Kompromiss sorgte bereits kurz nach dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze für erste Reformvorschläge. Das Kernstück der Gerichtsverfassung von 1879, das Schwurgerichtliche Verfahren, wurde durch die Lex-Emminger von 1924 abgeschafft. Diese Lex-Emminger ist nicht, wie der Name vermuten lässt ein Gesetz, sondern eine so genannte gesetzesvertretende Verordnung, die sich auf ein Ermächtigungsgesetz stützte.

Trotz allgemeiner Kritik war in den folgenden Jahren die für eine gesetzliche Neuordnung des Gerichtsverfassungsrechts erforderliche parlamentarische Mehrheit nicht zu organisieren. Von der maßgeblichen Änderung, der Ersetzung des im 19. Jahrhunderts erkämpften Schwurgerichts durch ein großes Schöffengericht, abgesehen, sind GVG und StPO bis heute im Wesentlichen in der Form von 1879 in Kraft. Das geltende Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht ist nach allgemeinem Verständnis substantieller Bestandteil unseres Gemeinwesens, das in seinem Selbstverständnis Rechtsstaat im materiellen Sinne ist. Beantwortet ist die zweite Frage damit nur zum Teil, die Beteiligung von Laien in der Strafrechtspflege in Form von Geschworenengerichten ist nach heutigem Verständnis wohl jedenfalls nicht zwingend geboten. Die Frage der Erforderlichkeit von Laienbeteiligung als zwingender Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens insgesamt, oder zumindest als zweckmäßiger Einrichtung, ist damit weder für das 19. Jahrhundert noch für heute beantwortet – sie stellt sich nach wie vor.

**Abstract:** The enactment of the Judicature and Judicial Procedure Acts (Reichsjustizgesetze) on 1 January 1879 first established a unitary system of criminal procedure and a largely unitary court system for the entire German Reich. One of the principles of a reformed criminal process that was adopted was the 19th century liberal ideal of lay participation in the administration of justice. The rules put in place were the result of a compromise. There was no single form of lay participation. The Schöffengericht, made up of

two lay and two full-time judges, was responsible for adjudicating guilt and punishment for petty crime; serious crime was the preserve of the Schwurgerichte, where a jury composed of twelve lay members adjudicated on the guilt of the accused, while professional judges set the scale of punishment. The selection process for lay members was elaborate, leaving little scope for manipulation. The office of lay assessor (Schöffe) or juror (Geschworener) was not linked to a minimum taxable income. However, lay participants received no compensation for loss of income, a circumstance which may have worked as a limitation in fact. Besides, the total scope of lay participation was rather limited. Some first-instance courts provided for no lay participation at all. Appellate review, too, was usually carried out exclusively by professional judges. Schwurgerichte were abolished in 1924 and replaced by a large Schöffengericht. Apart from this, the 1879 rules have in the main survived to this day.



# Legal Framework for the Jury in the First Spanish Constitutionalism

*José Antonio Pérez Juan*

## I. INTRODUCTION

Article 307 from the Spanish Constitution of 1812 empowers the Cortes to establish the distinction between jurors and judges when it deemed this appropriate. We are not going to enter into doctrinal debates regarding the constitutional character or not of this institution. Instead, we are interested in analyzing the reasons that led the constituents to include popular justice in their article, along with the reasons forcing the postponement of its implementation.

The parliamentary debates shed little light on the matter. Concerning the jury, reading interventions were scarcely raised upon the jury in the Cortes plenary about this provision. Only questioned was the wording, considering it more like “advice than a precept”. Deputy Golfín expressed it this way:

“My opinion is that far from deleting this article, it places it in a commanding tone, in such a way that it is a true precept, because otherwise, I do not see a way that innocence is assured away from arbitrariness and despotism”.

The preliminary text discourse, written fundamentally in Cadiz, is more interesting for our purposes. This is not an exhibition of reasons for its use, but a key document in order to understand the constitutional regulation. In it the State’s organizational chart is described, denouncing a good part of the defects from the Administration of Justice. The existence of privileged status, the shortcomings of criminal law or the perpetual character of judges are only some of the ills that troubled our country at the beginning of the nineteenth century. Among the proposed solutions, in addition to the emphatic division between the judicial and executive powers, the introduction of the jury is defended. The distinction between jurors and judges, the separation of the duties the magistrates exercise in ruling at the same time on the facts and the law was not only “healthy” but also convenient. However, the political predicaments and agitations advised against its immediate implementation. For the commission drafting the constitutional text, postponing the decision was more adequate, empowering the Cortes to put them into practice when the circumstances allowed. At the same time, the preliminary discourse recognizes that popular justice, far from being novel, was known in some locations of Spanish territory. In this regard, it recalls the Toledo Municipal Charter alluding to justice among equals, as well as the practices in Ibiza and Formentera where a “consultant appointed by the Government cannot adjudicate any litigation without the concurrence of two or more men, including up to the number of six, drawn from all states”.



There was not time for more. In 1814, with the return of Fernando VII to Spanish territory, absolutism was reestablished. Despite its brevity, this first constitutional experience made clear the suitability of justice among equals for the consolidation of the liberal regime in Spain. Our politicians knew its importance and, because of it, did not waste the first opportunity they had in introducing the institution to the peninsula.

It will be during the Liberal Triennium period (1820-1823) when the jury is installed in our country. What reasons led to its establishment? In what way and in what terms was it made? What were its results? The following pages in our article are dedicated to answering these questions. History has not paid special attention to this facet of our judicial history. The research concerning the Administration of Justice during the era tackles the question tangentially, while the few monographs published in our country regarding jurors deal with this era in an incomplete manner. Our research analyzes the pending legal framework in the matter during the Triennium. The starting point was the press decree of October 22, 1820. Comparing the bill presented to the Cortes with the text finally promulgated has allowed us to learn about the structure and workings of the jury, as well as the most polemic aspects of the new regulation. In this sense, the system for electing its members, their numbers and requirements for holding the positions are some of the most-debated questions in the plenary.

The *Diarios de Sesiones de las Cortes* (Daily Sessions of the Courts) were of great help in this work. Reading and analyzing the debates were useful to carefully examine the arguments made in favor and against the institution, shedding light upon the motives that led to its implementation in Spain. The *Archivo del Congreso de los Diputados* (Archive of the Congress of Deputies) was key for our effort, where the complete records of the decree of 1820, as well as the additional laws of 1822 and 1823, are held. The official documentation cited has been compared with the publications of the era's primary periodicals, figuring out their views concerning popular justice and the model to implement in Spain. This methodology has not only allowed us to sketch the essential features, but additionally, we were able to compare our system with the Anglo-Saxon version, and identify the similarities and differences articulated between them.

Implementing the jury in Spain was not easy. The critical political circumstances facing the country were not conciliatory. On the contrary, in some liberal sectors, popular justice had functioned like an "incendiary torch", facilitating the proliferation of chaos and public altercations. With the aim of putting an end to these evils, at the beginning of 1822, the Government presented the Cortes an additional law to that of the press that introduced important changes in its articulation. In particular, the modifications affected the system for electing and configuring the jurors' responsibility. From this date the provincial councils participated in their designation, demanding that the ruling and vote of each member be made public. Likewise, it expanded active legitimation, the capacity to initiate legal proceedings, by authorizing the court prosecutor to sue for abuses of the press before the court jury.

This first reform was not sufficient. In the summer of 1823, another significant change was necessary in the operation of this system. The existence of overlapping sentences and anomalies in the procedures required regulating the way and manner to present complaints. Also, improper delays or situations of impunity were resolved by fixing a maximum period for the resolution of cases and delimitation of the juror functions. There was no time for more. Events hastened, and absolutism was resolved in the peninsula at the end of the same year. With the arrival of the so-called Hundred Thousand Sons of Saint Louis, the first jury experience in Spanish territories came to an end.

## II. THE FIRST REGULATION OF THE JURY IN SPAIN

### 1. The initial proposal

With the uprising of General Riego at Cabezas de San Juan, the Magna Carta promulgated in Cadiz recovered its validity on March 7, 1820. Hereafter, a new constitutional era began called the Liberal Triennium, which would conclude in 1823 with the reestablishment of Fernando VII upon his absolute throne. During these years there would be the occasion to put into operation a good part of the legal and regulatory apparatus that emanated from the Cadiz Cortes, converting our country into a European reference. It was during this era when trial by jury was implemented in Spain.

The first proposal to this effect was made on July 21, 1820. Deputy Marcial López solicited a resolution from the Parliament about whether the situation of complying with the mandate provided by Article 307 in the fundamental text had been reached. In his opinion, the importance of the jury for the consolidation of the liberal regime was obvious. The existence of jurors was a reality in other countries and its application constituted a necessity in order to eradicate the vices of the judicial regime existing in Spain. A single body of professional judges and magistrates "subject to the executive power" questioned the very independence and proper function of justice. The solution to these evils was found in the establishment of popular justice, justice among equals. Despite the advantages of the new institution, one portion of the Chamber refused the advisability of its installation by considering that our country was unprepared. The absence of an adequate penal code, high illiteracy, and even the defects in our legal system were only some of the arguments for advising against it. The defenders of the measure recognized that the drawbacks derived from the absence of a compilation in penal matters, even though they understood that they could be substituted by the pending legislation, the territorial division in judicial districts, and the very character of the Spanish citizen.

The course of the debate was affected by the intervention of Deputy Martínez de la Rosa. This parliamentarian, member of the commission drafting the new press legislation, informed the plenary committee of the existence of a new bill regarding matters that the jury institution regulated. This was an excellent occasion to test the functioning of juries in an experimental manner in Spain, proving, in this way, the suitability of exten-

ding this practice to the remaining crimes . In this context, it was decided to send secretary Marcial López's proposition to the Legislation Com-mission .

### **III. THE PRESS DECREE OF 1820: FIRST LEGAL FRAMEWORK OF POPULAR JUSTICE**

Martínez de la Rosa's announcement was soon fulfilled. At the end of summer 1820, a bill regard-ing freedom of the press was presented . The press of the time recognized the news with some concern, warning of the speed with which the regulation was handled and the risks it entailed .

It is not for us to analyze the content of this regulation in detail, even though it is interesting to note that it resolved a good portion of the deficiencies detected during the era of the Cadiz Cor-tes . Up until that date, press offenses were prosecuted by censorship boards . The experience had allowed confirming diverse anomalies in these processes, like the suitability of adapting the sentences to the severity of the infractions. The parliamentary commission in charge of drafting the new legal framework considered that these deficiencies would be settled with the establish-ment of trials by jury. Two were the reasons that led to adopting this model. On the one hand, the existence of jurors allowed weighing the sanction in accordance with the severity of the crime, avoiding, in this way, a casuistry regulation incapable of attending to and covering in an efficient manner all the assumptions that could come about in practice . One the other, in comparative law, knowledge about these types of cases had historically been entrusted to popular courts.

One deputy in England remarked that citizens' rights were held up by the freedom of the press, Habeas Corpus, the freedom of assembly, and the jury institution. Of these four bastions, the most important was without a doubt the trial among equals. The use of this institution in classify-ing criminals originated in the 18th century when the English Parliament endorsed the Fox Liberal Act in order to end the abuse of judicial power in the matter . Moreover, the parliamentary commission continued, if popular justice was healthy in all criminal cases, when it dealt with classi-fying printed matter, it was not only helpful but also absolutely necessary. Crimes committed by the printing press, "far from being subjected to rules fixed by law, must depend in a great manner upon on the particular judgment of each man" .

The arguments expounded did not convince Parliament unanimously. One sector defended the operation of the censorship boards during the preceding era . They recognized the importance and suitability of the jury but, at the same time, warned of the dangers of using a new system in such a specific type of offense . In their opinion, this trial must be carried out for other types of crimes, like theft, homicide or manslaughter, because they said in these events, "all citizens are interested in ending impunity for criminals, and that anybody with sound reasoning can judge, with a probability for success if the evidence is sufficient or not, if the accused is convincing or not. Here the evidence is presented, and then the specification of charges is easy, while on the contrary holding the

trial on a new and such delicate matter like the opinions would not be the most appropriate” . This difficulty was made worse in the Spanish case, where inexperience and a lack of enlightenment on behalf of the population advised against implementing trial by jury .

In response to these allegations, it was remembered that matter more diffuse and arbitrary than the very opinion did not exist. It was difficult to determine the abuse of words with a stable guideline, whose sense, combination and levels of criminality were beyond all calculation, and neither weight nor fixed measure was admitted . Stronger were the responses to the accusation of a lack of education and high illiteracy levels in the Spanish nation. For Deputy Moreno Guerra, these criticisms clashed with the very existence of the Cortes because “if the people were not willing to receive this institution, less would they be to having national representation” . The words of Díaz del Moral are very illustrative:

“Upon hearing that the Nation is not prepared for receiving this institution, it seems to me that we want to persuade that by passing over the Pyrenees one arrives in Africa; that Spaniards cannot be governed except by an iron rod, and that they do not possess the capacity to perform functions in the 19th century that were already being performed in some European nations in the 15th century” .

Lastly, the accusations of a lack of tradition were rejected, claiming historical antecedents of popular justice in Spain .

Despite the opposition shown, the jury institution was finally maintained in the text promulgated on October 22, 1820 .

Having arrived at this point, it is interesting to learn about the content of this regulation. A double judgment of accusation and specification of charges is established similar to that British, but with modifications to the election system, and limiting the number, the requirements, and options for rejecting jurors, while altering the consideration of the vote in making decisions . The jury regulation is located in Title VII under the epigraph “the manner with which to proceed in crimes of the press”. In accordance with this article, all typographic offenses will be tried by jurors . The process was begun before the provincial capital’s mayor . In cases of sedition or subversion, the popular action was recognized, although in remaining cases, the active legitimation corresponded to the press prosecutor or city hall officials, who acted officially or without the request of government authorities .

The jurors were chosen annually by the provincial capital’s town hall by absolute majority of votes in a number triple to that of the members of the local government . From this list, or albo, the jurors that must make up the courts of accusation and specification of charges were chosen randomly for each particular case. In this manner, the confederation of the list corresponds to the capital’s town council “like local authorities extremely interested in conserving public order, equipped with greater knowledge to make correct decisions and chosen by their own citizens” . The question of separating this from the Anglo-Saxon regime and raising an intense debate in the Cortes meeting is especially interesting. It is true that in this point the Spanish regulation overtakes the remaining Eu-

ropean countries where a government representative, the sheriff in England, and prefect in France intervenes in the decision. However, the system was criticized because the designation corresponded solely to the capital's local authorities, depriving the remaining local entities from this authority. For this reason, some parliamentarians suggested the idea that provincial offices, like territorial bodies, be those responsible for designating the jurors. They were not misled by the proposition. This same request is contained in the pages of some newspapers of the time. For example, the daily *El Revisor político y literario* pleads in its jury "model" for participation from local councils in the formation of lists of jurors. The proposal was ultimately rejected when considering that the greatest number of individuals who were members of the municipal governments guaranteed the correct choice, avoiding the inconveniences that could result if the designation was assumed by provincial authorities, where two government authorities, the political chief and the mayor, participated as members by virtue of their political status.

Neither was there a consensus on the total number of jurors. The commission was aware of the high level of illiteracy that the country suffered from, and this limited the list to eighteen. However, the project was subjected to debate, and it was decided to expand the number of individuals that made up the capital's town hall to as much as triple. This measure solved the possible dis-proportionality that might exist in locations with a very varied population, like Barcelona or Avila, while guaranteeing a sufficient number of competent arbiters for the trials of those indicted at the same time. We must not forget that in order to participate as such, the conditions required were the same as for being a Cortes deputy, i.e., being a citizen with full exercise of rights, more than twenty-five years of age and a resident of the provincial capital. This circumstance aroused the suspicions of some parliamentarians upon considering that the same election system and proposed requirements did not guarantee the suitability of those chosen. Consequently, the commission was urged to establish some specific qualities, among which, being literate was included. In this sense, the desirability of following the British model was noted, and requiring a minimum income level for the candidates. However, the measure, although positively valued, had to be rejected as the country was not prepared for it.

For the task of establishing a jury, it was necessary to pose a fine between two and four hundred reales for those not reporting to the trial without good cause. The jurors were only responsible in the case it was legally demonstrated that they had acted out of bribery or corruption. In order to guarantee their liberty, excused from these functions were those practicing any type of jurisdiction, civil or ecclesiastic, political leaders, governors, commanding generals of arms, Secretaries of the Office and the employees of the Secretary, State counselors and those employed in Palace servitude. The suitability of this measure led to requesting expanding the grounds for exemption, although the sorry state the illustration was found to be in did not make this recommendable.

Once the accusation was announced, the process began in the city hall with a public drawing for the nine jury members making up the grand jury. On the day court commenced, those chosen for the jury were sworn in by the city's mayor. The local authorities were then removed and deliberations began in secret. The accusation and its form

were examined, and following debate on the matter, it was decided whether there were grounds for prosecution or not. For prosecution to continue, a vote from two-thirds of the jurors was necessary. Of interest is this last question. Initially, the project required “absolute majority of vote”. However, the decree ultimately adopted established a qualified majority of six favorable votes from the nine total. I am unaware of the moment when this modification took place. I cannot find any agreement on this matter in the *Diario de Sesiones*, although, I do understand that the reasons leading to this was the desire to find a more guaranteed formula that allowed compensating for the reduced number of jurors making up the institution in Spain.

If the ruling was for “no grounds”, the process concluded, communicating a copy of the accusation and judgment to the interested party. Otherwise, the process continued, submitting the case to the locality’s district court. From this moment forward, development of the necessary proceedings corresponded to the judge to suspend sales of the copies and to find out who was responsible for their publication. Furthermore, when the printed matter was susceptible to being described as subversive, seditious or inciting in the first degree, the arrest order for the person responsible had to be ordered. At all other times merely required from the accused person was a guarantor or bond to cover the possible results from the process.

Before embarking into the hearing, the town hall notified the court of the list with the twelve jurors who would classify the form. Their names were randomly obtained from those remaining in the lot from the first drawing. The defendant received a copy of the complaint together with the list, authorizing him a maximum period of twenty-four hours to reject, without requiring expressing the reasons, up to seven of the nominees.

The trial proceedings began with the compulsory swearing in of its members. With the public hearing open, the defendant exhibited his defense, either personally or through a representative. Following this, the prosecutor, trustee or person who filed the complaint, had the floor. Finally, the defendant intervened again, responding to the plaintiff’s arguments. Then the judge compiled the process “for illustration to the jurors”, who retired to a closed room to confer on the matter. Concluding the deliberations, the decision was made public via the first vocal member who, in these effects, acted as president. If the decision was for acquittal, the defendant was ordered freed or the bail or bond was raised for the defendant. Conversely, if the judgment was for conviction, concurrence of at least eight of the twelve votes possible was required if the printed matter were to be described as seditious, subversive, inciting disobedience, obscene or libelous. In case of agreement on the type of abuse, but not on the degree, the lesser of them was understood. This majority was criticized by Deputy Calatrava. In his opinion it was insufficient and strayed from the Anglo-Saxon model where unanimity was established. The commission admitted upon the suitability of the English system; although, it recognized that this could not be required in Spain due to the country’s immaturity and consequent danger of leaving some crimes go unpunished.

Upon concluding the hearing, the sentence was communicated to the parties and published in an edition of the *Gaceta del Gobierno*. The costs were incurred by the defendant in cases of conviction. In acquittals, the expenses were paid publicly, except for those slanderous, which would be assumed by the very accuser. In parliamentary debate this final measure was challenged, upon deeming that it could engulf the use of false allegations motivated by sinister interests or revenge. However, the public good prevailed, maintaining the process free of cost for the prosecution, except in private cases.

The judicial resolution could be appealed before the provincial court. Legally, the reasons for this recourse were limited. On the one hand, it was permitted when the judge did not impose the sentence designated by the popular court. On the other, it was so in cases where the formal processes provided by the decree of 1820 were not observed. In this latter case, the appeal would be for the sole purpose of replacing the trial at the moment when the incompetence had been committed. The court had to require upon the authority who committed the error the corresponding responsibility.

The legal settlement of this appeal raised some doubts. In accordance with that shown, the complaint of the interested parties could only deal with the judge's sentence imposing the penalty, but never upon the jury's ruling. Recognizing this second option was a complicated situation because, according to some parliamentarians, in practice this would entail the destruction of freedom of the press. In order to resolve this predicament, Deputy Díaz del Moral proposed the addition of an additional article to the Cortes in which exceptional powers would be attributed to the magistrate in order to review the Jury decision. This was a mechanism imported from England authorizing the lawyer to discretionally suspend the process and solicit the Superior court for a retrial. Debated, the proposal was finally passed, authorizing the judicial authority to suspend application of the penalty if the jury decision reached was deemed to be erroneous. The lawyer's discretionary authority could only be exerted in cases of writing that was subversive, seditious or inciting disobedience, and required holding a new trial before a completely new Jury.

#### IV. SUBSEQUENT REFORMS

The Liberal Triennium was a turbulent period era in Spain's history. The union and political understanding of the political class with the Spanish monarchy deteriorated in the course of just months. There are many events occurring at this time distorting this relationship and will accentuate the divisions within the political class itself. We cannot stop in the study and analysis of each of these events, although we must remember the opening speech of the Cortes in March 1821, when the King publicly expressed his dissatisfaction with the current situation, accusing the government of inaction and lacking energy. At the end of that same year, the dismissal of General Riego as captain general of Aragon marked a new episode of riots in Madrid which will be reflected in other cities like Cadiz and Seville, where the local authorities refused to obey the Ministry's orders.

Putting the Jury into operation did not improve the peninsula's political climate. On the contrary, newspaper headlines multiplied, often accentuating their political ideology and critical spirit under the benevolence of the jurors in the resolution of lawsuits. Enforcing press legislation had revealed its shortcomings. Individuals, defenseless, were quick to denounce the lack of legal framework and the situation of impunity that existed. With respect to this, the Velasco matter, the assassination of priest Vinuesa, or the excesses committed by the clergyman Clararrosa in Cadiz, are examples of how the poor use of typography had enervated the minds of the population.

Faced with these events, the Government presented a bill to the Cortes on January 21, 1822, where restrictive measures were adopted for printed material, the right to petition and patriotic meetings. The text was accompanied by a report from the State Council emitted just a few days prior in which the Executive Power submitted to the highest advisory body its views "upon the measures and reforms that would be convenient for proposing to the Cortes to tackle public disorder". The opinion points to excesses in the press as the cause of the political situation, advocating for legislative reform in three areas: active legitimation, expansion of statutory rates, and suppression of the trial by jury.

### **1. The press law of February 12, 1822**

The joint project was presented in the plenary in early 1822. The reform was not well received by some parliamentarians upon considering that the restriction of the rights of citizens was not the solution to the problems circulating through Spain. In their view, the instability and public disorder responded to the government's inability to lead the country. Consequently, they requested withdrawing the law and renewing the Cabinet. The proposition was not trivial. It meant, on the one hand, interfering in the functions of the Executive Power, and, on the other, depriving the Ministry of the tools necessary to ensure public order. Finally, the request for suspending the new laws was rejected in a tight vote, and on February 4, the settlement entered in the discussion.

The sessions these days were particularly intense. The audience in the gallery, the press and the deputies themselves followed the interventions passionately. A new legal framework for printing was being approved. It was new regulation that, in the eyes of the exalted, would eradicate freedom of the press. Tempers were so frayed that the debate was changed by the attacks and attempted assaults upon some parliamentarians. The truth is that the circumstances were urgent, and the text was approved on February 12, 1822, receiving Royal sanction the next day.

What are the measures the new regulation proposed? In general, the additional law makes up for the deficiencies detected in the preceding regulation. It tries to avoid situations of impunity, guaranteeing punishment of those guilty, even though the insults or slander are expressed indirectly with disguises or allegory. To this end, it expands reprinting responsibility, describing the types of crimes more accurately, including explicit references to the King, or the mere use of allusions, characters, supposed countries or past times calling for sedition or inciting disobedience by satire or invectives. This

measure was adopted with the intention of assisting jurors, to „illustrate“ their conscience, thus avoiding that things illegal go unpunished . It said:

“Our jury is a rising entity and not known among us: it is necessary to assist its individuals, creating more expressive laws to abide by”

However, the reform was seen in some sectors as an attempt to restrict freedom of the press, in a “yearning to pursue all writing types” .

In a parallel manner, the project altered some of the punishments foreseen in the preceding de-cree. On the one hand, reduced was the punishment for writing inciting disobedience, and on the other, it was doubled for that slanderous. At the same time it established that all those convicted for this type of violation would serve their sentence in the castle or fortress nearest their place of residence . This last clarification obeyed the fact that in practice some of those convicted to house arrest “used to go for walks from time to time”, which detracted from the rigors of the sentence .

The opinion of the State Council accompanying the Government’s draft called for the disappearance of the jury and the restoration of the old censorship board . In its opinion, the experience had shown the inefficiency of popular justice in these matters, giving rise to a situation of impunity and lawlessness which, far from guaranteeing freedom of the press, harmed citizens’ rights and interests. It said:

“The truth is that the most incendiary writings have run freely, as well as the most scandalous libels without the efforts serving value, while if any have, they were to suppress such disorders” .

In contrast to the cited report, the Cortes commission decided to maintain the trial among equals, however by introducing some modifications to it. Observed is a significant change in the process to appoint jurors. Starting in 1822, the list, or alba, will be made jointly by the capital’s town hall and provincial councils in a proportional manner, with the former appointing two-thirds and the latter the remainder . Some parliamentarians did not like the measure, for whom change did not come but rather it increased the presence and control of the Executive in the printing process . Furthermore, this decision was interpreted as a snub toward the town halls, which had up until now assumed these functions efficiently . However, this reform silenced the voices who had questioned the prior system by excluding the inhabitants from the remaining cities in the province. At the same time the system’s elective nature, popular or democratic, was safeguarded, preventing political bosses, governors, and members of the local governments from participating in the appointment .

Another modification introduced by this law affected the jurors’ status. In order to require greater responsibility on their part, it stipulated that their rulings, in both the prosecution and sentencing, be published in the *Gaceta del Gobierno*, indicating the names of those “having voted yes and no” . By the commission’s criteria, disclosing their names and vote guaranteed a sensible and responsible attitude, preventing them from making rulings that under the shroud of secrecy would be highly questioned by public opinion . Ultimately, it was a safeguard for the proper function of the Jury .

Concerning procedural process, active legitimation is expanded, including *promotores fiscales* as plaintiffs for courts of first instance in the provincial capitals. This was not a peaceful matter. The reform was interpreted as a direct threat to the right to print. This article gave the Executive greater involvement in cases, attributing direct roles to them in the persecution and punishment of these types of crimes. It was, in its opinion, the test confirming the rumors that with the new regulation the Government wanted to limit the exercise of this freedom. On the contrary, the proposal's proponents alleged that enlarging active legitimation was not that but rather the solution to a real problem that within which the printing prosecutors had refused to meet the requests of government authorities. With the pending regulation of 1820, the Cabinet was incapacitated to pursue written works that might alter public order, a situation which, in the parliamentary commission's view, was necessary to correct. In favor of the reform it was pointed out, besides, that the proposal did not differ from other compared models, like the English one, in which the prosecutor denounced printed matter, or the American, in which the attorney general had the additional right to challenge.

## V. ONE FINAL ATTEMPT AT REGULATION: THE LAW OF JULY 22, 1823

The peninsula's political circumstances were worsening. The internal crisis and the political division, linked to international pressure and the arrival of the Hundred Thousand Sons of Saint Louis upon Spanish soil, forced moving the Cortes first to Seville and then subsequently to Cadiz. We cannot enter into this affair, but we would like to point out that in those extraordinary circumstances, time still remained to draw up another regulatory provision on printed matter.

On July 27, 1823, the monarchy sanctioned a "second additional law to that of October 22, 1820, concerning freedom of the press". This was a new reform of the regulation from 1820 complementary to the law already studied from February, 1822, that purported, in the opinion of Alicia Fiestas Loza, to adapt print legislation to the recently passed penal code.

The project was developed as a result of the annual report of the Board for Protection of Freedom of the press. In view of the excesses denounced in the aforementioned report, the Congress entrusted the reform of the pending regulation to a commission. The paper was presented to the plenary on May 21, 1823. Notwithstanding, the move of the Cadiz Cortes from Seville due to the advancing French army delayed commencing the debate until the middle of the following month.

What changes were introduced with respect to the preceding legislation? With scarcely twenty-eight precepts, the foremost novelty affecting freedom of the press is the requirement of depositing a copy of the work prior to it being published. Furthermore, responsibilities were expanded by establishing penalties for the printer, in certain cases the author was incapacitated in addition to the bookseller as accomplices, helpers or abet-

tors. Regarding case procedures, the trial „among equals“ was maintained, however, with some modifications. Excluded from this type of trial were lawsuits for libel, in which case, without any specification of charges, could be appealed to the trial judge directly .

The reform tried to facilitate the process by avoiding delays and anomalies in the function of popular justice. With respect to it, a deadline is established for resolving cases. In this way, the Spanish grand jury had to make a ruling within three days following a complaint, whereas the specification of charges had to be stated in no more than six after the former had pronounced its ruling . Likewise, mechanisms are regulated for the first time for replacing juror losses, ensuring in any case the court's constitution. For this, the obligation is established of appointing one-third more in each drawing to replace those not attending due to absence or indisposition . Jury members could only be rejected if any legal reasons existed, like kinship with or enmity towards any of the parties . The challenges were made before the capital's mayor where the trial was taking place and two good men, one nominated by the complainant and the other by the defendant .

Putting the jury trial in practice had revealed some deficiencies in its operation that needed necessary correction. Specifically identified were overlapping sentences and anomalies in the specifications of the charges. The possibility of petitioning not only in the provincial capital where the printed matter had been published but also in any other location where it had been reprinted caused duplicating rulings upon the same printed matter that on some occasions were totally contradictory . In order to resolve this fact, the reform required presenting the complaint in the location where it had been printed . On the other hand, the lack of delimitation of the jurors' functions caused serious drawbacks. On occasions, the accused was not convicted because no agreement was reached in the deliberations on the type of abuse committed . For this reason, starting in 1823, the complaint was required to express the possible crime committed and denote the paragraph or pages where it was found, and the jurors were prohibited from expanding the charges to include other unlawful activities even though the work might contain them .

The proposals did not please all the commission members. Some of them formulated separate opinions. Without wishing to be exhaustive, we would like to point out criticisms by parliamentarians toward the legislative technique used . Deputies Sánchez Casas and Reillo refused the second addition to the press law as they considered that the regulation of the matter corresponded to the penal and procedural codes. In similar terms, Galiano denounced the drawbacks deriving from so much regulatory dispersion, advocating for the application of the criminal and procedural compilation. The Cortes commission shared the objections brought up by some of its members even though the codex procedure was not yet promulgated towards another non-viable solution .

The text was finally approved by the Cortes on July 22, 1823 . The new law, along with the decree of October 22, 1820 and the additional one from February 12, 1822, completed the binding complex legal regulation on matters of freedom of the press and, by extension, of juries in Spain during the Liberal Triennium .

**Abstract:** This article examines the regulation of the jury in Spain during the period of the Liberal Triennium. Its starting point was the press decree of October 22, 1820. Comparing the bill pre-sented to the Cortes with the text finally promulgated has allowed us to learn about its structure and workings, as well as about the most polemic aspects of this new regulation. Putting popular justice into practice in Spain was not easy. The critical political circumstances facing the country did not help to consolidate it. In this period, two important legislative reforms were witnessed: The first, in early 1822, which modified the election system and configuration of juror responsibility; and the second, occurring in 1823, which intended to avoid undue delays or possible situations of impunity



# Bereits erschienen

## Rechtskultur Wissenschaft

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010; ISBN 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011; ISBN 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung; 2011; ISBN 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011; ISBN 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Czeguhn/Sánchez Aranda (Hsrg.), Vom Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico ; 2011; ISBN 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

## Rechtskultur Dogmatik

Band 1; Florian Weichselgärtner, Das AGG im Sport: Diskriminierungen im Sport; 2011; ISBN 978-3-86646-402-5; 39,90 Euro

## Edition Rechtskultur

Harald Derschka, Rainer Hausmann, Martin Löhnig (Hrsg.); Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag; 2009; ISBN: 978-3-86646-400-1; Preis: 198,00 EUR

## *Leserservice & Bestellungen*

[www.Edition-Rechtskultur.de](http://www.Edition-Rechtskultur.de)  
eine Reihe der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regenstauf  
E-Mail: [info@Edition-Rechtskultur.de](mailto:info@Edition-Rechtskultur.de)  
Fax. 09402/9337 - 24 • Tel. 09402/9337 - 0