



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 1/2017





Der Rechtsschutz gegen Akte der Kriminalpolizei nach der neuerlichen Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO

Zugleich eine Besprechung von VfSlg 19.991/2015

Reinhard Jantscher*, Graz

Kurztext: Mit Erkenntnis vom 30.6.2015, VfSlg 19.991/2015, hob der VfGH die Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106 Abs 1 StPO auf. Im Aufsatz wird die Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der Rechtslage, die durch die genannte Gesetzesaufhebung entstanden ist, erörtert. Dabei wird folgendes, von der hM abweichendes Ergebnis erzielt: Gegen Akte der Kriminalpolizei steht nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO allgemein die Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu, und zwar auch dann, wenn sie auf einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung beruhen.

Schlagworte: Gewaltenteilung, Staatsgewalten, Staatsanwaltschaft, Hilfsorgan, Kriminalpolizei, Maßnahmenbeschwerde, Einspruch wegen Rechtsverletzung.

I. Ausgangslage und Problemstellung

Der Gesetzgeber ist auch in einem zweiten Anlauf gescheitert, den Rechtsschutz gegen Akte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bei den ordentlichen Gerichten zu konzentrieren: Mit Erkenntnis vom 30.6.2015, G 233/2014 ua, VfSlg 19.991/2015, hob der VfGH die Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106 Abs 1 StPO auf und beschränkte das dort vorgesehene Rechtsmittel des Einspruches an das Landesgericht auf Akte der Staatsanwaltschaft.

Der VfGH begründete die Entscheidung mit dem Verstoß der Regelung gegen das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG): Die Kompetenz der Verwaltungsgerichte für die Kontrolle von Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Rahmen der Sicherheitspolizei sei nicht klar genug von der Kompetenz der ordentlichen Gerichte zur Kontrolle solcher Akte im Rahmen der Kriminalpolizei abgegrenzt. Der Rechtsschutzsuchende laufe regelmäßig Gefahr, sein Begehren bei einer unzuständigen Behörde anhängig zu machen.

Im Jahr 2010 war die Bestimmung bereits einmal wegen Verstoßes gegen Art 94 B-VG (Trennung von Justiz und Verwaltung) aufgehoben worden.¹ Mit Wirkung vom 1.1.2014 wurde die Bestimmung im Wesentlichen identisch wieder in Kraft gesetzt,² nachdem der neue Art 94 Abs 2 B-VG

* Dr. Reinhard Jantscher ist Rechtsanwaltsanwärter in Graz.

1 VfSlg 19281/2010.

2 BGBl I 195/2013.

die für ihre erste Aufhebung tragenden Bedenken ausgeräumt hatte. Bedenken hinsichtlich des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter waren bereits im Verfahren von 2010 vorgebracht worden; der VfGH konnte die Frage jedoch offen lassen, da die Verfassungswidrigkeit der Regelung bereits aufgrund des Verstoßes gegen den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung feststand. Nun gaben diese Bedenken für die neuerliche Aufhebung der Bestimmung den Ausschlag.

Die Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO hat eine Verschiebung der Zuständigkeit zum Rechtsschutz gegen Akte der Kriminalpolizei zur Folge: Die Kriminalpolizei obliegt den Sicherheitsbehörden und den als deren Hilfsorgane einschreitenden Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 18 StPO), folglich den Verwaltungsorganen (vgl Art 78a B-VG). Zum Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte berufen (Art 130 B-VG).³ § 106 Abs 1 StPO sah davon abweichend gegen Akte der Kriminalpolizei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren das Rechtsmittel des Einspruchs an das Landesgericht vor. Dabei handelte es sich um eine – auf Art 94 Abs 2 B-VG gestützte – Ausnahme von der grundsätzlichen Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Mit dem Wegfall der Ausnahme lebt die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wieder auf. Da kein Fall der Art 131 Abs 2–5 B-VG vorliegt, sind die Landesverwaltungsgerichte zuständig.

§ 106 Abs 1 StPO enthält weiterhin das Rechtsmittel des Einspruches an das Landesgericht gegen Akte der Staatsanwaltschaft. Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bestehen damit zwei Rechtsschutzwege.

Dieser Aufsatz will die Abgrenzung dieser beiden Rechtsschutzwege auf Basis der Rechtslage, die durch die neuerliche Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstanden ist, klären. Dabei kann an die Diskussion angeknüpft werden, die in der Phase zwischen der ersten Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO und der Wiederherstellung dieser Bestimmung, das heißt zwischen Anfang 2011 und Ende 2013, geführt wurde. Die durch die neuerliche Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstandene Rechtslage ist nämlich im Wesentlichen gleich wie die Rechtslage nach der ersten Teilaufhebung.

Allgemein ist zur Abgrenzung zwischen dem Einspruch an das Landesgericht und der Beschwerde an das Verwaltungsgericht (bzw vor 2014 an den UVS) bei dieser Rechtslage Folgendes auszuführen: § 106 Abs 1 StPO enthält nach der Teilaufhebung nur mehr die Staatsanwaltschaft als mögliche Urheberin von Akten, gegen die das Rechtsmittel des Einspruchs zusteht. Dies legt nahe, dass die Abgrenzung der beiden Rechtsschutzwege danach zu erfolgen hat, ob ein Akt der Kriminalpolizei oder ein Akt der Staatsanwaltschaft vorliegt.

Eine entscheidende Rolle spielt daneben die Zurechnung des Aktes zu den Staatsgewalten Justiz oder Verwaltung. Beschwerden an das Verwaltungsgericht sind nur gegen Akte zulässig, die der Staatsgewalt Verwaltung zuzurechnen sind. Die Staatsanwaltschaft gehört nach nunmehr hA⁴ zur

3 Gegen behauptete Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die Verwaltung ist abweichend davon die Beschwerde an die Datenschutzbehörde vorgesehen (§ 31 DSG), gegen deren Bescheid wiederum die Beschwerde an das Verwaltungsgericht offen steht.

4 *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Strafverfolgung auf dem Prüfstand (2012) 33 (39); *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, GS Walter (2013) 819 (821 ff) mit zahlreichen Nachweisen. Die Rsp (VfSlg 19.281/2010; 19.991/2015; OGH 12.12.2012, 15Os152/12k; 15.1.2013, 11Os160/12g) äußert sich nicht deutlich, geht aber implizit von dieser Ansicht aus.

Staatsgewalt Justiz iSd Art 94 B-VG,⁵ die Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, denen die Kriminalpolizei obliegt, grundsätzlich zur Staatsgewalt Verwaltung.⁶ Dies scheint noch keinen Grund für Komplikationen bei der Abgrenzung der Rechtsschutzwege zu bieten: Rechtsmittel gegen Akte der Kriminalpolizei, deren Organe grundsätzlich der Staatsgewalt Verwaltung angehören, sind an das Verwaltungsgericht zu richten, Rechtsmittel gegen Akte des Justizorgans Staatsanwaltschaft an das ordentliche Gericht.

Bereits in der Diskussion über die Verfassungskonformität des § 106 Abs 1 StPO⁷ nach Inkrafttreten der Strafprozessreform 2008⁸ wurde jedoch die Ansicht angedeutet, dass Akte der Kriminalpolizei, die auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, der Staatsgewalt Justiz zuzurechnen seien. Diese Ansicht fand sich auch im Erkenntnis über die erstmalige Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO⁹ und verbreitete sich in der Folge rasch.¹⁰ Rechtsmittel gegen kriminalpolizeiliche Akte, die aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, an die Verwaltungsgerichte sind nach dieser Ansicht ausgeschlossen. Stattdessen soll gegen solche Akte der Kriminalpolizei das Rechtsmittel des Einspruches gem § 106 Abs 1 StPO statthaft sein.

Diese Ansicht beruht auf einer Fortschreibung der Rsp vor der StPO-Reform 2008. In den meisten literarischen Stellungnahmen sowie in beiden § 106 StPO betreffenden Erkenntnissen des VfGH wird die Rechtslage vor der StPO-Reform 2008 mit der nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstehenden Rechtslage ausdrücklich gleichgesetzt. Die Übertragbarkeit jener Rsp, insb im Hinblick auf die geänderte Rollenverteilung im neuen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, wurde allerdings nie näher geprüft.

Im aktuellen Erkenntnis über die neuerliche Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO¹¹ wurde die genannte Ansicht in einem *obiter dictum* bestätigt. Die Abgrenzung der Rechtsschutzwege sei (der VfGH spricht noch mit Blick auf die Vergangenheit, also auf die Rechtslage zwischen der ersten Teilaufhebung und der Wiederherstellung des § 106 Abs 1 StPO) danach zu treffen gewesen, ob die Sicherheitsorgane aus eigener Macht oder aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung bzw im Rahmen einer richterlichen bzw staatsanwaltschaftlichen Ermächtigung tätig wurden. Überdies fügte der VfGH hinzu, dass diese Abgrenzung der Rechtsschutzwege im Hinblick auf das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter zu keinen Bedenken Anlass gegeben habe, da die „zuständige Rechtsschutzinstanz für den Betroffenen insoweit eindeutig erkennbar“ gewesen sei.

Die Auffassung der Rsp und Lehre über die nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO gültige Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren begegnet folgenden Bedenken:

5 Vgl Art 90a B-VG. Die hM geht demzufolge davon aus, dass die Begriffe „Justiz“ und „Gerichtsbarkeit“ vom B-VG synonym verwendet werden.

6 Vgl Art 78a B-VG.

7 Ennöckl, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 409 (420); Venier, Das neue Ermittlungsverfahren: Eine Reform und ihre Mängel, ÖJZ 2009, 591 (594).

8 BGBl I 19/2004, in Kraft ab 1.1.2008.

9 VfSlg 19281/2010.

10 OGH 12.12.2012, 15Os152/12k; 15.1.2013, 11Os160/12g; Reindl-Krauskopf, UVS oder Strafjustiz: Wer kontrolliert die Kriminalpolizei? VfGH G 259/09 und die Folgen, JBl 2011, 345 (347); Bertel/Venier, Strafprozessordnung (2012) § 106 Rz 1a; Thienel in GS Walter 826 ff uva.

11 VfSlg 19.991/2015.

- Erstens fehlt eine Begründung für die Ansicht, dass Akte der Kriminalpolizei, die aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft (bzw – nach Ansicht des VfGH – auch einer richterlichen bzw staatsanwaltschaftlichen Ermächtigung) gesetzt werden, der Staatsgewalt Justiz zuzurechnen seien.
- Zweitens scheint § 106 Abs 1 StPO in der Fassung nach der Teilaufhebung keine Grundlage für Einsprüche gegen Akte der Kriminalpolizei zu bieten, selbst wenn diese aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, es sei denn, man nimmt an, dass die Kriminalpolizei als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft tätig wird und die Staatsanwaltschaft folglich als Urheberin solcher Akte gilt.
- Drittens ist fraglich, ob die von der hM angenommene Abgrenzung der Rechtsschutzwege tatsächlich den Anforderungen des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) entspricht, wenn man den Maßstab des jüngsten Erkenntnisses des VfGH zu § 106 Abs 1 StPO anlegt.

II. Die Rechtslage vor der StPO-Reform 2008

Da die Ansicht der Rsp und Lehre zur Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO im Wesentlichen auf einer Fortschreibung der vor der StPO-Reform 2008 hA beruht, muss eine Kritik jener Ansicht mit einer Darstellung der Rechtslage vor der genannten Reform beginnen.

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren in der Fassung vor der 2008 in Kraft getretenen Reform zeichnete sich nicht nur durch eine Aufteilung in zwei Verfahrensstadien (Vorerhebungen und Voruntersuchung) aus, sondern auch durch ein – von den Verfahrensstadien unabhängiges – Nebeneinander von Kompetenzen zur Setzung von Zwangsakten:

Grundsätzlich war der Untersuchungsrichter (bzw der Erhebungsrichter, dem gem § 88 Abs 2 StPO aF – mit der Einschränkung, dass er nur auf Antrag des Staatsanwaltes tätig werden konnte – alle Kompetenzen des Untersuchungsrichters zukamen) zur Setzung von Zwangsakten kompetent.

Die Sicherheitsbehörde besaß jedoch für den Fall, dass bei Gefahr im Verzug das unverzügliche Einschreiten des Untersuchungsrichters nicht erwirkt werden konnte, eine eigene Kompetenz zur Setzung von Zwangsakten (§§ 24 iVm 141, 177 ua StPO aF).¹² Die Kompetenz des Untersuchungsrichters war im genannten Fall nicht beseitigt, vielmehr lag eine mit der Kompetenz des Untersuchungsrichters konkurrierende Kompetenz¹³ der Sicherheitsbehörde vor: Diese bestand für den Fall, dass der Untersuchungsrichter seine Kompetenz tatsächlich nicht wahrnehmen konnte. Nur in diesem Fall konnte die Kompetenz der Sicherheitsbehörde rechtmäßig ausgeübt werden.

Die StPO regelte nur den Rechtsschutz gegen „*Verfügung[en] oder Verzögerung[en] des Untersuchungsrichters*“ und sah dafür die Beschwerde an die Ratskammer vor (§ 113 Abs 1 StPO aF). Gegen Akte der Sicherheitsbehörden waren hingegen die allgemein gegen Verwaltungsakte zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe – insb die Maßnahmenbeschwerde – zu ergreifen. Entschei-

12 Vgl dazu *Kranewitter*, Sicherheitsbehörden und Strafjustiz (1990) 23 ff, die von einer „*subsidiären Kompetenz*“ spricht (aaO 27 f). Außerdem bestand noch eine Kompetenz der Sicherheitsbehörden, auf Ersuchen des Staatsanwalts Vorerhebungen durchzuführen (§ 88 Abs 1 StPO aF); ihre Zwangsbefugnisse beschränkten sich hierbei jedoch auf die Ladung und Vorführung von Auskunftspersonen (§ 88 Abs 3 StPO aF iVm Art V EGVG aF iVm VStG).

13 Konkurrierende Kompetenzen sind regelmäßig verfassungsrechtlich bedenklich, „*Notkompetenzen*“ wie die im Text besprochene sind jedoch zulässig: *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 158.

dend für den zulässigen Rechtsschutzweg war damit die Zurechnung eines Aktes zum Gericht oder zur Sicherheitsbehörde.

Folgender Umstand führte zu einem Abgrenzungsproblem: Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (im Folgenden werden diese – außer in Überschriften – verkürzend als „Sicherheitsorgane“ bezeichnet) wurden regelmäßig sowohl für den Untersuchungsrichter als auch für die Sicherheitsbehörde tätig. Für Akte dieser Organe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren musste daher eine Regel zur Entscheidung der Frage gefunden werden, wann sie dem Gericht und wann der Sicherheitsbehörde zuzurechnen waren.

Beginnend mit der frühen Zweiten Republik entwickelte der VfGH die folgende Rsp:¹⁴ Akte von Sicherheitsorganen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die auf einem ausdrücklichen richterlichen Befehl beruhten, wurden dem Gericht zugerechnet.¹⁵ Bei einer „Überschreitung“ des richterlichen Befehls (dazu zählte nicht eine einfache Gesetzeswidrigkeit bei seiner Ausführung) sowie in allen anderen Fällen wurde hingegen ein (beim VfGH bekämpfbarer) Akt der Sicherheitsbehörde angenommen.

Dass von Sicherheitsorganen gesetzte Akte nur (bzw immer) dann dem Gericht zugerechnet wurden, wenn sie durch einen ausdrücklichen Willensakt des Untersuchungsrichters beauftragt waren, war nachvollziehbar: Der Untersuchungsrichter hatte die Voruntersuchung eigentlich „*persönlich und unmittelbar*“ zu führen (§ 93 Abs 1 StPO aF). Die Sicherheitsorgane waren keine „regulären“ Hilfsorgane des Untersuchungsrichters. Sie konnten nur gestützt auf § 26 Abs 1 StPO aF, der eine allgemeine Amtshilfeverpflichtung enthielt,¹⁶ herangezogen werden.¹⁷ § 26 Abs 1 StPO aF sah ein ausdrückliches Ersuchen vor. Für ein Einschreiten von Sicherheitsorganen im Namen des Untersuchungsrichters ohne dessen ausdrückliches Ersuchen bestand keine Grundlage. Damit war auch die Zurechnung der Akte von Sicherheitsorganen zum Untersuchungsrichter auf den Fall beschränkt, in dem ein ausdrückliches Ersuchen desselben vorlag. Andererseits schied eine Zurechnung zur Sicherheitsbehörde aus, wenn Sicherheitsorgane Kompetenzen des Untersuchungsrichters ausübten.

14 Erste Ansätze in VfSlg 1808/1949; 1980/1950; entscheidende Weiterentwicklungen in VfSlg 3916/1961; 5012/1965.

15 Außerdem durfte der richterliche Befehl den ausführenden Organen keinen (vgl VwGH 6.10.1999, 99/01/0120) oder – nach anderer Ansicht – nur wenig Entscheidungsspielraum lassen (*Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 [625]; unklar *Jabloner*, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533 [534]).

16 § 26 Abs 1 S 1 StPO aF lautete: „Die Strafgerichte sind berechtigt, zur Durchführung der Strafrechtspflege mit allen Dienststellen der Gebietskörperschaften, mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes sowie mit den von ihnen betriebenen Anstalten unmittelbares Einvernehmen durch Ersuchen zu pflegen.“ Ob in Ausübung von Amtshilfe gem Art 22 B-VG gesetzte Akte dem ersuchten oder dem ersuchenden Organ zuzurechnen sind, ist strittig (vgl *Wiederin* in *Korinek/Holoubek et al.* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht [1. Lfg 1999] Art 22 B-VG Rz 16). Auf § 26 StPO wurden beide Varianten nebeneinander gestützt: Einerseits die im Text besprochene unmittelbare Heranziehung von Sicherheitsorganen durch den Untersuchungsrichter, andererseits Ersuchen an die Sicherheitsbehörden zur Durchführung bestimmter Akte, insb von Vernehmungen, welche dann der Sicherheitsbehörde und nicht dem Gericht zugerechnet wurden (*Lendl* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung [2005] § 26 StPO Rz 19 f). Als für die Abgrenzung der beiden Fälle entscheidendes Kriterium wurde angesehen, ob das ersuchte Organ einen Entscheidungsspielraum bei der Durchführung besaß oder nicht (siehe die vorige FN).

17 Im Wirkungsbereich der Gendarmerie konnte (bis zu ihrer Abschaffung) deren unmittelbare Heranziehung überdies auf das Gendarmeriegesetz (Gesetz vom 25. Dezember 1894, betreffend die Gendarmerie der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1/1895, aufgehoben durch BGBl I 151/2004, außer Kraft getreten mit 30.6.2005) gestützt werden. § 7 S 1 Gendarmeriegesetz bestimmte: „Die Gerichte und Staatsanwaltschaften sind berechtigt, die Dienstleistung der Gendarmerie unmittelbar in Anspruch zu nehmen.“ Auch diese Norm enthielt keine Kompetenz der Gendarmerie zu einem Einschreiten für den Untersuchungsrichter ohne ausdrückliche Inanspruchnahme.

Vieles sprach daher für die vom VfGH gefundene Lösung (die dieser nie begründete). Sie war jedoch mit folgenden Problemen verbunden: Gegen die dem Gericht zugerechneten Akte stand kein Rechtsschutz zur Verfügung. § 113 Abs 1 StPO aF gewährte Rechtsschutz gegen „*Verfügung[en] und Verzögerung[en] des Untersuchungsrichters*“, nicht aber gegen Akte der von ihm beauftragten Organe. Die naheliegende, rechtsschutzfreundliche Lösung, solche Akte als Akte des Untersuchungsrichters anzusehen, wurde nicht gewählt.¹⁸ Der Betroffene eines von Sicherheitsorganen im Auftrag des Untersuchungsrichters gesetzten Zwangsaktes erlangte damit im Ergebnis nur Rechtsschutz, wenn im Verfahren über die Maßnahmenbeschwerde eine Überschreitung des richterlichen Befehls festgestellt wurde. „*Die Modalitäten und die näheren Umstände*“ der Ausführung eines richterlichen Befehls waren hingegen nach stRsp einer Prüfung im Rahmen einer Maßnahmenbeschwerde entzogen.¹⁹

Weiters ließ der VfGH eine formfreie, rein behördeninterne, auch mündliche Beauftragung der Sicherheitsorgane durch den Untersuchungsrichter für eine Zurechnung der beauftragten Akte zum Gericht genügen.²⁰ Dem Betroffenen konnten daher die tatsächliche Zurechnung der Akte und damit der ihm offen stehende Rechtsschutzweg leicht verborgen bleiben; selbst nach Sichtung der Akten und Einvernahme der Beteiligten im Verfahren war eine Klärung oft schwierig.²¹

Schließlich war nicht näher bestimmt,

- wie stark ein richterlicher Befehl das Einschreiten der beauftragten Organe determinieren musste, um Zurechnung zum Gericht zu bedingen;
- wann eine Überschreitung eines richterlichen Befehls vorlag; sowie
- welche Handlungen, die für die Vorbereitung und Unterstützung des beauftragten Aktes gesetzt wurden, noch dem Gericht zuzurechnen waren.

Bei der Beurteilung der zuletzt genannten Fragen schwankte die Judikatur erheblich.^{22,23}

18 Vgl den in VfSlg 18152/2007 zitierten Beschluss der Ratskammer beim LGS Wien und *Kranewitter*, Sicherheitsbehörden 48.

19 VfSlg 11.524/1987; 11783/1988; 11961/1989; VwGH 17.5.1995, 94/01/0763; 23.9.1998, 97/01/1084; 16.2.2000, 96/01/0233.

20 Grundlegend VfSlg 3916/1961; vgl auch VfSlg 10669/1985, 12299/1990 und 12300/1990.

21 Vgl VfSlg 3916/1961: Der Beschwerdeführer wandte sich gegen die Beschlagnahme von Stacheldraht durch einen Gendarmen. Der Gendarm sagte vor dem VfGH aus, er habe einen mündlichen Auftrag zur Beschlagnahme vom Bezirksrichter erhalten. Dieser konnte sich nicht daran erinnern, und es gab auch keinen Vermerk in den Gerichtsakten. Da die Gendarmerie den Befehl im Stationsdienstbuch eingetragen hatte, glaubte der VfGH dem Gendarmen und rechnete sein Handeln dem Gericht zu: „*Daran ändert der Umstand nichts, daß die gerichtliche Verfügung möglicherweise nicht in der erforderlichen Form ergangen ist. Es genügt, daß jedenfalls ein richterlicher Auftrag erteilt wurde.*“

22 Eine Überschreitung des richterlichen Befehls lag, wie oben ausgeführt, nach einer häufig wiederkehrenden Formel der Rsp nicht vor, soweit Gesetzeswidrigkeiten bei der Ausführung des Befehls nur „*Modalitäten und nähere Umstände*“ betrafen (siehe die Nachweise in FN 19), zB die Verhältnismäßigkeit des Einschreitens (VwGH 7.10.2010, 2008/17/0222). Dementsprechend sprach der VwGH in einer Entscheidung aus, im Wege einer Maßnahmenbeschwerde könnte die „*Anzahl der einschreitenden Beamten, der Einsatz von Suchtgifthunden oder die behauptetermaßen mit einer Verwüstung endende Durchsuchung von Möbeln und Kästen*“ im Rahmen einer richterlich angeordneten Hausdurchsuchung nicht aufgegriffen werden (VwGH 23.9.1998, 97/01/1084). In einer anderen Entscheidung wurde es hingegen – trotz Anführung der Formel von den „*Modalitäten und näheren Umständen*“ – als Überschreitung des richterlichen Befehls angesehen, eine Garagentüre und einen LKW im Zuge einer Hausdurchsuchung aufzubrechen, ohne vorher nach den Schlüsseln zu fragen (VwGH 6.7.1999, 96/01/0061). Was dieses Vorgehen von einer „bloßen“ Unverhältnismäßigkeit und damit einer bloßen rechtswidrigen Modalität des Einschreitens unterscheidet, ist unerfindlich. Tatsächlich ist die Unterscheidung zwischen der Überschreitung eines richterlichen Befehls und einer bloßen Gesetzeswidrigkeit bei seiner Ausführung gar keiner präzisen Abgrenzung durch eine abstrakte Formel, die zu vorhersehbaren Ergebnissen führt, zugänglich.

23 Nach den Formeln der Rsp deckte ein richterlicher Befehl auch nicht ausdrücklich angeordnete Maßnahmen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks des richterlichen Befehls erforderlich waren, und sie auf ihre „*dienende*“

III. Die Rollenverteilung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der StPO-Reform 2008 und ihre Bedeutung für den Rechtsschutz

A. Grundlagen

Erklärtes Ziel der Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens war die Schaffung eines einheitlichen Rechtsschutzsystems, womit die genannten Probleme der Vergangenheit angehören sollten.²⁴ Mit § 106 StPO nF wurde das Rechtsmittel des Einspruches geschaffen, das gegen alle Akte der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, unabhängig von deren Form, Rechtsschutz bieten sollte.

Die (erneute) Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO stellt die Konkurrenz der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wieder her. Die Bemühungen des Gesetzgebers sind damit jedoch nicht vollständig auf ihren Ausgangspunkt zurückgeworfen. Die Abgrenzung der Rechtsschutzwege nach der durch die Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstandenen Rechtslage knüpft ähnlich wie vor der StPO-Reform 2008 an die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde bzw einer Staatsgewalt an. Das Problem der Abgrenzung der Rechtsschutzwege hängt folglich weiterhin mit dem Problem der Abgrenzung von Kompetenzen zusammen. Zu beachten ist daher die gänzlich neue Rollenverteilung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die die StPO-Reform 2008 brachte:

An die Stelle der Konkurrenz der Kompetenzen des Untersuchungsrichters und der Sicherheitsbehörde zur Setzung von Ermittlungsakten trat die – im Detail deutlich anders geartete – Konkurrenz der Kompetenzen der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft (§§ 99 Abs 1, 103 StPO).²⁵ Grundsätzlich werden Ermittlungsmaßnahmen von der Kriminalpolizei gesetzt (§ 99 Abs 1 StPO). Daneben kann die Staatsanwaltschaft auch selbst Ermittlungen durchführen (§ 103 Abs 2 StPO);²⁶ die Anwendung physischen Zwanges ist allerdings der Kriminalpolizei vorbehalten (§ 93 StPO *e contrario*); außerdem ist bei vielen Ermittlungsmaßnahmen ausdrücklich festgelegt, dass sie durch die Kriminalpolizei zu setzen sind (zB in §§ 110 Abs 2, 171 Abs 1 StPO).²⁷ Abgesehen von ihrer eingeschränkten Kompetenz zur selbständigen Setzung von Ermittlungsakten obliegt es der Staatsanwaltschaft, das Ermittlungsverfahren zu leiten. Zu diesem Zweck erteilt sie der Kriminalpolizei Anordnungen. Viele Zwangsmaßnahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens dürfen von der Kriminalpolizei nur aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung gesetzt wer-

Funktion“ beschränkt blieben, ihnen also „kein eigenständiger Charakter“ zukam (VfSlg 19563/2011; VwGH 6.12.2007, 2004/01/0133; 7.10.2003, 2001/01/0311); die entsprechende Grenze wurde sehr uneinheitlich gezogen (sehr weit zB VfSlg 9585/1982; VwGH 23.9.1998, 97/01/1084; 7.10.2003, 2001/01/0311: zeitweilige Anhaltung bzw Durchsuchung von in zu durchsuchenden Räumlichkeiten aufhältigen Personen sowie sonstige Verhaltensanordnungen an solche; sehr eng VfSlg 9491/1982; VwGH 15.11.2000, 2000/01/0065: Hausdurchsuchung an der Adresse eines Festzunehmenden zum Zwecke der Festnahme nicht von richterlichem Befehl umfasst; gleiches Ergebnis bei VwGH 30.4.2009, 2007/05/0266: Ermittlung des Inhabers einer IP-Adresse zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen eines gerichtlichen Haftbefehls).

24 Vgl bereits die rechtspolitischen Überlegungen von *Frishenschlager/Grof*, Aktuelle Probleme des strafrechtlichen Vorverfahrens, JBl 1988, 678 (687 f), die in der Regierungsvorlage zum StPRG 2004 zitiert werden (ErläutRV 25 BlgNR, 22. GP 143); vgl weiters *Miklau/Szymanski*, Strafverfahrensreform und Sicherheitsbehörden – eine Nahtstelle zwischen Justiz- und Verwaltungsrecht, in FS Pallin (1989), 249 (272 ff); *Pleischl*, Einführung in den Entwurf des Bundesministeriums für Justiz zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Strafverfahren – Menschenrechte – Effektivität. Ministerialentwurf 2001 für eine Vorverfahrensreform (2001) 63 (81); „zentrales Anliegen des Entwurfes“ (gemeint war der Ministerialentwurf JMZ 578.017/10-II.3/2001).

25 Eingeschränkte Ermittlungskompetenzen besitzt außerdem das Gericht (§§ 104, 105 Abs 2 StPO).

26 Der Gesetzgeber dachte, als er der Staatsanwaltschaft die Kompetenz zu Ermittlungsmaßnahmen einräumte, vor allem an Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten durch dieselbe; vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 138.

27 *Tauschmann* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), StPO Strafprozessordnung Kommentar I (2013) § 103 Rz 7.

den; im Übrigen liegt es im Ermessen der Staatsanwaltschaft, durch Anordnungen die Tätigkeit der Kriminalpolizei zu determinieren (vgl § 101 Abs 4 StPO).

Das Problem der Abgrenzung der Rechtsschutzwege trat bei der Rechtslage vor der StPO-Reform 2008 bei Akten auf, die von Sicherheitsorganen gesetzt wurden. Bei diesen Akten war unklar, ob sie der Sicherheitsbehörde oder dem Untersuchungsrichter (und damit dem Gericht) zuzurechnen waren. Zu prüfen ist, ob und in welcher Form dieses Problem bei der neuen Rechtslage auftritt:

Voraussetzung für das Auftreten des Problems ist, dass Sicherheitsorgane im reformierten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren weiterhin nicht nur für die Sicherheitsbehörde, sondern auch für eine weitere Behörde als Hilfsorgane einschreiten können. Hier kommt insb die Staatsanwaltschaft in Betracht.²⁸ Denkbar wäre aber auch die Variante, dass die Sicherheitsbehörde in bestimmten Fällen selbst als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft tätig wird und die der Sicherheitsbehörde unterstellten Sicherheitsorgane damit indirekt als Hilfsorgane für die Staatsanwaltschaft einschreiten.

B. Die bei kriminalpolizeilichen Akten möglichen Zurechnungsketten, oder: Wer ist wessen Hilfsorgan?

1. Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als Hilfsorgane der Sicherheitsbehörde

Gem § 18 Abs 2 StPO obliegt Kriminalpolizei den Sicherheitsbehörden. Diese sind damit Behörden der Kriminalpolizei; alle Akte der Kriminalpolizei werden im Namen der jeweils zuständigen²⁹ Sicherheitsbehörde gesetzt. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes verstehen gem § 18 Abs 3 StPO „den kriminalpolizeilichen Exekutivdienst“. Damit ist gemeint, dass die Sicherheitsorgane im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – analog dem SPG – als Hilfsorgane der „Sicherheits- als Kriminalpolizeibehörde“³⁰ (im Folgenden einfach: Sicherheitsbehörde) tätig werden.³¹

Im Unterschied zur alten Rechtslage besitzen die Sicherheitsbehörden umfassende Kompetenzen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Die Sicherheitsorgane können alle in der StPO geregelten kriminalpolizeilichen Befugnisse im Namen der Sicherheitsbehörde wahrnehmen, ausgenommen jener Befugnisse, die einen „*formalen Rechtsakt einer Behörde erfordern*“³² (zB Ladungen zur Vernehmung gem § 153 Abs 2 StPO). Die Sicherheitsorgane können ohne ausdrücklichen Auftrag der Sicherheitsbehörde tätig werden.

28 Im Fall des § 105 Abs 2 StPO kommt auch das Gericht in Betracht; da die dort geregelte Kompetenz des Gerichts zur Erteilung von Anordnungen an die Kriminalpolizei der entsprechenden Kompetenz der Staatsanwaltschaft nachgebildet ist, dürfte das zur Staatsanwaltschaft Ausgeführte für das Gericht sinngemäß gelten, weshalb darauf hier nicht näher eingegangen wird.

29 Gem § 14 Abs 1 SPG sind genaunommen die Sicherheitsbehörden jeder Instanz (Bundesminister für Inneres, Landespolizeidirektion, Bezirksverwaltungsbehörde) innerhalb ihres örtlichen Wirkungsbereiches parallel zuständig. Dies gilt auch für die Kriminalpolizei, da § 18 Abs 2 StPO auf die Zuständigkeitsregeln des SPG verweist. Für die Zwecke dieser Arbeit muss auf diese Besonderheit nicht näher eingegangen werden.

30 *Vogl*, Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Beschuldigter im reformierten Strafprozess, in FS Fuchs (2014) 641 (644 f).

31 Vgl ErläutRV 2402 BlgNR 24. GP 4.

32 *Vogl* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand 1.6.2014, rdb.at) § 18 StPO Rz 11.

2. Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als (unmittelbare) Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft?

Ein unmittelbares Tätigwerden von Sicherheitsorganen als Hilfsorgane für die Staatsanwaltschaft – unter Umgehung der Sicherheitsbehörde – sieht die StPO grundsätzlich nicht vor.³³ Anordnungen gem § 102 StPO richten sich an die Sicherheitsbehörde, nicht aber unmittelbar an Sicherheitsorgane.³⁴

Hinzuweisen ist auf den deutlichen Unterschied zwischen dem Verhältnis des Untersuchungsrichters zu Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorganen nach alter Rechtslage einerseits und dem Verhältnis der Staatsanwaltschaft zu Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorganen nach der StPO-Reform 2008 andererseits: Der Untersuchungsrichter hatte nach alter Rechtslage das Ermittlungsverfahren persönlich und unmittelbar zu führen (§ 93 Abs 1 StPO aF) und besaß umfassende Zwangskompetenzen, zu deren Durchsetzung er idR Sicherheitsorgane heranzog. Die Sicherheitsbehörde hatte im Bereich der Tätigkeit des Untersuchungsrichters keine Kompetenzen. Akte von Sicherheitsorganen waren direkt dem Untersuchungsrichter zuzurechnen. Die Staatsanwaltschaft besitzt hingegen nach neuer Rechtslage keine eigenen Zwangskompetenzen; hält sie einen Zwangsakt für angezeigt, hat sie eine (gegebenenfalls gerichtlich zu bewilligende) Anordnung an die Kriminalpolizei – genauer: an die Sicherheits- als Kriminalpolizeibehörde – zu richten, für die wiederum Sicherheitsorgane einschreiten. Eine Zurechnung von Akten der Sicherheitsorgane zur Staatsanwaltschaft könnte nur über den Umweg der Sicherheitsbehörde begründet werden. Ob eine solche Zurechnungskette in bestimmten Fällen anzunehmen ist, wird im folgenden Abschnitt geprüft.

3. Sicherheitsbehörden als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft?

Würden die Sicherheitsbehörden in bestimmten Fällen als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft handeln (anders formuliert: würden sie im Namen der Staatsanwaltschaft handeln, wäre ihr Handeln der Staatsanwaltschaft zuzurechnen) würde dies bedeuten, dass die den Sicherheitsbehörden unterstellten Sicherheitsorgane in diesen Fällen indirekt Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft wären. Bei jedem konkreten Akt eines Sicherheitsorgans wäre dann die Frage zu entscheiden, ob er im Namen der Sicherheitsbehörde erfolgt oder ob die Zurechnungskette von dieser zur Staatsanwaltschaft weiterverläuft. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Fällen würde dann der Abgrenzung zweier verschiedener Rechtsschutzwege entsprechen. Zur Konstellation, in der Akte eines Sicherheitsorgans entweder direkt der einen Behörde oder direkt der anderen Behörde zuzurechnen sind (wie dies beim Problem der Abgrenzung der Zurechnung zur Sicherheitsbehörde und der Zurechnung zum Untersuchungsrichter nach der alten Rechtslage der Fall war), besteht hinsichtlich des Problems der Abgrenzung der Rechtsschutzwege kein wesentlicher Unterschied.

33 Denkbar wäre, in Fortschreibung der Ansicht zu § 26 StPO aF (siehe FN 16) ein unmittelbares Tätigwerden von Sicherheitsorganen für die Staatsanwaltschaft auf § 76 Abs 1 StPO (Amts- und Rechtshilfe) zu stützen. Ersuchen gem § 76 Abs 1 StPO sind von Anordnungen gem § 102 StPO zu unterscheiden (ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 109 f). Die Staatsanwaltschaft könnte gem § 103 Abs 2 StPO eine Ermittlungsmaßnahme selbst setzen und dabei Sicherheitsorgane unter Berufung auf § 76 Abs 1 StPO zur Unterstützung in Anspruch nehmen. Aufgrund der beschränkten Kompetenzen der Staatsanwaltschaft zur Setzung von Ermittlungsmaßnahmen, insb hinsichtlich der Ausübung physischen Zwangs, dürfte dieser Fall jedoch kaum praktische Bedeutung besitzen.

34 Bertel/Venier, StPO § 18 Rz 2.

Lehre und Rsp enthalten Anhaltspunkte für die Auffassung, dass die Sicherheitsbehörden in bestimmten Fällen im Namen der Staatsanwaltschaft (als Hilfsorgane derselben) einschreiten: Nach der in Kap I. wiedergegebenen hM sind Akte der Kriminalpolizei, die aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, der Justiz zuzurechnen; der Rechtsschutz dagegen soll sich auch nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO nach dieser Bestimmung richten. Eine Begründung für diese Ansicht fehlt. Die Ansicht wirft einerseits die Frage auf, warum die Akte der Kriminalpolizei – deren Organe grundsätzlich zur Staatsgewalt Verwaltung gehören – der Justiz zuzurechnen sein sollen. Andererseits ist fraglich, warum der Rechtsschutz des § 106 Abs 1 StPO offenstehen soll, obwohl dort die Wendung „*Kriminalpolizei oder*“ aufgehoben wurde und nur mehr die Staatsanwaltschaft als mögliche Urheberin von Akten, gegen die Einspruch erhoben werden kann, genannt ist.

Die hM erscheint nachvollziehbar, wenn man ihr die Überlegung unterstellt,³⁵ wonach die Sicherheitsbehörde selbst zum Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft wird, wenn sie eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ausführt. Nach dieser Ansicht würde eine Zurechnungskette vom Sicherheitsorgan, das einen Akt setzt, zur Sicherheitsbehörde (die ihre Behördenstellung einbüßt und zum Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft wird) und von dieser weiter zur Staatsanwaltschaft verlaufen. Der auf Anordnung der Staatsanwaltschaft durch die Kriminalpolizei gesetzte Akt würde damit als Akt der Staatsanwaltschaft, und da diese zur Staatsgewalt Justiz zählt, als Justizakt gelten. Die weiteren Schlüsse wären zwingend: Aufgrund der Zurechnung zur Staatsanwaltschaft wäre einerseits der Rechtsschutz des § 106 Abs 1 StPO eröffnet, andererseits aufgrund der Zurechnung zur Staatsgewalt Justiz die Maßnahmenbeschwerde ausgeschlossen.

Dafür, dass die Sicherheitsbehörde ihre Behördenstellung einbüßt, wenn sie eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ausführt, ergeben sich allerdings in der StPO keine Anhaltspunkte. Statt aus dem konkreten Gesetz könnte sich dies auch aus einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzip ergeben, das lautet: Ein Akt ist dem Organ als Behörde zuzurechnen, das den Willen zur Setzung des Aktes gebildet hat. Ein solches Prinzip existiert allerdings nicht: Welches Organ in einer Angelegenheit Behörde ist (in wessen Namen ein Staatsakt zu setzen ist), ist im Gesetz festzulegen.³⁶ Dabei existiert auch kein verfassungsrechtliches Gebot, das Organ, das den Willen zu einem Akt bildet, zur Behörde in der Angelegenheit zu erklären. Aufgrund der umfassenden Weisungsbindung (Art 20 Abs 1 B-VG) kann es in den meisten Angelegenheiten vorkommen, dass eine höhere Behörde Akte von niederen Behörden determiniert. In – soweit ersichtlich – keinem Fall wurde vertreten, dass eine Weisung dazu führt, dass der der Weisung entsprechende Akt als im Namen der höheren, im Einzelfall die Weisung erteilenden Behörde gesetzt gilt. Umgekehrt können insb Sicherheitsorgane den Willen zu zahlreichen Akten selbstständig bilden (vgl die in §§ 32 ff SPG aufgezählten Befugnisse), ohne dass sie deswegen als Behörden angesehen werden.

Die Auslegung der StPO und allgemeine verwaltungsrechtliche Überlegungen führen damit zum Ergebnis, dass die Sicherheitsbehörde nicht als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft einschreitet, wenn sie Anordnungen der Staatsanwaltschaft ausführt, sondern dass sie Zurechnungsendpunkt der von ihr bzw den ihr unterstellten Sicherheitsorganen gesetzten Akte bleibt.

35 Einzig *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand 1.2.2012, rdb.at) § 4 StPO Rz 52 nimmt eine Zurechnung von auf einer staatsanwaltlichen Anordnung beruhenden Akten der Kriminalpolizei nicht nur zur Staatsgewalt Justiz, sondern ausdrücklich auch zur Behörde Staatsanwaltschaft an.

36 *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 138.

C. Die Konsequenzen für den Rechtsschutz

Es konnte gezeigt werden, dass Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorgane in keinem Fall,³⁷ insb nicht im Fall der Ausführung staatsanwaltschaftlicher Anordnungen, als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft tätig werden. Vielmehr ist die Sicherheitsbehörde der Zurechnungsendpunkt aller kriminalpolizeilichen Akte.

Ein Problem der Abgrenzung der Rechtsschutzwege, das mit dem vor der StPO-Reform 2008 bestehenden vergleichbar wäre, kann demzufolge nicht vorliegen: Die Sicherheitsbehörde ist eine Verwaltungsbehörde, und alle von ihr oder in ihrem Namen gesetzten Akte sind Verwaltungsakte. Dagegen sind also die allgemein gegen Verwaltungsakte offenstehenden Rechtsbehelfe zu ergreifen (insb die Beschwerde an das Verwaltungsgericht). Nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO werden diese Rechtsbehelfe nicht mehr vom Einspruch an das Landesgericht verdrängt.

Der Einspruch an das Landesgericht steht hingegen ausschließlich gegen Akte der Staatsanwaltschaft offen. Ob ein kriminalpolizeilicher Akt auf einer Anordnung der Staatsanwaltschaft beruht, ist irrelevant. Auch gegen einen solchen kriminalpolizeilichen Akt steht der Einspruch an das Landesgericht nicht offen.

Wie die hL und Rsp zu einem anderen, unzutreffenden Ergebnis kamen, wird im folgenden Kapitel gezeigt. Schließlich wird noch zu zeigen sein, dass die hier vertretene Ansicht der Überprüfung anhand zweier einschlägiger Verfassungsgrundsätze standhält, und dass sie sich auch bewährt, wenn es zu einem Nebeneinander von Rechtsschutzverfahren vor dem Strafgericht und dem Verwaltungsgericht kommt.

IV. Die unrichtige Basis der hM: Die Lehre von den „*abgeleiteten richterlichen Akten*“ bzw der „*funktionellen Zurechnung*“ („Zurechnung kraft Auftrags“)

A. Grundlagen

Die hM, wonach auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzte Akte der Kriminalpolizei der Justiz zuzurechnen und Rechtsschutz dagegen nach § 106 StPO zu suchen sei, erscheint im Lichte der oben angestellten Überlegungen als unzutreffende Fortschreibung der Rsp zum strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vor der StPO-Reform 2008. Die unzutreffende Fortschreibung scheint darauf zu beruhen, dass die veränderte Rollenverteilung im reformierten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht beachtet wurde; was für das Verhältnis zwischen Untersuchungsrichter und Sicherheitsorganen galt, scheint zu Unrecht auf das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörden sowie -organen übertragen worden zu sein. Es wird gezeigt werden, dass diese Annahmen im Wesentlichen zutreffen, allerdings liegen die Dinge komplizierter.

Einer Aufarbeitung bedarf die Lehre von der „*funktionellen Zurechnung*“ bzw der „*abgeleiteten richterlichen Akte*“. Neben dem Handeln der Organe, bei denen sich nachweisen lässt, dass sie der Gesetzgeber grundsätzlich als Justizorgane einrichten wollte (Gerichte, Staatsanwaltschaften, Richter, Rechtspfleger etc) rechnen Lehre und Rsp auch das Handeln bestimmter anderer Organe

37 Außer möglicherweise im theoretischen Fall der Amtshilfe für die Staatsanwaltschaft gem § 76 Abs 1 StPO (siehe FN 33).

der Justiz zu, nämlich wenn sie als „*verlängerter Arm*“³⁸ der Justiz in deren Auftrag tätig werden.³⁹ Ebenso rechnete der VfGH in einem Fall das Handeln von Verwaltungsorganen im Auftrag eines Organs der Gesetzgebung dieser zu.⁴⁰ Selbst die Zurechnung des Handelns von Justizorganen zur Verwaltung in vergleichbaren Fällen wird diskutiert.⁴¹ Der zugrunde liegende Gedanke wurde vom VfGH in folgendem Rechtssatz am deutlichsten ausgesprochen: „*Werden Organe einer Staatsfunktion im Auftrag einer anderen tätig, werden sie nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes jener Staatsfunktion zugerechnet, in deren Auftrag sie handeln.*“⁴² Im Folgenden wird angelehnt an die Formulierung in diesem Rechtssatz – und abweichend von den weniger treffenden Begriffen der Lehre und Rsp – von der „Zurechnung kraft Auftrags“ gesprochen.⁴³

Es ist zu prüfen, inwieweit der Rechtssatz von der Zurechnung kraft Auftrags die hM zur Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren stützen kann. Diese Prüfung setzt die Klärung der genauen Bedeutung des Rechtssatzes sowie der Frage, ob der Rechtssatz tatsächlich zutrifft, voraus.

Der Rechtssatz enthält ausdrücklich nur eine Aussage über die Zurechnung von Staatsorganen zu den Staatsgewalten. Damit wirft der Rechtssatz die Frage auf, welche Folgen diese Zurechnung von Staatsorganen für die Zurechnung von Staatsakten hat. Im Zusammenhang der zitierten Erkenntnisse ging es um die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde gegen bestimmte Staatsakte. Entscheidend für die Zulässigkeit war die Zurechnung der angefochtenen Akte zur Staatsgewalt Verwaltung. Der VfGH folgte aus der Zurechnung der handelnden Organe zu einer bestimmten Staatsgewalt ohne weiteres die Zurechnung der fraglichen Staatsakte zur selben Staatsgewalt. Stellt man die Zurechnung von Staatsakten in den Vordergrund, kann der Rechtssatz daher wie folgt formuliert werden: Staatsakte werden jener Staatsfunktion zugerechnet, in deren Auftrag sie gesetzt werden.

Damit gerät der Rechtssatz in Konflikt mit der sonst allgemein vertretenen Ansicht, demzufolge ein Akt jener Staatsgewalt zuzurechnen ist, deren Organe den Akt setzen.⁴⁴ Nach dieser Ansicht muss für die Zurechnung eines Aktes zu einer Staatsgewalt geprüft werden, welches Organ den Akt setzt; offen ist bei dieser Formulierung der Ansicht nur, ob das Organ, das den Akt tatsächlich setzt (uU ein Hilfsorgan) oder das Organ, dem der Akt (letztendlich) zugerechnet wird (also die Behörde) gemeint ist. Für den Ansatz beim Organ, das einen Auftrag zur Setzung des Aktes er-

38 So Funk, Die „Anwendung (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in FS Hellbling (1981) 175 (185) und Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht II. Staatliche Organisation (1998) Rz 26.018 (in der 2. Auflage dieses Werkes [2013] von Adamovich/Funk/Holzinger/Frank wurden diese Ausführungen allerdings gestrichen).

39 Vgl. Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 17 f.; B. Raschauer, Verwaltungsrecht⁴ Rz 205, 962; Jabloner, ÖJZ 1978, 533 ff uva.

40 VfSlg 18406/2008.

41 Martin/Rohregger in Korinek/Holoubek et al., B-VG Art 146 Rz 30 (1. Lfg 1999); Wiederin in Österreichische Juristenkommission 49 f.

42 VfSlg 18366/2008; 18406/2008.

43 Siehe dazu ausführlich Jantscher, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten (in Druck) 41 ff.

44 Antoniolli/Koja, Verwaltungsrecht³, 6 schreiben zB „Verwaltung ist jener Teil der Staatstätigkeit, der durch Verwaltungsorgane besorgt wird“, und an anderer Stelle (aaO 20) „... Verwaltung ist der Tätigkeitsbereich der weisungsgebundenen Staatsorgane“; Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht II² Rz 26.022 lassen eine Aufzählung mit dem Satz „Folgende Rechtsträger und Organe üben Tätigkeiten der Verwaltung aus: ...“ beginnen; Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 42 schreibt: „Gerichtsbarkeit ist Vollziehung durch Richter, Mitwirkende aus dem Volke und die den Richtern in ihrer richterlichen Eigenschaft untergeordneten Organe“ (bis hierher jeweils Hervorhebungen des Autors); Thienel in GS Walter 823 schreibt: „Zur Staatsfunktion ‚Gerichtsbarkeit‘ zählen [...] all jene Handlungen, die von einer nach der Verfassung als Gerichtsorgan qualifizierten Einrichtung gesetzt werden.“

teilt, bleibt kein Platz. Die bisherigen Ausführungen dieser Abhandlung beruhen auf der Ansicht, dass für die Zurechnung eines Staatsaktes zu einer Staatsgewalt die Behörde entscheidend ist, der der Akt zuzurechnen ist (hier bedeutet „Zurechnung“, dass sie als Urheberin des Aktes gilt); der Staatsakt ist jener Staatsgewalt zuzurechnen, der diese Behörde angehört.

Der Rechtssatz von der Zurechnung kraft Auftrags wirft die weitere Frage auf, welche Folgen ein Auftrag im Sinne des Rechtssatzes für die Zurechnung eines Aktes zu einer bestimmten Behörde hat. Auch darüber enthält der Rechtssatz keine ausdrückliche Aussage; die Ergänzung des Rechtssatzes bereitet hier größere Schwierigkeiten. Die Rsp muss sich in den Fällen, in denen es um die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde geht, auf die Frage nicht einlassen, da die Zurechnung bzw Nichtzurechnung eines Aktes zur Staatsgewalt Verwaltung für die Entscheidung ausreicht (anderes gilt bei der Anwendung des § 106 StPO; dazu sogleich). Die Lehre beschäftigt sich nicht mit der Frage.

Nimmt man an, dass ein Auftrag im Sinne des Rechtssatzes die Zurechnung von Staatsakten zu Behörden unberührt lässt, gelangt man für das neue strafrechtliche Ermittlungsverfahren zum Ergebnis, dass die Sicherheitsbehörde, wenn Sie aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft handelt, zwar ihre Stellung als Behörde nicht verliert (sie also weiterhin in eigenem Namen handelt), dass sie aber – da ein Auftrag eines Justizorgans vorliegt – für die Staatsgewalt Justiz tätig wird. Dies könnte die hM über die Abgrenzung der Rechtsschutzwege nur teilweise stützen: Die Zurechnung eines Aktes zur Staatsgewalt Justiz führt in der Tat zur Unzulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde. Der Rechtsschutz des § 106 Abs 1 StPO wird allerdings nicht eröffnet, da dieser einen Akt der Staatsanwaltschaft voraussetzt. Es ist zwar denkbar, die Anordnung der Staatsanwaltschaft zu bekämpfen, nicht aber, den tatsächlichen Akt der Ausführung. Dieser wäre vollständig als Akt der Kriminalpolizei anzusehen; eine zur Staatsanwaltschaft weiterverlaufende Zurechnung begründet diese Ansicht nicht.

Der OGH ging in seinen Entscheidungen über die Zulässigkeit des Einspruchs gem § 106 StPO gegen Akte der Kriminalpolizei, die auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, nicht auf die Frage ein, ob solche Akte der Behörde Staatsanwaltschaft zuzurechnen sind. Die Zurechnung solcher Akte zur Behörde Staatsanwaltschaft war allerdings eine wesentliche Voraussetzung für das Ergebnis des OGH, der die Zulässigkeit des Einspruchs bejahte.⁴⁵

Man könnte annehmen, dass der genannte Rechtssatz verkürzt ist, und ein Auftrag im Sinne des Rechtssatzes nicht nur die Zurechnung des fraglichen Aktes zu einer Staatsgewalt, sondern auch zu einer Behörde bestimmt. Dann ergäbe sich ein Widerspruch zur oben vertretenen Ansicht, wonach im Gesetz festzulegen ist, welches Organ in einer Angelegenheit Behörde ist, und sich dies nicht danach richten muss, welches Organ den Willen zu einem Akt bildet.

Die Frage, in welchem Zusammenhang die auf den zitierten Rechtssatz gestützte Zurechnung von Staatsakten zu Staatsgewalten zur Zurechnung von Staatsakten zu Behörden steht, kann nur gestützt auf die Entwicklung und Begründung des Rechtssatzes beantwortet werden. Überhaupt drängt es sich auf, nach der Begründung des Rechtssatzes von der Zurechnung kraft Auftrags zu fragen: Er führt zu Ergebnissen, die von den oben angestellten, allgemein verwaltungs- und ver-

45 OGH 12.12.2012, 15Os152/12k; 15.1.2013, 11Os160/12g.

fassungsrechtlichen Überlegungen abweichen, und er erscheint als Fremdkörper im sonst vertretenen System der Zurechnung von Staatsakten zu Staatsgewalten bzw Behörden.

Ein Blick in die Vergangenheit klärt das Rätsel von der Zurechnung kraft Auftrags rasch: Der Rechtssatz von der Zurechnung kraft Auftrags stellt das unzutreffende Ergebnis einer Vergröberung der Rsp zur Abgrenzung der Rechtsschutzwege vor der StPO-Reform 2008 dar.

B. Der Gedanke von der „Deckung im richterlichen Befehl“ und seine unrichtige Verallgemeinerung

Oben (Kap II.) wurde ausgeführt, dass das Problem der Zurechnung von Akten der Sicherheitsorgane zur Sicherheitsbehörde bzw zum Untersuchungsrichter nach der alten Rechtslage vom VfGH wie folgt gelöst wurde: Akte von Sicherheitsorganen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die auf einem ausdrücklichen richterlichen Befehl beruhten, wurden dem Gericht zugerechnet; bei einer „Überschreitung“ des richterlichen Befehls (dazu zählte nicht eine einfache Gesetzeswidrigkeit bei seiner Ausführung) sowie in allen anderen Fällen wurde hingegen ein Akt der Sicherheitsbehörde angenommen.

Zweck der vom VfGH entwickelten Rsp war die Abgrenzung der Zurechnung von Akten zu den zwei nach der alten Fassung der StPO konkurrierend zuständigen Behörden, nämlich Sicherheitsbehörde und Strafgericht. An die Zurechnung zu einer dieser beiden Behörden knüpften zwei verschiedene Rechtsschutzwege an. Die Zurechnung zu den Staatsgewalten war mitentscheidend für den zulässigen Rechtsschutzweg. Die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde war aber der Zurechnung zu einer Staatsgewalt logisch vorgeordnet, und außerdem problematischer als diese: Schwierig zu entscheiden war, ob ein Akt der Sicherheitsbehörde oder dem Strafgericht zuzurechnen war; dass in weiterer Folge Akte der Sicherheitsbehörde der Verwaltung und Akte des Strafgerichts der Justiz der zuzurechnen waren, wurde als nicht weiter begründungsbedürftig angesehen.

Dass die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde der Zurechnung zu einer Staatsgewalt logisch vorgeordnet war, wird vor allem in zahlreichen Erkenntnissen des VfGH aus der Zeit von Anfang der 1970er⁴⁶ bis Anfang der 1990er⁴⁷ deutlich. Gegenübergestellt wurden jeweils die Möglichkeiten der Zurechnung zu zwei verschiedenen Behörden.

ZB wurde formuliert, dass ein Staatsakt *„nicht der Verwaltungsbehörde, sondern dem Gericht zuzurechnen ist“*⁴⁸ oder – unter ausdrücklicher Nennung der konkret in Betracht kommenden Behörden: *„Die [...] Hausdurchsuchung [...] ist somit dem Landesgericht Sbg. und nicht der für Th. zuständigen Bezirkshauptmannschaft Sbg. Umgebung als der untersten Sicherheitsbehörde ihres Sprengels zuzurechnen.“*⁴⁹ Die erste ersichtliche Entscheidung, die sich in diesem Aspekt deutlich ausdrückt, verwendet folgende Formulierung: *„Hier hat also der über mündlichen Befehl des Untersuchungs-*

46 Deutlich erstmals – soweit ersichtlich – in VfSlg 6815/1972; 6934/1972; 7203/1973.

47 Deutlich zuletzt – soweit ersichtlich – in VfSlg 12746/1991.

48 VfSlg 10547/1985; 10975/1986; 11695/1988; 11783/1988; 11961/1989; fast wortgleich VfSlg 6829/1972; 8905/1980.

49 VfSlg 9269/1981. Ähnlich VfSlg 6934/1972; 7203/1973; 8248/1978; außerdem 10378/1985 (hier scheiterte die Zurechnung kraft Auftrags, der Akt wurde der BPD Wien zugerechnet) uva.

*richters einschreitende Gendarmeriebeamte nicht als Organ der Bezirkshauptmannschaft, sondern als Organ des Landesgerichts Innsbruck gehandelt.*⁵⁰

Der Staatsgewalt, der die Behörde angehört, wird dann der fragliche Akt zugerechnet. Dies erfolgt regelmäßig unmittelbar und ohne weitere Begründung, zB wenn der VfGH ausführt, eine Beschlagnahme sei „*nicht der belangten Behörde, sondern dem den Auftrag erteilenden Gericht zuzurechnen [...] und als Akt der Gerichtsbarkeit der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof entzogen*“.⁵¹

Die Zurechnung zu einer Behörde stellt in diesen Entscheidungen daher ein Zwischenergebnis dar, das auf dem Weg zur Lösung der Frage, welcher Staatsgewalt ein Staatsakt zuzurechnen ist, gewonnen werden muss.

In der Lehre⁵² sowie in der neuesten Rsp⁵³ (in dieser Hinsicht nicht deutlich formuliert sind die Entscheidungen bis 1970 sowie einige Entscheidungen nach 1990⁵⁴) wurden die Linien der Rsp dahingehend vergrößert, dass nicht mehr die Zurechnung zur Sicherheitsbehörde bzw zum Strafericht gegenübergestellt wurde, sondern die Zurechnung zu den Staatsgewalten Justiz bzw Verwaltung. Ergebnis war der oben zitierte Rechtssatz des VfGH über die Zurechnung zu einer Staatsgewalt kraft Auftrags.

Die Vergrößerung der Linien der Rsp dürfte auf folgendem Umstand beruhen: Für die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde war die Zurechnung zur Staatsgewalt Verwaltung das einzig entscheidende Moment. Die Zurechnung zu einer bestimmten Behörde war irrelevant, da in allen Fällen der VfGH und der VwGH⁵⁵ zur Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden berufen waren.⁵⁶

Vereinfachend konnte daher davon gesprochen werden, dass die Deckung eines Aktes in einem richterlichen Befehl zur Zurechnung des Aktes zur Staatsgewalt Justiz führte, mit der Folge, dass die Maßnahmenbeschwerde unzulässig war. Genaugenommen hätte der Schluss lauten müssen: Ein Sicherheitsorgan wurde gem § 26 Abs 1 StPO aF vom Untersuchungsrichter herangezogen, um für den Untersuchungsrichter einen Akt zu setzen, der in dessen Kompetenz lag. Der Akt des Sicherheitsorgans gilt daher als Akt des Untersuchungsrichters (ist dem Untersuchungsrichter zuzurechnen). Der Untersuchungsrichter ist ein Organ des Gerichts; dieses wiederum gehört zur

50 VfSlg 6815/1972.

51 VfSlg 11961/1989. Ähnlich VfSlg 6829/1972; 9554/1982; 10669/1985.

52 Alle in FN 38, 39 genannten Literaturstellen.

53 VfSlg 18213/2007; 19281/2010; 19563/2011.

54 Bis 1970: VfSlg 1980/1950; 3916/1961; 4360/1963; 4954/1965; 4983/1965; 5012/1965; 6175/1970; nach 1990: VfSlg 12625/1991; 18406/2008; 19709/2012. In diesen Entscheidungen wird nur allgemein ausgesprochen, dass die Maßnahmenbeschwerde gegen „*Maßnahmen im Bereiche der Gerichtsbarkeit*“ (teilweise werden andere, gleichbedeutende Formulierungen verwendet) nicht statthaft ist, aber keine ausdrückliche Aussage getroffen, wonach der fragliche Akt einer bestimmten Behörde bzw einer bestimmten Staatsgewalt zuzurechnen ist. Dass der fragliche Akt einer bestimmten Staatsgewalt zuzurechnen ist, ergibt sich jeweils aus dem Zusammenhang; ob die Zurechnung zu einer Staatsgewalt aus der Zurechnung zu einer Behörde geschlossen wird, ist aufgrund der verkürzten Formulierung nicht eindeutig erschießbar.

55 Mit BGBl 302/1975 (in Kraft getreten am 1.7.1976) wurden VwGH und VfGH ausdrücklich zur Prüfung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt berufen; davor verneinte der VwGH – im Gegensatz zum VfGH – eine solche Zuständigkeit in stRsp.

56 Heute ist dies anders, da sich die Zuständigkeit zur erstinstanzlichen Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden auf die Landesverwaltungsgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesfinanzgericht aufteilt (Art 131 B-VG). Zu einer Abspaltung der Finanzstrafsachen des Bundes kam es bereits bei der Betrauung der UVS mit der Kompetenz zur Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden (Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG idF BGBl 685/1988, in Kraft ab 1.1.1991).

Staatsgewalt Justiz. Es liegt somit ein Akt der Staatsgewalt Justiz vor, weshalb die Maßnahmenbeschwerde – die nur gegen Akte der Verwaltung zusteht – unzulässig ist.

Die Vergrößerung der Linien der Rsp führte solange zu keinen falschen Ergebnissen, als der dadurch gewonnene Rechtssatz nur im alten Ermittlungsverfahren der StPO angewandt wurde. Die Vergrößerung trug jedoch den Keim der Verallgemeinerung in sich, da sie den Bezug der Lösung zur besonderen Konstellation, für die sie entwickelt worden war, verloren gehen ließ. Kernelement dieser Konstellation war, dass die Sicherheitsorgane nach alter Rechtslage im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren als Hilfsorgane zweier verschiedener Behörden, von denen die eine der Staatsgewalt Verwaltung, die andere der Staatsgewalt Justiz angehörte, tätig werden konnten. In Konstellationen, in denen nicht vorgesehen ist, dass Sicherheitsorgane als Hilfsorgane einer anderen Behörde als einer Verwaltungsbehörde tätig werden, stellt sich das der Rsp zugrunde liegende Abgrenzungsproblem gar nicht. Die Zurechnung bestimmter Akte, die von Sicherheitsorganen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gesetzt wurden, zur Staatsgewalt Justiz beruhte darauf, dass nach der alten Rechtslage vorgesehen war, dass die Sicherheitsorgane in bestimmten Fällen als Hilfsorgane des Gerichts einzuschreiten hatten. In Fällen, in denen Sicherheitsorgane Akte setzen, die von einer Justizbehörde beeinflusst werden, die aber nicht der Justizbehörde, sondern einer Verwaltungsbehörde zuzurechnen sind, begründet der ursprüngliche Gedanke der Rsp keine Zurechnung dieser Akte zur Staatsgewalt Justiz.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine eigene Rechtsfigur der „Zurechnung kraft Auftrags“ zu den Staatsgewalten nicht existiert und der davon handelnde Rechtssatz des VfGH nicht zutrifft. Zu unzutreffenden Ergebnissen führte die Anwendung dieses Rechtssatzes in der jüngeren Vergangenheit nicht nur im neuen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, sondern auch – wie vor Kurzem *Kutsche* gezeigt hat – bei auf Beschlüssen des Kartellgerichts gestützten Hausdurchsuchungen der Bundeswettbewerbsbehörde⁵⁷ sowie wohl auch bei der Vorführung von Auskunftspersonen vor einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss durch die politische Behörde.⁵⁸ Tatsächlich als Hilfsorgane des Gerichts schreiten Sicherheitsorgane hingegen im Exekutionsverfahren⁵⁹ sowie bei der Vorführung von Zeugen zur Hauptverhandlung nach § 242 StPO⁶⁰ ein.⁶¹

C. Ergebnis

Die Verallgemeinerung der Lehre von der Zurechnung kraft Auftrags ist unrichtig und abzulehnen. Die Lehre hatte nur im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in der Fassung vor der StPO-Reform 2008 einen Anwendungsbereich. Am oben gewonnenen Ergebnis für den Rechtsschutz im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kann sie daher nichts ändern.

57 *Kutsche*, Rechtsschutz bei der Durchführung kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, ZfV 2015, 56 (66 f).

58 Vgl VfSlg 18406/2008.

59 Erstmals VfSlg 4954/1965.

60 Erstmals VfSlg 6175/1970.

61 Ob in diesen Fällen allerdings auch – wie nach der alten Fassung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – eine die Zurechnung zum Gericht durchbrechende Überschreitung von Aufträgen in Betracht kommt, ist jedoch zweifelhaft: Da in diesen Fällen keine konkurrierende Kompetenz einer Verwaltungsbehörde besteht, besteht auch keine Grundlage für die Zurechnung zu einer Verwaltungsbehörde. Soweit kein Privatexzess vorliegt, kommt daher keine andere Zurechnung als zum Gericht in Betracht.

V. Überprüfung der hier vertretenen Ansicht und der hM anhand einschlägiger Verfassungsgrundsätze

A. Zum Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG)

Die hier vertretene Ansicht, wonach die Sicherheitsbehörden und -organe auch bei der Ausführung einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung für die Staatsgewalt Verwaltung tätig werden, führt zu einer im Hinblick auf den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 Abs 1 B-VG) bedenklichen Konstellation. Die Anordnung der Staatsanwaltschaft stellt, legt man die hier vertretene Ansicht zugrunde, eine gewaltenübergreifende Weisung dar. Eine solche ist nach stRsp unzulässig.⁶²

Die Einhaltung des Trennungsgrundsatzes im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren war bereits bisher Gegenstand ausführlicher Diskussion. Die im vorigen Kapitel widerlegte „Zurechnung kraft Auftrags“ wurde dabei häufig als zulässige Umgehung des Trennungsgrundsatzes angesehen. Ein Verstoß gegen das Verbot gewaltenübergreifender Weisungsverhältnisse wird bei Zurechnung kraft Auftrags aufgrund folgender Argumentation verneint: Das Verwaltungsorgan, das den Auftrag des Gerichts erhält, wird aufgrund der Zurechnung selbst zum Justizorgan. Der Auftrag verlässt folglich nicht die Sphäre der Staatsgewalt Justiz.^{63,64}

Diese Argumentation trifft im Hinblick auf das Verbot gewaltenübergreifender Weisungsverhältnisse zu. Sie übersieht jedoch, dass das Verbot von gewaltenübergreifenden Weisungen nicht der einzige Gehalt des Trennungsgrundsatzes ist:

Die Zurechnung kraft Auftrags führt zum Musterfall einer „Mischbehörde“. Die Verwaltungsbehörde wird aufgrund der Zurechnung kraft Auftrags zeitweise für die Staatsgewalt Justiz tätig. Dies ist nach der bekannten Formel des VfGH, derzufolge Art 94 Abs 1 B-VG es verbietet, *„ein und dieselbe Behörde gleichzeitig als Gericht und Verwaltungsbehörde einzurichten“*,⁶⁵ unzulässig. Hierbei handelt es sich um den ursprünglichen und zentralen Gehalt des Trennungsgrundsatzes, der von seiner Entstehungsgeschichte her primär auf die Abschaffung der *„Gemischten Bezirksämter“* zielte. Die Verflechtung von Justiz und Verwaltung durch die Rechtsfigur der Zurechnung kraft Auftrags geht so weit, dass häufig unklar ist, welche Staatsgewalt einschreitet, nämlich wenn fraglich ist, ob überhaupt ein gerichtlicher Auftrag vorliegt, oder wenn fraglich ist, ob derselbe überschritten wird.

Die Zurechnung kraft Auftrags führt auch zu Parallelzuständigkeiten von Justiz und Verwaltung: Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kann die Kriminalpolizei manche Ermittlungsmaßnahmen selbstständig setzen.⁶⁶ Diese werden dann der Verwaltung zugerechnet. Die Staatsanwalt-

62 VfSlg 5630/1967; 7376/1974; 8157/1977; 9590/1982; 10300/1984.

63 In diesem Sinn VfGH 17.2.1993, 92/01/1113; B. Raschauer, Verwaltungsrecht⁴ Rz 205; Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahren⁵ (2009) 50; Jabloner, ÖJZ 1978, 534; Kranewitter, Sicherheitsbehörden 40; Thienel, Die Aufgaben der Bundesgendarmerie (1986) 38 f.

64 „... womit sich der Verstoß gegen Art 94 B-VG im Nebel verliert. Die Weisung, obschon unzulässig, immunisiert sich selbst.“ So treffend Wiederin, In allen Instanzen getrennt. Zum Verhältnis von Justiz und Verwaltung am Beispiel des strafprozessualen Vorverfahrens, ÖJZ 2011, 351 (355).

65 VfSlg 1423/1931; 2902/1955; 3916/1961; 11259/1987; 12073/1989; 14076/1995; aus der Literatur vgl. Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht II² Rz 27.018.

66 Das hier geschilderte Problem tritt zB bei der Observation gem § 130 Abs 1 StPO auf, gegen die, falls sie von der Kriminalpolizei selbständig durchgeführt wird, die Beschwerde bei der Datenschutzbehörde (§ 31 DSG) zulässig sein könnte. Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt darf die Kriminalpolizei hingegen nur bei Gefahr im Verzug selbstständig setzen. In dem Fall ist Gefahr im Verzug das – wohl taugliche – Abgrenzungskriterium zwischen Verwaltungs- und Justizzuständigkeit.

schaft kann aber nach ihrem Ermessen durch Anordnungen eingreifen. Sie kann auch Akte anordnen, die die Kriminalpolizei andernfalls selbständig gesetzt hätte. Wenn die Anordnung der Staatsanwaltschaft – wie die hM annimmt – dazu führt, dass der Akt der Kriminalpolizei der Justiz zuzurechnen ist, ist die jeweilige Angelegenheit nicht – wie es der VfGH verlangt – „zur Gänze [...] zur Vollziehung entweder den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden“⁶⁷ zugewiesen, sondern beiden Staatsgewalten nebeneinander. Ob die Staatsgewalt Justiz oder die Staatsgewalt Verwaltung einschreitet, hängt gar allein von Willensakten der beteiligten Organe ab.⁶⁸

Die Rechtsfigur von der Zurechnung kraft Auftrags könnte folglich nicht auf das Argument gestützt werden, ihre Ergebnisse seien im Hinblick auf den Trennungsgrundsatz unbedenklich. Das Verhältnis von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft im neuen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist im Hinblick auf den Trennungsgrundsatz jedenfalls bedenklich, wie man dieses Verhältnis auch im Einzelnen interpretiert bzw wie man die Grenzen der Zurechnung von Akten des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zwischen den Staatsgewalten Justiz und Verwaltung auch zieht. Ob und wie die Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gerechtfertigt werden kann, muss hier nicht näher untersucht werden.⁶⁹

B. Die Abgrenzung der Rechtsschutzwege im Lichte des rechtsstaatlichen Prinzips des B-VG

Die von der hM angenommene Abgrenzung der Rechtsschutzwege erscheint im Lichte des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) und damit im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip des B-VG bedenklich.

Nach Rsp des VfGH verpflichtet Art 83 Abs 2 B-VG „den Gesetzgeber zu einer – strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden – präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit“.⁷⁰ Das Gesetz müsse „die Behördenzuständigkeit derart klar und unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen, daß es keiner subtilen Auslegungstätigkeit bedarf, um die vom Gesetzgeber gewollte Kompetenz der Behörden – auch der Rechtsmittelinstanz(en) – zu erkennen“.⁷¹

Die hM, derzufolge die Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO anhand der Deckung von kriminalpolizeilichen Akten in Anordnungen der Staatsanwaltschaft abzugrenzen sind, wird dem nicht gerecht. Die Probleme dieser Abgrenzung sind im Wesentlichen ident mit den Problemen der Rechtslage vor 2008, die mit der Reform 2008 überwunden werden sollten (siehe Kap **Fehler! Verweisquelle konnte nicht**

67 Vgl VfSlg 19281/2010; Khakzadeh-Leiler in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (12. Lfg 2013) B-VG Art 94 Rz 26 mwN.

68 Vgl *Wiederin* in *Österreichische Juristenkommission* 50.

69 Überzeugend erscheint die Ansicht von *Storr*, wonach Art 90a B-VG eine *lex specialis* zum Trennungsgrundsatz enthält. Art 90a S 2 B-VG schreibt vor, dass die Staatsanwaltschaft bei mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahrnimmt. *Storr* argumentiert, diese Vorschrift könne nicht so verstanden werden, dass diese Befugnisse ausschließlich den Staatsanwaltschaften zugewiesen seien; dies wäre die Abschaffung der Kriminalpolizei, was nicht ernsthaft als Zweck des Art 90a S 2 B-VG vertreten werden könne. Dann könne aber auch die Kooperation zwischen Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei nicht unzulässig sein. Umgekehrt sei es wesentliche Funktion des Art 90a S 2 B-VG, das Zusammenwirken von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei im Ermittlungsverfahren verfassungsrechtlich abzusichern (*Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 269 [280]; ihm folgend *Wiederin* in *Österreichische Juristenkommission* 49).

70 VfSlg 10311/1984; *Holzinger* in *Korinek/Holoubek et al.*, Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Art 83 Abs 2 B-VG Rz 21 ff.

71 Einleitungsbeschluss in VfSlg 9937/1984.

gefunden werden.. aE). Im Hinblick auf die nun herrschende Rechtslage und die hM hierüber ist Folgendes auszuführen:

Erstens ist – wie vor 2008 bei Befehlen des Untersuchungsrichters – nicht sichergestellt, dass die Betroffenen eines kriminalpolizeilichen Aktes Kenntnis darüber erlangen, ob der Akt aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung gesetzt wurde. Anordnungen der Staatsanwaltschaft über Zwangsmaßnahmen sind zwar gem § 102 Abs 1 S 2 StPO zu begründen und schriftlich auszufertigen. Ob neben der Übermittlung an die Kriminalpolizei auch eine Zustellung an die von der Anordnung Betroffenen vorgeschrieben ist, ist fraglich; Abs 2 leg cit, der vorsieht, dass die Ausfertigung eine Information über die Rechte des von der Anordnung Betroffenen enthalten muss, scheint davon auszugehen. Selbst wenn eine Zustellung der Anordnung an die Betroffenen vorgesehen ist, sind folgende Probleme zu beachten: Zum einen können von einem Akt Personen in Mitleidenschaft gezogen werden, gegen die sich der Zweck des Einschreitens nicht unmittelbar richtet; eine Zustellung an diese Personen wird idR unterbleiben. Zum anderen können Anordnungen in dringenden Fällen auch mündlich erteilt werden (§ 102 Abs 1 S 3 StPO); wiederum ist der Fall zu beachten, dass die nachträgliche Zustellung oder gar der Vermerk in den Akten unterlassen wird.⁷² Die Unterlassung einer Zustellung oder eines Aktenvermerks kann für die Zurechnung nicht entscheidend sein, da dies den beteiligten Organen die Macht gäbe, die Zuständigkeit zum Rechtsschutz gegen einen Akt nachträglich zu beeinflussen, indem sie die Zustellung bzw den Aktenvermerk durchführen oder nicht. Ist aber die Zurechnung davon unabhängig, ist die Zurechnung und damit die Zuständigkeit zum Rechtsschutz in den Fällen, in denen die Zustellung oder gar der Aktenvermerk unterbleibt, für den von einem Akt Betroffenen nicht erschließbar.⁷³

Zweitens sind mehrere Kriterien der Zurechnung kraft Auftrags keiner präzisen Abgrenzung zugänglich. Zumindest zwei Abgrenzungskriterien sind rein quantitativ, wobei die entsprechenden Quantitäten jeweils nicht messbar sind:⁷⁴ Dies gilt erstens für die Frage, ob eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ausreichend determiniert ist, um Zurechnung kraft Auftrags auszulösen, und zweitens für die Frage, ob die Überschreitung einer Anordnung offenkundig ist. Auch für die Frage, ob Vorbereitungs- und Unterstützungsmaßnahmen eigenständigen Charakter haben oder als implizit mitangeordnet gelten können, kann keine abstrakte Formel gefunden werden.⁷⁵ Ob ein Staatsakt als Justiz- oder Verwaltungsakt eingestuft wird und welcher Rechtsschutzweg demzufolge zulässig ist, ist für den Rechtsschutzsuchenden damit kaum vorhersehbar; der Rechtsschutzsuchende ist – wie in der dem jüngsten Erkenntnis des VfGH zu § 106 Abs 1 StPO zugrunde liegenden Konstellation – *„vor eine nahezu unlösbare – und auch mit der geforderten Effektivität des Rechtsschutzes unvereinbare – Aufgabe [gestellt]: Wird von diesem doch verlangt, ohne genaue Kenntnis der näheren Umstände innerhalb der Rechtsmittelfrist das zu leisten, was üblicherweise erst am*

72 Vgl den Sachverhalt in VfSlg 3916/1961 (siehe oben FN 21).

73 In Bezug auf formlos gegebene Informationen der einschreitenden Organe bzw der zuständigen Behörde ist außerdem auf die folgende Aussage des VfGH im jüngsten Erkenntnis zu § 106 Abs 1 StPO (VfSlg 19.991/2015) hinzuweisen: *„Es reicht auch nicht, dass der Betroffene berechtigt ist, von der Behörde Auskunft über die Rechtsgrundlage des Aktes zu verlangen: Diese Information kann falsch sein, zu spät erfolgen oder die Grundlage im Einzelfall für die Behörde selbst unklar sein, was jeweils zu Lasten des Rechtsschutzwerbers ausschlägt.“*

74 Vgl zu einer solchen bloß graduellen Abgrenzung, *in concreto* von ineinander übergehenden Begriffen VfSlg 8349/1978: Verstoß gegen Art 18 Abs 1, Art 83 Abs 2 und Art 94 B-VG durch eine Bestimmung, die die Verfolgung von Handlungen, die die Ehre und Würde des Standes der Notare *„beeinträchtigen“* in die Kompetenz der Notariatskammer, die Verfolgung von Handlungen, die die Ehre und Würde *„bloßstellen“* hingegen in die Kompetenz des Oberlandesgerichts legte.

75 Siehe zu den Problemen der beiden zuletzt genannten Kriterien FN 22 und 23.

Ende eines umfassenden behördlichen Ermittlungsverfahrens, oft erst nach einer höchstgerichtlichen Entscheidung, feststeht, nämlich, einen behördlichen Zwangsakt rechtlich richtig einzuordnen.“⁷⁶

Gerade wenn man den Maßstab des jüngsten Erkenntnisses des VfGH zu § 106 Abs 1 StPO anlegt, verletzt die von der hM angenommene Abgrenzung der Rechtsschutzwege daher das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) und ist auch aus diesem Grund abzulehnen.

Die hier vertretene Ansicht wirft hingegen keine Probleme im Hinblick auf das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter auf: Werden Sicherheitsorgane bzw die Sicherheitsbehörde tätig, sind in allen Fällen die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts zu ergreifen. Der Einspruch an das Landesgericht gemäß § 106 Abs 1 StPO ist andererseits nur gegen Akte zu ergreifen, die die Staatsanwaltschaft selbst setzt. Unklarheiten bei der Abgrenzung der Rechtsschutzwege erscheinen daher ausgeschlossen.

C. Ergebnis

Im Hinblick auf die Einhaltung des Grundsatzes der Trennung von Justiz und Verwaltung einerseits ist ein Vorteil zugunsten der hM auszuschließen. Im Hinblick auf das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter andererseits erscheint die hM bedenklich, während die hier vertretene Ansicht in diesem Zusammenhang keine Probleme aufwirft. Die einschlägigen Verfassungsgrundsätze sprechen daher für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht.

VI. Bewährung der hier vertretenen Ansicht: Die Behandlung staatsanwaltschaftlicher Anordnungen und gerichtlicher Bewilligungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Diese Arbeit kommt zum Ergebnis, dass gegen Akte der Kriminalpolizei nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO ausschließlich die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts, insb die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zustehen. Dies gilt auch, wenn ein Akt der Kriminalpolizei auf einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung beruht.

Damit erhebt sich aber die Frage, wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über eine Beschwerde gegen einen Akt der Kriminalpolizei mit einer diesem Akt zugrunde liegenden staatsanwaltschaftlichen Anordnung sowie gegebenenfalls mit gerichtlichen Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Anordnung umzugehen ist:

Die Kontrolle von Akten der Justiz ist den Verwaltungsgerichten verwehrt, da ihre Kompetenz in Art 130 B-VG abschließend geregelt und auf die Überprüfung von Akten der Verwaltung beschränkt ist. Das Verwaltungsgericht kann daher keinesfalls mit Rechtskraft über die Rechtmäßigkeit von Anordnungen der Staatsanwaltschaft oder gerichtlichen Bewilligungen absprechen. Umgekehrt ist es an die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen gebunden.

Bei staatsanwaltschaftlichen Anordnungen handelt es sich allerdings um rein staatsinterne Akte. Nur die Kriminalpolizei, nicht aber der von der aufgetragenen Handlung Betroffene ist Adressat

76 VfSlg 19.991/2015.

einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung.⁷⁷ Eine staatsanwaltschaftliche Anordnung besitzt keine Rechtskraft wie ein gerichtliches Urteil oder ein Bescheid. Damit besteht auch keine Bindung des Verwaltungsgerichts an eine staatsanwaltschaftliche Anordnung. Das Verwaltungsgericht kann einen kriminalpolizeilichen Akt für rechtswidrig erklären, obwohl er einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung entsprach und die Rechtswidrigkeit des Aktes auf der Rechtswidrigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung beruhte.

Außerdem besitzt die staatsanwaltschaftliche Anordnung Tatbestandswirkung für die Rechtmäßigkeit kriminalpolizeilicher Akte, die nur aufgrund einer solchen Anordnung gesetzt werden dürfen (zB Festnahme⁷⁸ und Hausdurchsuchung,⁷⁹ sofern keine Gefahr im Verzug liegt). Das Verwaltungsgericht hat in diesen Fällen im Rahmen einer Vorfragenbeurteilung festzustellen, ob eine ausreichende und rechtmäßige staatsanwaltschaftliche Anordnung vorliegt.⁸⁰

Zu beachten ist nun, dass auch das für Strafsachen zuständige Landesgericht in bestimmten Fällen über die Rechtmäßigkeit staatsanwaltschaftlicher Anordnungen abzusprechen hat: Anordnungen der Staatsanwaltschaft an die Kriminalpolizei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sind, soweit sie bestimmte, besonders eingreifende Zwangsmittel betreffen, vor ihrer Durchführung gerichtlich zu bewilligen (§§ 101 Abs 2, 105 StPO). Der Beschluss über die gerichtliche Bewilligung der Anordnung ist dem Betroffenen der Ausführungshandlung zuzustellen und entfaltet ihm gegenüber Rechtskraftwirkung. Wenn er sich gegen den Inhalt der Anordnung wehren will, muss er das gegen die Bewilligung vorgesehene Rechtsmittel⁸¹ ergreifen.

Außerdem gehen § 106 Abs 2 und 3 StPO davon aus, dass gegen staatsanwaltschaftliche Anordnungen der Einspruch an das Landesgericht zulässig ist. Dies überrascht, da der Betroffene einer Anordnung nicht Adressat derselben ist, eine Anordnung keine Rechtskraft entfaltet und die Interessen des Betroffenen nicht unmittelbar durch die Anordnung, sondern erst durch den ausführenden Akt berührt werden. Die Frage, ob § 106 StPO auch Rechtsschutz gegen Anordnungen der Staatsanwaltschaft bietet, kann hier auf sich beruhen. Für beide Fälle der gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung gilt Folgendes:

Das Verwaltungsgericht ist an die strafgerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung gebunden. Die Normen über die Beurteilung von Vorfragen sind zu beachten (§ 38 S 1 AVG, § 32 Abs 1 Z 3 VwGVG). Soweit die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung in dieser Entscheidung bestätigt wird, kann die Ausführungshandlung nur im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit der Anordnung und auf dort nicht geregelte Fragen geprüft werden.^{82,83}

77 Vgl § 103 Abs 1 S 1 StPO: „Die Staatsanwaltschaft hat ihre Anordnungen und Genehmigungen an die Kriminalpolizei gemäß deren Zuständigkeit zu richten.“

78 § 171 Abs 1 StPO.

79 § 120 Abs 1 StPO.

80 Durch die Beurteilung einer Vorfrage wird nicht in eine fremde Kompetenz eingegriffen (Mayer, Die Vorfrage – ein unbekanntes Wesen? *ecolx* 1997, 303 [304]); damit liegt auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung vor (vgl VfSlg 10476/1985; 16772/2002; 16797/2003; 17083/2003).

81 Und zwar die Beschwerde gem § 87 StPO.

82 Allerdings ist Folgendes zu beachten: Nach der Bewilligung einer Maßnahme durch das Gericht obliegt es der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, ob die Maßnahme tatsächlich durchgeführt werden soll oder nicht. Wenn die Voraussetzungen, unter denen der Antrag bewilligt wurde, weggefallen sind oder sich derart geändert haben, dass die Durchführung rechtswidrig, unverhältnismäßig oder nicht mehr zweckmäßig wäre, hat die Staatsanwaltschaft von ihr abzusehen (§ 101 Abs 3 StPO). Der Adressat der Ausführungshandlung kann folglich die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Durchführung der bewilligten Anordnung mit der Behauptung angreifen,

Das Nebeneinander der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über das tatsächliche Einschreiten der Kriminalpolizei und der strafgerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer diesem Einschreiten zugrunde liegenden staatsanwaltschaftlichen Anordnung führen folglich zu keinen Schwierigkeiten. Die hier vertretene Ansicht bewährt sich auch in diesem Zusammenhang.

VII. Ergebnis

Die Überlegungen dieser Arbeit führen zu folgendem, von der bisher hL und Rsp abweichenden Ergebnis: Akte der Kriminalpolizei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sind, selbst wenn sie auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, der Sicherheits- als Kriminalpolizeibehörde und damit der Staatsgewalt Verwaltung zuzurechnen. Eine Zurechnung kriminalpolizeilicher Akte zur Behörde Staatsanwaltschaft und zur Staatsgewalt Justiz findet nicht statt.

Gegen Akte der Kriminalpolizei steht damit nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO niemals der Einspruch an das Landesgericht mehr zu. Es stehen vielmehr die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts offen, insb⁸⁴ die Maßnahmenbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht.

Zu bemerken ist abschließend, dass die Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO zu keinem Handlungsbedarf für den Gesetzgeber führt. Wünschenswert wäre allenfalls eine dem § 88 Abs 2 SPG entsprechende Regelung, die den Rechtsschutz gegen formfreie kriminalpolizeiliche Akte wiederherstellt.

zwischen der gerichtlichen Bewilligung und der Anordnung der Durchführung hätte sich der Sachverhalt maßgeblich geändert.

83 Wird die staatsanwaltschaftliche Anordnung hingegen für rechtswidrig erklärt, wird dies idR auf die Beurteilung der Ausführungshandlung durchschlagen. Soweit der fragliche Akt auch ohne staatsanwaltschaftliche Anordnung gesetzt werden hätte können, hat das Verwaltungsgericht den kriminalpolizeilichen Akt allerdings isoliert zu beurteilen und kann auch zum Ergebnis der Rechtmäßigkeit des Aktes gelangen (zB wenn zwar eine unzuständige Staatsanwaltschaft die Anordnung erteilt hat, der Akt aber von der Kriminalpolizei selbstständig gesetzt werden konnte und auch inhaltlich rechtmäßig war).

84 Vereinzelt ist die Kriminalpolizei auch zur Setzung von Akten befugt, die als Bescheid iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG zu deuten sind (insb Ladungen gem § 153 Abs 2 StPO). Dagegen steht die Bescheidbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu. Beschwerden wegen Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz sind an die Datenschutzbehörde zu richten (§ 31 DSG). Gegen sonstige formfreie Akte besteht kein Rechtsschutz.



Women and Civic Identity in Roman Antiquity

Leo Peppe^{*}, Rome

Abstract: *In ancient Rome, free women were citizens, but the notion of civic identity is more suitable than that of citizenship for the study of the Roman woman. Her position in the society differs from the position of the Greek woman: more relevant in religion and law and more present in social, civic and judicial spaces. It was an important position but always subordinate to that of the man. The birth and establishment of Christianity will not change the relationship between a man and a woman.*

Keywords: *Women, identity, citizenship, Rome, inclusion, complementarity.*

I. Foreword

Almost fifty years ago, we saw the beginnings of a fruitful period of research on women in the ancient world, especially in Rome and, if we speak of the Greek world, in Athens. It is difficult to single out specific names or individual works that mark a major turning point, but it seems to me that two such fundamental shifts were made first by Kari Børresen in 1968 with *Subordination et équivalence. Nature et rôle de la femme d'après Augustin et Thomas d'Aquin*, and later by Sarah Pomeroy in 1975, with *Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*, a book translated into numerous languages. To Børresen we owe the introduction of the term "*androcentrism*"¹ in these studies and later, in 1991, the introduction of the term "*Matristics*"², which was deployed in symmetrical opposition to "*Patristics*".

It is clear that this academic interest reflected those social and political upheavals that we can place under the banner of the (second) feminist movement. What remains today is above all the

^{*} Leo Peppe is a retired full professor of Roman Law at the Università degli Studi Roma Tre, before he was professor at the Universities of Pisa, Perugia and LUISS in Rome. This article is an extended version of the lecture held at the *Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen – Fachbereich Römisches Recht* of the University of Graz on Nov. 9, 2016. Literature is quoted only when strictly necessary or just published. Up-to-date and extensive bibliography in LEO PEPPE, *CIVIS ROMANA. FORME GIURIDICHE E MODELLI SOCIALI DELL'APPARTENENZA E DELL'IDENTITÀ FEMMINILI IN ROMA ANTICA*, 421 (2016). The author basically used for his translations THE DIGEST OF JUSTINIAN (Alan Watson ed., 1985); also useful have been BRUCE W. FRIER & THOMAS A. J. MCGINN, *A CASEBOOK ON ROMAN FAMILY LAW* (2004); The Loeb Classical Library, <https://www.loebclassics.com/> (last visited Mar. 27, 2017). The kind colleagues Irmtraud Fischer, Christoph Bezemek, Volker Grieb, and Evelyn Höbenreich have my gratitude for their questions and suggestions made after my lecture.

1 Coined by CHARLOTTE PERKINS GILMAN, *THE MAN-MADE WORLD; OR OUR ANDROCENTRIC CULTURE*, V. *Masculine Literature* (1911): "*Within this last century, 'the woman's century', the century of the great awakening, the rising demand for freedom, political, economic, and domestic, we are beginning to write real history, human history, and not merely masculine history. But that great branch of literature — Hebrew, Greek, Roman, and all down later times, shows beyond all question, the influence of our androcentric culture.*"

2 KARI ELISABETH BØRRESEN, *FROM PATRISTICS TO MATRISTICS: SELECTED ARTICLES ON CHRISTIAN GENDER MODELS* (2002).

underlying awareness of that androcentrism. Nowadays, research using current refined instruments of the social sciences mostly seeks out or re-examines the materials surviving from antiquity in light of this awareness.

Indeed, in 2013, the great Byzantinist Judith Herrin began the *Introduction* to a collection of her essays with the following words: “At first there was women’s history, then the history of gender, and now a vastly more sophisticated theory and methodology of studying historical men and women.”³ In the apparent ivory tower of studies of women in antiquity, this process of reorientation is plausible, but its contemporary relevance is also apparent, placing gender at the heart of debate. If we think of the heated arguments of recent years, or more accurately, of recent months, concerning the so-called “gender theory”, it is impossible to avoid linking this argument to the interpretations and uses of the notion of *natura*, nature, in the Roman sources on marriage. Exemplary in this context, are the use of this notion by Wolfgang Waldstein⁴ and the potential criticisms that can be advanced against it.⁵

The viewpoints adopted in these studies initially included law, for example in Pomeroy’s book, although it did not occupy a central position. However, in Jane Gardner’s book of 1986 law played a larger role.⁶ Overall, these studies reflect influences of the political and cultural climate of the time, focusing in particular on the themes of exclusion and discrimination against women.

In the early 1980s, I studied the topic of the *populus Romanus*, Roman people. I did it from an essentially legal perspective and, despite all my reading, I found it extremely difficult to give women their rightful place in it. The free Roman woman was a *civis*, a citizen. Yet, in what way did she belong to the *populus*? The issue here is not exclusion, but rather inclusion and the forms of inclusion within a sphere of civic relationships that may go right to the heart of political power and government. Joan Scott later raised this question at the end of her seminal article of 1986:⁷

“What is the relationship between the laws about women and the power of the state? Why (and since when) have women been invisible as historical subjects, when we know they participated in the great and small events of human history?”

For me as a jurist, the main key was the law. There were hardly any earlier studies in the field and their approach was highly traditional. Thirty years have passed since then, and the literature on these issues is now vast. We have seen a new approach to the sources, with the massive use of finds belonging to material culture, especially inscriptions, rendered much easier to process with the IT tools now available. But it is not just a question of tools: the scholars’ attitude to these materials has also changed, including that of Roman law experts; we no longer exclusively study the legal sources. I will now attempt to reflect on a series of issues that are in my opinion illustrative from the point of view of inclusion.

3 JUDITH HERRIN, *UNRIVALLED INFLUENCE: WOMEN AND EMPIRE IN BYZANTIUM*, XIII (2013).

4 WOLFGANG WALDSTEIN, *INS HERZ GESCHRIEBEN: DAS NATURRECHT ALS FUNDAMENT EINER MENSCHLICHEN GESELLSCHAFT* (2010).

5 Jakub Urbanik, *On the Uselessness of It All: the Roman Law of Marriage and Modern Times*, Essays L. Winkel, Fundamina 946 (2014).

6 Jane F. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, in *The Family in Aient Rome* (Beryl Rawson ed., 1987); (In those years the early papers of Suzanne Dixon were published.) SUZANNE DIXON, *FAMILY FINANCES: TULLIA AND TERENCE*, *ANTICHTHON* 78 (1984); *ead.*, *Infirmitas Sexus: Womanly Weakness in Roman Law*, 52 *TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS* 343 (1984); *ead.*, *Polybius on Roman Women and Property*, 106 *AMERICAN JOURNAL OF PHILOLOGY* 147 (1985); *ead.*, *The Marriage Alliance in The Roman Elite*, 10, *JOURNAL OF FAMILY HISTORY* 353 (1985).

7 Joan W. Scott, *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*, 91 *THE AMERICAN HISTORICAL REVIEW* 1053, 1074 (1986).

II. Why identity?

I have chosen to speak of civic identity rather than citizenship. In the legal terminology, the concept of citizenship is in fact a simple one, if we limit ourselves to describing the prerequisites for holding it. Far more complex is the examination of the infinity of legal situations and social relationships that may result from being a citizen: the combination in any given individual of these situations and relationships determines the civic identity of that individual. In Latin, the word *identitas* has a very different and more restricted meaning than our *identity* that has no direct equivalent in Latin. Another reason for choosing the term identity is its current relevance at a time when genuine, presumed or invented individual and national identities are being evoked, not just in Europe, but also all over the world, in order to legitimize political proposals.

I prefer to start by following a different path to those usually taken: differences often serve as indicators of interesting situations and I will therefore begin by highlighting some texts in which the Roman author himself compares the situation of Roman women to that of non-Roman women. We could describe this as a comparative approach *ante litteram*.

1. First right: the right of women to the instruments of elegance, private and public

The historian Livy relates that 195 BCE saw the abrogation of a *lex Oppia*, approved in 215, the year after Hannibal defeated the Romans at Cannae. This law had forbidden women to own more than 14 grams of gold, wearing multi-coloured garments and travelling in a carriage unless they were attending a public ceremony. Livy first tells us that a multitude of women crowded into the forum to support the abrogation of this law. This is not a unique event: when their interests as women were at stake, the sources testify to the existence of a female public opinion. Women, who never had a role in the legislative process, were nonetheless able to make their voices heard and thus to obtain what they sought. Livy provides a reliable account of the speeches for and against the law in question. These include various "*Leitmotive*". In particular, it was argued, women have a right to their so-called feminine world of objects, to their adornments, because:

*"Neither offices of state, nor of the priesthood, nor triumphs, nor badges of distinction, nor military presents, nor spoils, can fall to their share. Elegance of appearance, and ornaments, and dress, these are the women's badges of distinction; in these they delight and glory; these our ancestors called the women's world."*⁸

These are salient rights of Roman women that must be restored in part:

"But, in truth, it will be a source of grief and indignation to all, when they see those ornaments allowed to the wives of the Latin confederates of which they themselves have been deprived; when they see those riding through the city in their carriages, and decorated with gold and purple, while

8 Liv. 34.7.9: "*Non magistratus nec sacerdotia nec triumphi nec insignia nec dona aut spolia bellica iis contingere possunt: munditiae et ornatus et cultus, haec feminarum insignia sunt, his gaudent et gloriantur, hunc mundum muliebrem appellarunt maiores nostri.*"

they are obliged to follow on foot, as if the seat of empire were in the country of the others, not in their own."⁹

The women of Rome, the dominant city, cannot be inferior to Latin women: in these demands, we see two interesting rights, to public transportation and to jewellery. Yet, when the use of the litter was established, not all women were allowed to use it, but only those of good repute: it was prohibited to others.

As for jewellery, it had always represented an important part of the hereditary assets of women, and thus evidenced their economic capacity.¹⁰ The Digest of Justinian preserves a precious fragment, containing a slice of life:

*"A woman, at the time of her death, made the following bequest of her ornaments: 'I wish all my ornaments to be given to my friend Seia.' She also added in the same will: 'I desire my funeral to be conducted in compliance with the wishes of my husband, and whatever my burial ceremonies may be, I desire to have buried with me, of my ornaments, two strings of pearls, and my emerald bracelets.' When the body of the deceased was committed to the earth, neither her heirs nor her husband buried her with the ornaments, which she directed to be placed upon her body. The question arose whether the aforesaid articles would belong to the woman to whom she left all her ornaments, or to her heirs. The answer was that they would not belong to the heirs, but to the legatee."*¹¹

A woman dies. It is clear from the context that she has made a will, her husband is alive and there are *heredes*. The woman leaves – this is undisputed – all her ornaments to her friend Seia, except some jewels to be buried with her. Yet, the heirs do not fulfil her wishes, thus the jurist responds that these ornaments too belong to the legatee and not to the heirs.

2. Second right: women at official dinners, in their own home or that of others

Sometimes, even in the most recent literature, the condition of Roman women is examined alongside that of Greek, and especially Athenian, women. However, the Romans adopted a similar approach as well. One example, in the I century BCE Cornelius Nepos writes, contrasting Greek customs and Roman customs:

"For what Roman is ashamed to bring his wife to a feast, or whose consort does not occupy the best room in the house, and live in the midst of company? But in Greece the case is far otherwise; for a wife is neither admitted to a feast, except among relatives, nor does she sit anywhere but in

9 LIV. 34.7.5–6: *"At hercule uniuersis dolor et indignatio est, cum sociorum Latini nominis uxoribus uident ea concessa ornamenta quae sibi adempta sint, cum insignes eas esse auro et purpura, cum illas uehi per urbem, se pedibus sequi, tamquam in illarum ciuitatibus non in sua imperium sit."*

10 About the economic capacity of women see lastly 43 THE MATERIAL SIDES OF MARRIAGE. WOMEN AND DOMESTIC ECONOMIES IN ANTIQUITY (Ria Berg ed., 2016).

11 DIG. 34.2.40.2 (Scaev. l. 17 dig.): *"Mulier decedens ornamenta legauerat ita: 'Seiae amicae meae ornamenta universa dari volo'. eodem testamento ita scripserat: 'funerari me arbitrio viri mei volo et inferri mihi quaecumque sepulturae meae causa feram ex ornamentis lineas duas ex margaritis et viriolas ex smaragdis': sed neque heredes neque maritus, cum humi corpus daret, ea ornamenta, quae corpori iussus erat adici, dederunt: quaesitum est, utrum ad eam, cui ornamenta universa reliquerat, pertineant an ad heredes. respondit non ad heredes, sed ad legatariam pertinere."*

the innermost apartment of the house, which is called the gynaeconitis, and into which nobody goes who is not connected with her by close kinship."¹²

Remembering what we have just said about female *amicitia*, friendship, one should recall the text of the only materially surviving letter in Latin written by a woman in her own hand, found at Vindolanda, in Britannia.¹³ At around 100 CE, Claudia Severa writes to another woman (*Lepidinae suae*) to invite her to her birthday party: as many as three times in a few lines she calls her *soror*, sister, and once *anima mea*, my soul.

This *amicitia* does not have political or economic implications but expresses ties and connections of a social nature: the documentation of this matter in inscriptions is vast.¹⁴ *Amicitia* is documented not just between women but also between men and women,¹⁵ without sexual implications.

The importance and frequency of female *amicitia* should be stressed, precisely given the characteristics of Roman society: the literary sources (especially Cicero) exalt friendship as a relationship that exists fundamentally between males. Moreover, friendship is a very strong social relationship, placed in an intermediate position between the restricted circle of relatives and the widest circle of fellow citizens. Women also fully belong to this network of city relationships.

3. Third right: elsewhere there are queens who govern

At around 400 CE, the poet Claudian¹⁶ states that in Rome a woman may not become a consul, in other words, she may not wield supreme authority, in contrast to other peoples who may have a female queen. Women cannot *imperare*,¹⁷ in other words, be magistrates.¹⁸ Even when, starting from 14 CE with Livia,¹⁹ the woman, linked by blood to the emperor (mother, daughter, sister and above all wife), adopts the title of *Augusta*, the statues that portray her in full length never include the belt, the *cingulum* typical of the Roman magistrate. The difference between *Augustus* and *Augusta* is particularly evident in one of the most famous fragments of the Digest of Justinian. Only its initial part is usually cited, but we will read in its entirety: "*The Emperor is free from the operation of the law, and though the Empress is undoubtedly subject to it, still, the Emperors generally*

12 CORN. NEP. *vir. ill.*, III *De excellentibus ducibus exterarum gentium*, Praefatio, 6–7: "*Quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium? aut cuius non mater familias primum locum tenet aedium atque in celebritate versatur? quod multo fit aliter in Graecia. nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte aedium, quae gynaeconitis appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione coniunctus.*"

13 Vindolanda Inventory No. 85.057 = *Tab. Vind.* 2.291.

14 CRAIG A. WILLIAMS, *READING ROMAN FRIENDSHIP* 96 et seq. (2012).

15 *Id.*

16 CLAUD. *Eutr.* 1.340–348: "*Obstrepuere avium voces, exhorruit annus nomen, et insanum gemino proclamat ab ore eunuchumque vetat fastis accedere lanus: sumeret illicitos etenim si femina fasces, esset turpe minus. Medis levibusque Sabaeis imperat hic sexus, reginarumque sub armis barbariae pars magna iacet.*"; "*Loud sang the prophetic birds in warning. The year shuddered at the thought of bearing Eutropius's name, and Janus proclaimed the madness if the choice from his two mouths, forbidding a eunuch to have access to his annals. Had a woman assumed the fasces [of the consuls], though this very illegal it were nevertheless disgraceful. Women bear sway among the Medes and swift Sabaeans; half barbary is governed by martial queens.*"

17 AMBROSIASTER *Quaestiones veteris et novi Testamenti* 45.3, at § 7.

18 See *Liv.* 34.7.9, *supra* note 8.

19 Francesca Cenerini, *Le matronae diventano Augustae: un nuovo profilo femminile*, in *MATRONAE IN DOMO ET IN RE PUBLICA AGENTES. SPAZI E OCCASIONI DELL'AZIONE FEMMINILE NEL MONDO ROMANO TRA TARDIA REPUBBLICA E PRIMO IMPERO*, ATTI DEL CONVEGNO VENEZIA 16–17 OTT. 2014, 23, 35 (Francesca Cenerini & Francesca Rohr Vio eds., 2016); about the Augustae see lastly Antonio Pistellato, *Augustae nomine honorare: il ruolo delle Augustae fra "Staatsrecht" e prassi politica*, in *IL PRINCEPS ROMANO. AUTOCRATE O MAGISTRATO? FATTORI GIURIDICI E FATTORI SOCIALI DEL POTERE IMPERIALE DA AUGUSTO A COMMODUS* 393 (Jean-Louis Ferrary & John Scheid eds., 2015).

confer upon her the same privileges which they themselves enjoy".²⁰ Someone, who cannot be a magistrate, cannot participate fully in those bodies that elect the magistrate, the popular assemblies. In this regard, women were completely excluded from the sphere of politics understood as the active management of society. As Gellius writes,²¹ the Roman woman does not enjoy *communio comitorum*, the right to belong to popular assemblies.

In the context of public law, we could however consider two very ancient rights enjoyed by the *civis Romanus*, dating back almost to the beginning of the Republic: the *provocatio ad populum*, the right to request a popular judgment in cases, where the persons concerned incurred the maximum penalty, and *appellatio*, the appeal to the tribunes of the plebs to intervene in order to block the initiative of a magistrate that was politically unacceptable. These rights are strongly political in nature. *Provocatio* does not appear to have been forbidden to women, but there is no direct evidence that it was ever used. For *appellatio*, the sources speak about at least one case in which a woman invoked this right. This case illustrates particularly well how complex the statute of the *civis* was, even more so because the woman in question, a certain Manilia, was a prostitute. However, the evidence is probative, since it comes from a technical legal work by a great jurist, Ateius Capito.²² We find ourselves in 151 BCE. After dinner, a high-ranking magistrate, the Curule Aedile Hostilius Mancinus, goes to Manilia's house and demands to be let in. She refuses and, when he tries to enter by force, she throws a stone at his head causing a serious wound. The magistrate seeks to put her on trial, but Manilia asks the tribunes of the plebs for help. They intervene and prohibit the continuation of the trial: Manilia is, hence, saved. The tribunes intervene, on the one hand, to sanction the magistrate's indecorous behaviour and, on the other, to punish his arrogance, albeit towards a woman of lowly social status, such as a prostitute.

Obviously, in the very different context of the Principate, there were effectively no limits on the women's ability to turn to the emperor and his chancery.

4. A great difference between Roman antiquity and today

Seemingly, the above cases show that the condition of Roman women was better than is usually thought. They could even suggest what appears to be a distinction between our own society and that of ancient Rome to the advantage of the Roman women. Paradoxically, we could say that in our time solemn legal formulations often go in the direction of the absolute parity of the sexes, but that social and even legal practice are, as a matter of fact, fundamentally discriminatory, for instance, concerning salaries. By contrast, in the Roman world the rules are, in many cases, strongly discriminatory, but legal and social practice often go in the direction of a vigorously emancipated female figure. As Nikolaus Benke has aptly put it in law, "*the Roman culture of gender appears quite ambivalent*".²³

20 DIG. 1.3.31 (Ulp. l. 13 ad l. Iuliam et Papiam): "*Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.*"

21 GELL. Noct. Att. 5.19.10.

22 GELL. Noct. Att. 4.14.; about the episode of Manilia see L. PEPPE, POSIZIONE GIURIDICA E RUOLO SOCIALE DELLA DONNA ROMANA IN ETÀ REPUBBLICANA 114 (1984).

23 Nikolaus Benke, *Gender and Roman Law of Obligations*, in OBLIGATIONS IN ROMAN LAW. PAST, PRESENT, AND FUTURE. PAPERS AND MONOGRAPHS OF THE AMERICAN ACADEMY IN ROME 33, 215, 219 (Thomas A. J. McGinn ed., 2012); *id.* at 233: Roman law was "*liberal, individual, and largely gender neutral*"; see also Yan Thomas, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in 1 STORIA DELLE DONNE IN OCCIDENTE. L'ANTICHITÀ 103 (1990).

III. More on Rome and Greece

As we have seen, when looking into the rules of banquets, the Romans themselves often explicitly contrasted Roman and Greek women, stressing the differences. Yet, in some cases, the analysis of the Roman texts is more complex, for instance, when a Roman author translates a Greek text into Latin, changing it to reveal his own mindset, which was very different from that of the Greeks.

An excellent example in this respect is a long passage of Cicero's *De re publica*, in which he explains the potential consequences of the people prevailing in the city, listing a series of examples of the most extreme and even paradoxical evils.²⁴ Among these evils, the equality of man and wife is referred to as disastrous: it would be as harmful as the abolition of slavery or being forced to give way to animals on the street. Here we find a famous contrast between the rights of men and women:

*"The very slaves hold themselves as high as their lords; wives boast the same rights as their husbands."*²⁵ Since the terms employed are wife and husband (*uxores/viri*), the context seems to be that of the married couple.

This text is considerably more interesting if we contextualize it: in *De re publica*, Scipio previously²⁶ stated that he was quoting Plato to the letter, and Laelius later praised the accuracy of this translation.²⁷ But how faithful is Cicero to the original, actually?²⁸ Plato had conducted his

24 Cic. *rep.* 1.43.67: (Scipio) *"ergo illa sequuntur, 'eos qui pareant principibus agitari ab eo populo et servos voluntarios appellari; eos autem qui in magistratu privatorum similes esse velint, eosque privatos qui efficiant ne quid inter privatum et magistratum differat, <ef>ferunt laudibus, [et] mactant honoribus, ut necesse sit in eius modi re publica plena libertatis esse omnia, ut et privata domus omnis vacet dominatione, et hoc malum usque ad bestias perveniat, denique ut pater filium metuat, filius patrem neclegat, absit omnis pudor, ut plane liberi sint, nihil intersit civis an peregrinus, magister ut discipulos metuat et iis blandiatur, spernantque discipuli magistros, adulescentes ut senum sibi pondus adsumant, senes autem ad ludum adulescentium descendant, ne sint iis odiosi et graves; ex quo fit ut etiam servi se liberius gerant, uxores eodem iure sint quo viri, inque tanta libertate canes etiam et equi, aselli denique libere [sint] sic incurrant ut iis de via decedendam sit. ergo ex hac infinita,' inquit, 'licentia haec summa cogitur, ut ita fastidiosae mollesque mentes evadant civium, ut si minima vis adhibeatur imperii, irascantur et perferre nequeant; ex quo leges quoque incipiunt negligere, ut plane sine ullo domino sint.'"*; *"Then those who feel in duty bound to obey the chiefs of the state, are persecuted by the insensate populace, who call them voluntary slaves. But those in the magistracies who flatter the popular equality, and the demagogues who plead the levelling system, and endeavour to abolish all distinctions between nobles and commoners, these they stun with acclamations and overwhelm with honours. It inevitably happens in a commonwealth thus revolutionized, that liberalism superabounds in all directions, due authority is found wanting even in private families, and misrule seems to extend even to the animals that witness it. Then the father fears the son, and the son neglects the father. All modesty is banished; they become far too liberal for that. No difference is made between the citizen and the alien; the master dreads and cajoles his scholars, and they despise their masters. The conceited striplings assume the gravity of sages, and sages must stoop to the follies of children, lest they should be hated and oppressed. The very slaves hold themselves as high as their lords; wives boast the same rights as their husbands; dogs, horses, and asses, are emancipated in this outrageous excess of freedom, and run about so violently that they frighten the passengers from the road. At length this infinite licentiousness produces such a morbid self-sufficiency, such fastidious and effeminate sentiments get possession of the people, that when they observe even the slightest exertion of magisterial authority, they grow angry and seditious, and thus the laws are necessarily infringed, because there is no ruler that dares to execute them."*

25 Cic. *rep.* 1.43.67: *"ex quo fit ut etiam servi se liberius gerant, uxores eodem iure sint quo viri."*

26 Cic. *rep.* 1.42.65.

27 Cic. *rep.* 1.44.68.

28 PLAT. *pol.* 563B-D: *"τὸ δέ γε, ἦν δ' ἐγώ, ἔσχατον, ὦ φίλε, τῆς ἐλευθερίας τοῦ πλήθους, ὅσον γίγνεται ἐν τῇ τοιαύτῃ πόλει, ὅταν δὴ οἱ ἐωνημένοι καὶ αἱ ἐωνημέναι μὴδὲν ἤττον ἐλεύθεροι ὥσι τῶν πριαμένων. ἐν γυναιξὶ δὲ πρὸς ἄνδρας καὶ ἀνδράσι πρὸς γυναῖκας ὅση ἡ ἰσονομία καὶ ἐλευθερία γίγνεται, ὀλίγου ἐπελαθόμεθ' εἰπεῖν. (563c) οὐκοῦν κατ' Αἰσχύλον, ἔφη, "ἐροῦμεν ὅτι νῦν ἦλθ' ἐπὶ στόμα;" πάνυ γε, εἶπον: καὶ ἐγωγε οὕτω λέγω: τὸ μὲν γὰρ τῶν θηρίων τῶν ὑπὸ τοῖς ἀνθρώποις ὅσῳ ἐλευθερώτερά ἐστιν ἐνταῦθα ἢ ἐν ἄλλῃ, οὐκ ἂν τις πείθοιτο ἄπειρος. ἄτεχνῶς γὰρ αἱ τε κύνες κατὰ τὴν παροιμίαν οἷαίπερ αἱ δέσποιναί γίνονται τε δὴ καὶ ἵπποι καὶ ὄνοι, πάνυ ἐλευθέρως καὶ σεμνῶς εἰθισμένοι πορεύεσθαι, κατὰ τὰς ὁδοὺς ἐμβάλλοντες τῷ ἀεὶ ἀπαντῶντι, ἐὰν μὴ ἐξίστηται,*

argument looking first to the public sphere, then to the private sphere and finally to that of the animal world. Notable in this regard is that for Plato, the evil would lie in the fact that women might obtain freedom and equal rights compared to men. Suffice it to note that Cicero summarizes Plato's text and changes his generic "women" to *uxores*, wives: for Cicero, women are wives and the city order is subverted when wives demand legal equality with their husbands. By contrast, the state is well ordered when the woman/wife is in an unequal legal condition, whereby the feminine sphere is essentially limited to that of the family. Plato's mention of liberty alongside legal equality (thus denying the right to both) vanishes in Cicero: faced with both legal spheres mentioned by Plato, Cicero opts for equal rights alone. Women are absolutely precluded from participating in the political dimension.

But perhaps the thought process underlying Cicero's translation is yet more subtle and revealing: the Roman woman is already *free* and has her own social, civic and judicial spaces, albeit inferior to those of her husband. Such equality would cause upheaval in the *res publica*. For a woman, participation in the governing of the state – above all participation in popular assemblies, *communio comitorum* – is unthinkable.

At the same time, when we read Cicero, it becomes easier to understand why in Rome *civis*, a word that already represents a concept with a sufficient level of free "fellow citizenship", was sufficient for all. Athenian society, however, felt the need to differentiate even on a linguistic level between male and female citizens with two pairs of words that are both connected to the city: on the one hand, the masculine *astòs* and feminine *astè* and, on the other, masculine *polìtēs* and feminine *politis*. The easiest explanation in this respect is that for the female citizen, only *astè* is used, whilst for the male political protagonist, the word is *polìtēs*. In actuality, however, things are not so simple: it is merely a cliché to state that the feminine *politis* is extremely rare and late. The word is also found in inscriptions and is common in the language of trials. Sophocles and Euripides use it, as does Plato himself who fears the political liberty of women as one of the principal horrors of popular democracy. In particular, when in his utopia he writes²⁹ that the best way to ensure women's participation in the *polis* is to make them participate in military activities, then – and this is the only instance in the whole Platonic corpus – Plato uses the feminine *politis*.

Furthermore, this word is used many times in Aristotle's *Politics*, at the beginning of the third book,³⁰ where he discusses citizenship: before Pericles's law of 451 BCE, the Athenian citizen had to be born from a *politis*, but after 451 – from a *politis* and a *polìtēs*, whereby the plural *politai* is used for the couple, husband and wife. Perhaps Aristotle had to declare that the true citizen was only the man: this statement reflected Athenian society, in which women were unusually subordinate. On the other hand, he also stretched this reality in an ideological sense in order to allow men to preserve a pre-eminence that language seemed to rule out. All this took place in a society

καὶ τὰλλα πάντα οὕτω (563d) μεστὰ ἐλευθερίας γίγνεται."; "By all means," he said. "And the climax of popular liberty, my friend," I said, "is attained in such a city when the purchased slaves, male and female, are no less free than the owners who paid for them. And I almost forgot to mention the spirit of freedom and equal rights in the relation of men to women and women to men." "Shall we not, then," said he, "in Aeschylean phrase, say whatever rises to our lips?" "Certainly," I said, "so I will. Without experience of it no one would believe how much freer the very beasts subject to men are in such a city than elsewhere. The dogs literally verify the adage and 'like their mistresses become.' And likewise the horses and asses are wont to hold on their way with the utmost freedom and dignity, bumping into everyone who meets them and who does not step aside. And so all things everywhere are just bursting with the spirit of liberty."

29 PLAT. *leges* 7.814c.

30 ARISTOT. *pol. spec.* 1275B 22–34.

in which the situation of an individual depended precisely on the possession and origins of their citizenship, as demonstrated by the life of Pericles the Younger, the son of Pericles and Aspasia, a non-Athenian woman, a life negatively affected by these origins.³¹

Regardless of the ideology, the need, as Aristotle himself claims,³² to overcome the scarcity of citizens through maternity, turns her into a citizen, a *politis*: the demographic reality is stronger than the ideology of exclusion.

We should also remember that in much of Greece, and later in the large part of the Hellenistic world, the women's status was better than it was at Athens, both from the point of view of private legal relationships and considering their public presence, to the point of coming close to political power in city governments. For instance, the most recent studies have shown that the practice of manumitting slaves, an act of considerable economic importance, was extremely common on the part of women.³³ Women were also a strong presence in civic spaces,³⁴ including under Roman rule, as we shall see shortly.

A well-known inscription for a victory at Olympia in a chariot race offers the best illustration in this regard. This inscription, found at Olympia, is by Kyniska of Sparta, Olympic victor for 396 and 392 BCE, as non-driving woman owner. It is the dedicatory verse epigram to be inscribed onto the pedestal of a bronze sculptural group consisting of her team of horses, her driver, and herself. The inscription says:

*"My father and brothers were kings of Sparta. I, Kyniska, conquered with my chariot of fleet-footed horses (...). And set up this dedication. I declare that I am the only woman in all Greece to have won this crown."*³⁵

In Rome, everything seems simpler: our word *citizen* seems to be translated by the single term *civis* that appears to comprise the whole free Roman population: men, women, and children.

IV. But what does it mean that a Roman woman is a *civis*?

Our starting point is the fact that ancient Rome never had a written constitution and that Rome's 1300 years of history saw a succession of many different ways of producing law. The increasingly complex structure of Roman society did not radically change the original basis for the rules governing the status of women: Roman law is essentially customary law based on *mores*, the customs established over time that excluded women from what the sources often describe as masculine functions reserved exclusively to males. Obviously, over the course of centuries, numerous formal normative acts intervened to alter the status of women, but the traditional reference framework remained, leaving a female condition very different from that of men. The fe-

31 Raffaele Tondini, *Ione figlio di Aspasia. La carriera politica di Pericle il giovane sulla scena teatrale ateniese*, 84 QUADERNI DI STORIA 127, 137 et seq. (2016).

32 ARISTOT. *pol.* 1278A 26–36.

33 Francesca Rocca, *La manomissione al femminile. Sulla capacità economica delle donne in Grecia in età ellenistica: l'apporto degli atti di affrancamento*, 2 HISTORICA 247, 262 et seq. (2012), <http://dx.doi.org/10.13135/2039-4985/207> (last visited Mar. 27, 2017).

34 Lastly Timothy Howe, *Shepherding the Polis: Gender, Reputation and State Finance in Hellenistic Boeotia*, 186 ZEITSCHRIFT FÜR Papyrologie und Epigraphik 152 (2013).

35 IG 5.1.1564A; (interesting is, how the woman had come to these victories) see JOHN PEDLEY, *SANCTUARIES AND THE SACRED IN THE ANCIENT GREEK WORLD* 129 (2005) (However, it seems to be exceptional evidence in classical Greece. Only in the Hellenistic era do we find more and more records of women's public role.).

male condition revolved around the conjugal house and its care. There was also an awareness, to borrow the words of the jurist Papinianus of about 200 CE, that “*There are many points in our law in which the condition of females is inferior to that of males.*”³⁶

Correspondingly, even within the Roman elite, the individual social value, the *dignitas*, of men was always greater than that of women.³⁷

Why this difference? According to the Roman jurists of the II and III century CE, a recurring explanation is the supposed feebleness of the female mind, the so-called *sexus inbecillitas*: this is a common statement in Roman classical culture, one that finds full expression already in Greek culture.³⁸ In my opinion literature has and still places too much importance on this “*feebleness*”, while not enough questions have been asked about why this justification appears in Roman law and culture only from I century BCE in Cicero:³⁹ indeed, it sounds like an artificial label. Even the jurist Gaius, reflecting his world of the II century CE, states that this is a specious explanation devoid of truth.⁴⁰

In fact, this label served to cloak the increasing difficulty of making exclusive recourse to the ancient and original principle, according to which women were excluded from whatever tasks that were considered masculine at the time.⁴¹

This also indicates the concern for protecting women’s modesty, in particular by ensuring that their presence in society remained discreet. Especially in non-legal sources, the female occupation of a public space is condemned. When this does occur, this woman’s opinions place her at

36 DIG.1.5.9 (Pap. I. 31 quaest.): “*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*”; about *mores* a perfect example is D. 5.1.12.2 (Paul. I. 17 ad ed.): “*Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*” “Not everybody may be appointed judge by those with the right to appoint judges. For some are prevented by statute from being judges, some by nature, and some by custom. For example, the deaf and dumb, the permanently insane, and the impubes [prepubescent child] through lack of judgement are prevented by nature. A person expelled from the senate is prevented by statute. Women and slaves are prevented by custom, not because they lack judgement but because it is accepted [it is traditional] that they do not perform civic duties.”

37 DIG. 1.9.1 PR. (Ulp. I. 62 ad ed.): “*Consulari feminae utique consularem virum praeferendum nemo ambigit. Sed vir praefectorius an consulari feminae praeferatur, videndum. Putem praeferrī, quia maior dignitas est in sexu virili.*” “That a man of consular rank always takes precedence over a lady of consular rank is a point no one doubts. However, whether a man of praefectorial rank takes precedence over a lady of consular rank remains to be seen. I should think he does, because greater dignity inheres in the male sex.”

38 Giunio Rizzelli, *Représentations féminines, lieux communs et droit dans la Rome antique*, in *DONNE, CIVILTÀ E SISTEMI GIURIDICI. RACCOLTA DI TESTI DAL MASTER INTERNAZIONALE CONGIUNTO FEMMES, CIVILISATION ET SYSTÈMES JURIDIQUES* 59, esp. 61 et seq. (D. Curtotti, C. Novi & G. Rizzelli eds., 2006).

39 Cic. Mur. 12.27: *infirmis consilii*, “weak judgement”; for *sexus inbecillitas* see DIG. 16.1.2.2 (Paul. I. 30 ad ed.): “*Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiusmodi casibus suppositis atque obiectis.*” “And so let us examine the terms of the senatus consultum [s.c. Velleianum, about 54 CE], having first praised the foresight of the most distinguished order [the senate], because it brought help to women, seduced and deceived in many cases of this kind, on account of the weakness of their sex.”

40 GAI 1.190.

41 About tutelage see DIG. 26.1.16 PR. (Gai. I. 12 ad ed. prov.): “*Tutela plerumque virile officium est.*” “Tutelage is, for the most part, a masculine office.” (The interpolation suggested by some for *plerumque* serves only to remove a source of embarrassment for those who do not wish to admit exceptions.) DIG. 26.1.18 (Neratius I. 3 reg.): “*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.*” “Women cannot be appointed as tutors, because this is a duty for males, unless they petition the emperor especially for the tutelage of their children.” (*Plerumque* and *nisi* relativize the scope of the general principle.)

the margins of society through two stereotypes: the shameless woman and the masculine woman.⁴²

This female condition is a generic and general principle whose concrete contents are specified on a case-by-case basis, we might say, by subtraction, or, in other words, by excluding women in specific contexts. Obviously, this cannot occur without ambiguities or grey areas.

V. What Citizenship?

Before taking a closer look at some specific features of the female condition, we should first pause to consider the initial question: what citizenship did Roman women have? The most direct approach is terminological.

Rome first had the noun *citizen*, *civis*, and only later – many centuries later – did the word *civis* give rise to the noun *civitas*, the citizen body as a whole.⁴³ From the outset, *civis* comprised both men and women, with internal distinctions in the quality of *civis* that derive exclusively from their respective positions within the family. But at its dawn and for many centuries, the Roman state represented itself as the *populus Romanus Quiritium* which can be translated as the Roman people of men in the army. The Roman power system was organized on a military basis: popular assemblies were above all ranks of the army; only that which fell within this structure was public in the true sense of the word. The Roman people were simultaneously the state and the army, and consequently the popular assembly that was its most important organ. Women fell outside all of this, which explains their exclusion from the public sphere.

For many centuries, the only true Roman was a man who bore arms: in archaic language the *Quiris*, not the *civis*.⁴⁴ *Civis* was only the individual belonging to the same group, representing a kind of a relationship: *cives Romani* were men, women and children.

Only after the relationship between the people and the army had disintegrated did it become unequivocally clear that the people consisted of all *cives*.⁴⁵

42 Birgit Feldner, *Zum Ausschluss der Frau vom römischen officium*, 62 *REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ANTIQUITÉ* 381 (2000) ("die schamlose Frau" ["the shameless woman"] [Chelidon, Carfania, Agrippina] and "die männliche Frau" ["the masculine woman"] [Maesia, Hortensia]); see also (with some variations) *ead.*, *Women's Exclusion from the Roman Officium* 396 (Sept. 17, 2002), *FORUM HISTORIAE IURIS*, <http://www.rewi.hu-berlin.de/zitat/0209feldner.htm> (last visited Mar. 27, 2017) Feldner studies three cases: Das Skandalon der Chelidon, the lover of Verres; Das Exemplum der Carfania; Agrippina, die socia imperii, Agrippina the Younger, the fourth and last wife of Claudius.

43 In II century BCE *civitas* still describes the whole citizen body, but the dominant and most frequently used term is *populus*, see L. Peppe, *La nozione di populus e le sue valenze. Con un'indagine sulla terminologia pubblicistica nelle formule della evocatio e della devotio*, in *STAAT UND STAATLICHKEIT IN DER FRÜHEN RÖMISCHEN REPUBLIK*, 312, 329 et seq. (Walter Eder ed., 1990).

44 But see Luigi Capogrossi Colognesi, «*Familia*», «*pater*», «*civis*»: *intrecci e contraddizioni*, 40 *INDEX* 146 (2012) (*Civis* and *Quiris* cannot be superimposed because – as we will see shortly – they describe different identities, as they refer to different contexts. As such, although sensitive to the difference in context, we cannot agree with the conclusion of Capogrossi that in the «public» sphere [the guillemets are the A.'s] identified as "the political community – above all as warriors and members of the primitive curias"; "the gap between *pater* and *filius* seems to disappear: another organizational criterion and another logic of inclusion/exclusion associated with the image of the *civis* prevails." [author's trans.]).

45 *GAI* 1.3: "*populi appellatione universi cives significantur*." Very probably, only at the beginning of the Republic "*populus*" starts to mean firstly the entirety of the *cives*, the "*totalità dei cittadini*"; see Aldo L. Prosdocimi, *La Roma "Tarquinia" nella lingua: forme e contenuti tra il prima e il dopo*, 17 *ANNALI DELLA FONDAZIONE PER IL MUSEO "CLAUDIO FAINA"* 367, 407 (2010).

There is no doubt that the Roman woman was a *civis* from the very beginning. Nevertheless, the inclusion of a woman into the community as a *civis* among *cives* works on two fundamental, inalienable levels, insofar as we can distinguish between them: a functional level, relating to procreation and everything gravitating around it (such as the rules of matrimonial exchange between groups), and a symbolic level, religion.

We will discuss religion below. However, at this point it should be stressed that the role of a woman in Rome was to have children and raise them, and to manage the interior of the house in a subordinate condition to the head of the family, the *pater familias*, who was generally the husband or his father, a *Quiris* and a potential soldier. This is the original structure of the Roman family and the relations arising inside and out of it.

For many centuries, almost until 90 BCE,⁴⁶ the Roman woman could confer Roman citizenship on her children: the general rule, governing the citizenship of a newborn, was that in a fully valid marriage (*iustae nuptiae*) the newborn gained the citizenship of the Roman husband at the moment of conception. Even outside this type of marriage, if the woman was Roman but her husband was not, her child was also Roman.

VI. But where did the Roman community and Roman women meet?

Three different situations emerge: religion, civic spaces, taxation. If we speak about taxation, here I can only say Roman women paid taxes. This obviously entails numerous presuppositions that differ, depending on the period and the sums of money involved, and, in particular, the adequate legal capacity of women and the existence of tools for enforcement and for calculating the tax base.

1. Religion

Religion played a truly central role, whereby its rites aimed to preserve the *pax deorum*, harmony with the gods. Religion could be private and public, and the harmony between the gods and the community was seen as the foundation for the well-being of the Roman state. And in the city's religion, women played a fundamental role.

To illustrate, for almost a thousand years the most important priest in Rome was the *Flamen* of Jupiter. However, he had to have a wife, known as the *Flaminica*. Whilst the *Flamen* held his post because he had been elected, the woman was a priestess only because she had married a *Flamen*. If she died, the *Flamen* was divested of his office. The *Flaminica* also performed some tasks of importance for everyday life. Moreover, she had to wear a special hairstyle and perform a solemn sacrifice of a ram to Jupiter every week on market days. Moreover, at the Ides in mid-month, her husband had to sacrifice a sheep to Jupiter. These were obviously fertility rites on behalf of the whole community.⁴⁷

46 In other words, until the issue of the *lex Minucia*, inverting the rule: the son of a Roman woman and a foreigner will be a foreigner; for later developments see GIOVANNI PUGLIESE, ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO 370 (3d, 1991).

47 CELIA E. SCHULTZ, WOMEN'S RELIGIOUS ACTIVITY IN THE ROMAN REPUBLIC 81 (2006): "Rather than discussing the *flaminica* and the *flamen* as two separate entities, the *flaminatus* should be viewed as a single priesthood that required the services of a married couple." On the *Flaminica* see L. Peppe, *Storia di parole, storie di istituti: sul diritto matrimoniale romano arcaico*, STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE IURIS 123, 188 et seq. (1997).

Another very ancient cult, perhaps introduced in the early Republic but still flourishing during the period of the Empire, was that of *Bona Dea* whose name was secret. This was an exclusively female cult, but it was practiced *pro populo romano*, for the benefit and health of the whole Roman people.⁴⁸ This cult entailed a secret ceremony, to which men were not admitted. This ceremony was officiated in her house by the wife of a supreme magistrate *cum imperio*, assisted by the Vestal Virgins, the high college of priestesses who tended the city's perpetually burning fire.⁴⁹

Finally, the festival of the *Lupercalia* should not go unmentioned. As ancient as Rome itself, it was held in mid-February and physically involved the city and its entire population, explicitly including women, in a rite of purification and fertility, of land and of women. According to Varro,⁵⁰ February was the month in which the people were purified, representing the central point in the life of the city. It is no accident that it was during this festival in 44 BCE that Mark Antony – consul and head of the *Luperci* – offered Caesar the king's crown, which he refused. The festival was still celebrated in 495 CE but was abolished shortly afterwards.

The religious role of the Roman woman is a constant: we also have endless inscriptions naming women who had built or restored temples or altars in their name and at their expense.⁵¹ It is from this perspective that women came closest to playing a central role in Rome's public life.

2. Civic spaces, religious or otherwise

There are only two examples in a rich catalogue relating to this area. Important type of public presence is that of Eumachia, who lived in Pompeii during the Augustan period. Already a wealthy woman in her own right, she married a member of one of the town's oldest families, and became the public priestess of Venus and patron of the corporation of the *fullones*, the washers. She had a large public building constructed at her expense, perhaps to be used mainly as a wool market, and dedicated it to *Concordia Augusta* and to *pietas*, very likely seeking to support her son's election campaign for the post of *duumvir* in the years 2/3 CE.⁵² The model of the building was the *porticus Liviae*, Augustus' wife, with two statues, one representing Livia, and the other – Eumachia.

In the eastern part of the Empire, in the Aegean islands and especially in Asia Minor, between the I and III century CE, we witness the only instances, where a large number of women held posts as city magistrates. These were obviously very wealthy women of particularly high social status, often belonging to families with close ties to Rome, the imperial court and the provincial governor.

Undoubtedly, more often than not these were cities with empty coffers, so that anyone willing to shoulder public expenditure was welcome: these women primarily financed public games. How-

48 Cic. *de har. resp.* 17.37; *de leg.* 2.21.

49 On the cult of *Bona Dea* see ARIADNE STAPLES, FROM GOOD GODDESS TO VESTAL VIRGINS. SEX AND CATEGORY IN ROMAN RELIGION (1988) *passim*.

50 VARRO *l.l.* 6.34, *februatur populus*, people is purified, which is likely to have given the month of February its name.

51 Exemplary is CIL I² 1688=ILS 5030=ILLRP 540 (Padula, late Republic): "*Ansia Tarvi f(ilia)/Rufa ex d(ecurionum) d(ecreto) circ(a)/lucum macer(iam) et murum ian(uam)/d(e) s(ua) p(ecunia) f(ACIENDUM) c(URAVIT)*."; SCHULTZ, *supra* note 47, at 59: "*Ansia Rufa, daughter of Ansius Tarvus, by order of the decurions (local officials) ensured that a brick wall and (another) wall and a gate were built around the grove. She paid for it with her money.*"

52 On Eumachia (and Iulia Felix, another interesting female figure from Pompeii) see Rosaria Ciardiello, *Donne imprenditrici a Pompei: Eumachia e Giulia Felice*, in 43 THE MATERIAL SIDES OF MARRIAGE *supra* note 10.

ever, this may be an understatement, as the activities of some of these women had a different and far greater impact. But above all, two important figures are of interest here. Evelyn Höbenreich has recently written about one of them in depth.⁵³ They are Plancia Magna of Perge and her descendant Plancia Aurelia Motoxaris of Selge, both towns in the vicinity of present-day Antalya. These two ladies of the II century CE come to hold the post of demiurge, are the eponymous magistrates of their town, “*representing the city to the world, and so constituting the very top of the whole pyramid of offices*”.⁵⁴

Plancia Magna was certainly also a priestess of the imperial cult. We can ascribe to Plancia the magnificent reconstruction of the city gate at her expense in around 120 CE:⁵⁵ women constitute the majority of the statues decorating this gate and the inscriptions refer to Plancia, even preceding her male relatives. Equally generous was Motoxaris, who had the upper agora of her town rebuilt at her costs.⁵⁶ In the inscriptions, these women are referred to respectively as “*daughter of the city*” and “*mother of the city*”.

Another aspect of civic spaces concerned the participation of women as spectators in events such as games, public banquets and theatrical performances. There were never any restrictions in this regard, beyond that of decent behaviour. Already in the II century BCE, the leader of a theatre company remarked in a comedy by Terence that among the various reasons for the comedy's lack of success, when first performed in 165 BCE, was the chattering of women.⁵⁷ However, we should always remember that spectacles and games in Rome had a primarily religious significance: the priests of the deities in whose honour they were held participated in these events, whereas head priests and the Vestal Virgins had reserved seats.⁵⁸

VII. Complementarity, Christianity: two final remarks

The first remark concerns the potential for linking together all the threads of this paper into a single word. In my view, this word exists, and it is complementarity, or “*Komplementarität*”. This word may have many different nuances in different disciplines: the role of a complementary element within a system may vary from a “*mere accessory*” to “*cooperation on an equal footing*”. In the case of Roman women, we see their integration into Roman society as non-egalitarian but necessary for this social system. This complementarity subordinates the condition of women to that of men.

A second final consideration: I have spoken of the importance of women in Roman state religion, but only in the context of paganism. In fact, the birth of Christianity and its later establishment did not radically alter the legal status of women, and only substantially impacted the

53 Evelyn Höbenreich, *Les femmes dans le droit romain*, in *DONNE, CIVITÀ SISTEMI GIURIDICI* 48–49 (Donatella Curtotti, Criseide Novi & Giunio Rizzelli eds., 2007) and previously *ead.*, *Familie und Gesellschaft*, in *SCYLLA. FRAGMENTE EINER JURISTISCHEN GESCHICHTE DER FRAUEN IM ANTIKEN ROM* 9, 66–67 (E. Höbenreich & G. Rizzelli eds., 2003); on Plancia Magna and Motoxaris see also Johannes Nollé, *Frauen wie Omphale? Überlegungen zu politischen Ämtern von Frauen im kaiserzeitlichen Kleinasien*, in *REINE MÄNNERSACHE? FRAUEN IN MÄNNERDOMÄNEN DER ANTIKEN WELT* 229, respectively 247 et seq. and 238 et seq. (M.H. Dettenhofer ed., 1994).

54 Ramsay MacMullen, *Women in Public in the Roman Empire*, 29 *HISTORIA* 208, 208–213 (1980). (Yet, no unanimous explanation exists of the reasons and causes for this role of women in this area and in this time.)

55 PAOLO BARRESI, *PROVINCIE DELL'ASIA MINORE: COSTO DEI MARMI, ARCHITETTURA PUBBLICA, COMMITTENZA* 521 (2003).

56 *Id.* at 539–540.

57 *Ter. Hec.* 35: *clamor mulierum*.

58 *Cic. Mur.* 35.73 as cited in ROBIN LORSCH WILDFANG, *ROME'S VESTAL VIRGINS. A STUDY OF ROMAN'S VESTAL PRIESTESSES IN THE LATE REPUBLIC AND EARLY EMPIRE* 32 (2006).

legal framework of marriage, whilst the importance of women in the religious public sphere decreased. However, Christianity was to become a total social fact, in the sense used by Marcel Mauss, in other words, a feature of Roman culture that is connected to all others and therefore also contributes to structuring civic identity. In this sense, the role taken on by Christianity in the social construction of female identity and therefore in the role of women in society and the state is important. With this in mind, the history of this role can certainly be divided into two parts.

In the first part, from the preaching of Christ until the end of the III century CE, the female presence is strong and important. One of the most popular strands of research in recent years is precisely the study of the history of the female role: at home, women pray and host meetings of the faithful, as seen in *Men and Women in the Household of God* by Korinna Zamfir.⁵⁹ The picture that emerges is of a generally free domestic and non-domestic condition of women: in this regard, the figure of Lydia of Thyatira and her meeting with the Apostle Paul at Philippi is an apt example.⁶⁰

At the same time, we see a strand of misogyny that is obviously a child of the times and that will condition the whole history of Christianity up to the present. This strand finds its strongest expression in the theological problem of whether women, like men, are *imago Dei*, with a predominantly negative answer that later will be overcome, albeit with difficulty. The most important formulation of this trend can be found in a fragment of the Gospel of Thomas, probably influenced by the philosophy of Clement of Alexandria⁶¹ but which is in any case perfectly in line with Pauline thought:⁶²

"Simon Peter said to them, 'Make Mary leave us, for females don't deserve life.'

Jesus said, 'Look, I will guide her to make her male, so that she too may become a living spirit resembling you males. For every female who makes herself male will enter the kingdom of Heaven.'"

Traditional Roman law⁶³ and Christian theology meet in Ambrosiaster,⁶⁴ at about 380 CE:

*"For in what way can it be said of the woman, that she is the image of God, who is known to subject to the dominion of the man and to have no authority? For neither is she able to teach, nor to be a witness or not to stand security for someone, not to judge: how much more to rule!"*⁶⁵

59 KORINNA ZAMFIR, *MEN AND WOMEN IN THE HOUSEHOLD OF GOD. A CONTEXTUAL APPROACH TO ROLES AND MINISTRIES IN THE PASTORAL EPISTLES* (2013).

60 ACTA AP. 16.11–15.

61 CLEMENT OF ALEXANDRIA EXC. THEOD. 21.3 see MAURO PESCE, *LE PAROLE DIMENTICATE DI GESÙ* 72, 582 (2004).

62 See PAUL. 1 COR. 11.3–10 (much more concrete than PAUL. GAL. 3.27–28 [a mere statement of principle]).

63 See LIV. 34.7.9, *supra* note 10, especially the list of exclusions in the famous DIG. 50.17.2 PR.-1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *"Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. 1. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere."* *"Women are debarred from all civil and public functions and therefore cannot be judges or hold a magistracy or bring a lawsuit or intervene on behalf of anyone else or act as procurators. 1. Likewise, someone who is not grown up must abstain from all civil functions."*; FRIER-MCGINN, *supra* note *, at 457: *"act as procurators (for others in lawsuits)"*.

64 (Unknown author, very probably a Christian linked to Judaic culture and with a good legal education.) Ulrich Manthe, *Wurde die Collatio vom Ambrosiaster Isaak geschrieben?*, in *FESTSCHRIFT R. KNÜTEL ZUM 70. GEB. 737* (Holger Altmeyden ed., 2009).

65 AMBROSIASTER *Quaestiones veteris et novi Testamenti* 45.3: *"Quomodo enim potest de muliere dici, quia imago dei est, quam constat dominio viri subiectam et nullam auctoritatem habere? Nec docere enim potest nec testis esse neque fidem dicere nec iudicare: quanto magis imperare!"* (It has been said about this text [*Wurde die Collatio — id.*, a 742;

After Constantine and later the establishment of Christianity as the state religion, the process of institutionalizing the Church led to the formation of the ecclesiastical hierarchy and the regulation of Church property, with an infinity of problems and uncertain solutions, for example, the inheritance of the personal property of a bishop by his wife and children.⁶⁶ The subordination of women is expressed in this sphere by their exclusion from this hierarchy and the creation of new distinctions within the female sex. For example, there was a fierce debate over the wealthy Christian widows' role in the Church, as widowhood had "restored" their quasi-virginal condition. However, at this point we are approaching the Middle Age and its abbesses.

Rocca, *supra* note 35, a 743; tutelage, *supra* note 43] that it is structured following a rabbinic style of exposition "vom Leichterem aufs Schwerere". It has also been written that the syntagma "*quanto magis*" "*interrogatively, is often used in argument*" [so ALEXANDER SOUTER, VII 4 A STUDY OF AMBROSIASTER 71 (1905)]. The conclusion should be that in this text the most important exclusion for women is "*to rule*", *imperare*. In the time of Ambrosiaster, it meant to be a formal and real Empress, with all the powers of an Emperor [still in 800 CE one of the arguments for the crowning as Emperor of Charles the Great would be that the throne of Constantinople was vacant, as it was occupied by a woman, Irene]]. About *docere* see now K. Zamfir, *Women Teaching-Spiritually Washing the Feet of the Saints? The Early Christian Reception of 1 Timothy 2:11-12*, 32/2 ANNALI DI STORIA DELL'ESEGESI 353, spec. 373-375 (2015).

66 CAN. APOST. 40 (IV century CE or a bit earlier).



Non-State Law in Nigeria

A "Treasure Trove" or "Pandora's Box"?

Lambert H.B. Asemota^{*}, Vienna

Abstract: *Nigeria operates a tripartite legal system comprising customary law, Sharia law and the English common law regime. While the former two non-state legal systems predated the coming of the British to that region of Africa, English common law tradition was introduced with colonisation. Consequently, the Nigerian legal system has become submersed with legal pluralism which tends to put critical legal thinkers in two minds. This paper revisits the theories and practices of the established three-tier system within the context of the topical challenges that trickle down from attempting to reconcile the reliance by certain ethnic groups on the concept of self-determination (under the guise of freedom of religion and culture) and the opposing provisions of the Nigerian constitution and international treaties and conventions.*

Keywords: *Customary law, Sharia law, self-determination, Boko haram, Nigeria, Terrorism, Niger Delta Militant.*

Part A

Introduction

In the heat of the decolonisation of parts of Africa and immediately prior to the granting of independence to the country now known as Nigeria, it was settled that the pre-existing non-state rules (native law and customs) be applied only as personal law. They were to be applied in family matters, such as marriage, inheritance, etc. However, one thing led to another and Sharia law has since been extended to criminal law jurisdiction just as customary law has also transformed into something else. These activities have in one way or another stirred up political hornets' nest as the application of such non-state rules has since become so widespread that it has degenerated into agitation for self-determination and secessionist ideology by way of armed insurgence and terrorism in parts of the country.

This paper is divided into three parts. While in this introductory section, which also serves as part A, the salient points regarding the inception of legal pluralism and its necessity in the Nigerian geopolitical setting are highlighted, under part B the author attempts to address the core of the

^{*} Lambert H.B. Asemota, LL.B., LL.M. (London), Dr.iur. (Vienna), Specialist in Refugee Care: ORS Service GmbH; formerly Director and Legal Adviser: African and Ethnic Minority Advocacy Centre, Vienna, Austria; author of the book, "Troubles That Ooze Out Of Legal Pluralism: The Human Rights Viewpoint (2015)". I would like to thank Daniela Bereiter and others for their brilliant editorial assistance, and the independent reviewer whose critical analysis helped in shaping this article.

contentious issues by breaking them into I. Meaning and advent of customary law; II. Proof (and application) of customary law; III. Effect of customary law in Nigeria; IV. Limitation prescribed by law and V. Principles of self-determination.

Under I., the author traces the theories and practices of customary law through to its inclusion in the Nigerian legal system. Under II., he takes a fervent look at the circumstances under which customary law is applied. These include the criteria for determining whether or not a particular custom is applicable in a given case and the category of people to whom it applies. Under III., the author reminisces the reintroduction of customary law (including Sharia) within the context of the topical challenges that arise from attempting to reconcile the reliance by certain ethnic groups on the concepts of freedom of religion and culture under international law (within the auspices of self-determination) and the opposing provisions of the Nigerian constitution and ratified international treaties. Particular attention is also drawn to the political turbulence that marred the first six-year self (independent) rule which brought about military take-over that lasted over thirty years, before democracy was re-established. He touches on the subject of the run-up to the election dates, during which various promises were made by desperate in-coming politicians, one of which was that they would re-establish Sharia and customary laws. He emphasizes how, consequent upon the realisation of that dream, the insatiable nature of humankind took its toll on the natives and narrates at length how this played out in their quest for more autonomous pathways which culminated in the demand for fiscal federalism, self-determination and even pursuit of secessionist ideology. He concludes by elaborating how the natives vigorously pursued these elemental concepts via unholy alliance in the form of insurgency, which has invariably transformed into gun-wielding movements, such as Boko Haram (Islamic fundamentalist group), Movement for the Emancipation of Niger Delta (MEND), Niger Delta Avengers, etc. Under IV., the author argues that while anyone who feels marginalised has the right to seek redress, it must be done within the confines of the law. And in the absence of domestic instruments in that regard, he highlights a number of international treaties binding on Nigeria and which guarantee certain rights, as well as the limit to which such instruments can be invoked. The author draws his arguments to a close under V. by tracing the principle of self-determination under international law: the variations of this principle; the category of people to whom they apply; under what circumstances they could be invoked; and the limits of their application.

Part C. sees the author draw on the articulation of some known publicists on the subject to rebuff the protagonists' position. He concludes by asking whether, considering the resultant agitation for self-determination, secessionist ideology and acts of terrorism, it is appropriate to say that that reintroduction amounts to a discovery of a treasure trove or the opening of Pandora's box. In other words, is it advantageous or disadvantageous to the much-desired development of the nation?

Before the arrival of British colonialists and others like them, the area that is today known as Nigeria comprised a number of clans, settlements, kingdoms, empires, etc., and each had its own idiosyncratic traditions and customs, albeit by different nomenclatures. Although the various customs and traditions were orally handed down from generation to generation, through them, the indigenous peoples were able to effectively organise and regulate their societies. For reasons of standardisation however, the designation "customary law", in the form of non-state law, was adopted later as a mere change in nomenclature, but the character and merit of it have remained

the same to this day. Even though there were no established institutions to ensure compliance with the various customs, oral history and legends have it that the then peoples felt bound by them, as the sanctions for violation adequately served their purposes.

When the British colonialists in pursuit of their economic expansionist ideology arrived in the area, one of the major challenges that confronted them was the variety of pre-existing ethnic groups and languages. Quite clearly, the enormous number of ethnic groups more or less correlated with the countless traditions, customs and the semblance of religions in the area. Even within an ethnic group, there were local variations of tradition and custom. And because each ethnic community was largely independent of the other, the uncompromising nature of their various oral rules of customs and traditions often resulted in conflicts. What fell within the confines of the oral rules in a particular community could be prohibited in another.¹

For those in specialised fields other than law, history, sociology and anthropology and perhaps journalism (albeit minimally), the phrase “legal pluralism” may seem like a mere abstract notion that could be allowed to putrefy in the void of anachronism.² Nevertheless, in this article, the author revisits this tripartite system like an archaeological discovery dug up for reasons of its indomitable character and contemporary effects on the Nigerian political landscape.³ And these reasons are best elucidated within the context of the array of non-state norms hitherto referred to as traditions and customs, which needed to be surmounted in some of the areas comprising evidently heterogeneous peoples since they were forcefully merged by the British to calve out a number of countries; one of which is known today as Nigeria. Because of the multiplicity of these pre-existing local independent customs, it became a major challenge to choose certain rules of some customs in preference to others. Therefore, for exigency purposes, it was decided that the English common law regime (which later became the substantive state law) be applied alongside these said local customs with their attendant complexity, thereby establishing a pluralistic state in the form of legal pluralism.

In respect of the problem of applying native law in disputes between natives and non-natives of a particular community, Chigozie Nwagbara⁴ writes that to ascertain who was a native or non-native for the purpose of administering justice was cumbersome. She emphasises that because there were records of injustices in the native courts as a result, the colonial administrators decided on bringing them (the native courts) within the ambit of statutes so as to ensure immense control. This approach could well be argued to have given credence to the onset of the culture of Western ethnocentrism and rein of hegemonic control in most parts of Africa. And in the same vein, to complement all of these, the introduction of English as the official language of communication also became somewhat obligatory.

1 See generally Burabari Adule Nkor, *The Validity of Customary Law as a Source of Nigerian Law*, NIGERIAN LAW CLASS, July 26, 2014, <https://nigerianlawclass.wordpress.com/2014/07/26/the-validity-of-customary-law-as-a-source-of-nigerian-law-by-burabari-adule-nkor/> (last visited Mar. 27, 2017).

2 See LAMBERT H.B. ASEMOTA, *TROUBLES THAT OOZE OUT OF LEGAL PLURALISM: THE HUMAN RIGHTS VIEWPOINT*, 25 (2015).

3 See *id.*

4 Chigozie Nwagbara, *The Nature, Types and Jurisdiction of Customary Courts in The Nigeria Legal System*, 25 JOURNAL OF LAW, POLICY AND GLOBALIZATION 1 (2014), <http://www.iiste.org/Journals/index.php/JLPG/article/view/13175/13354> (last visited Mar. 27, 2017).

Part B

I. Introduction Meaning and advent of customary law

There is indeed much controversy as to what amounts to customary law. However, it should be emphasised that the phrase “customary law” was later understood as what used to be the customs of the indigenous peoples of (perhaps) the whole of Africa. It is also variously referred to as tradition, custom or culture. However, it seems that one is the variant of the other, as they tend to dovetail into each other. Anthropologist Sally Engle Merry writes that culture “(...) *seems to be the equivalent of traditions, customs and religion.*”⁵ Similarly, according to another definition, tradition is “(...) *a belief, custom or way of doing something that has existed for a long time among a particular group of people.*”⁶ Whilst the existence of these customs cannot be contested, their sources cannot be easily traced. And as there are quite a number of them, so are there a number of sources. Nevertheless, oral history traces them back to pre-historic times. Therefore, they are known to have been handed down from one generation to another. Lon L. Fuller observed in 1968 about custom however that “*though we may be able to describe in general the class of persons among whom a custom has come to prevail as a standard of conduct, it has no definite author; there is no person or defined human agency we can praise or blame for its being good or bad.*”⁷ As a result of its complexity, particularly as this article pertains to the Nigerian legal system, perhaps the most expedient definition has been prescribed by the Nigerian Supreme Court in the case of *Zaidan v. Mohsen*: “(...) *any system of law not being the common law and not being a law enacted by any competent legislature in Nigeria but which is enforceable and binding within Nigeria as between the parties subject to its sway.*”⁸

In this connection, it is important to note that there is a great difference between Sharia and customary law. And with regard to that differentiation, let me emphasise therefore, that, although Sharia law is a written law, which is distinct, by normative nuances, from customary law,⁹ in this article, the author craves the indulgence of the readers for the loose conception of customary law in a way that subsumes Sharia law under it. Even though the dichotomy between them may be divulged later in this article, he has decided to begin by adopting the old methodology of constricting both into customary law for reasons of exigency. In that context, Kolajo, former Chief Customary Court President, observes that “(...) *only by virtue of some specific provisions in a law such as section 2 of the High Court Law Cap. 49 Laws of Northern Nigeria, 1963 which provides that native law and custom includes Moslem law that Moslem law is regarded as native law and custom. It is in truth and reality not customary law.*”¹⁰

How those customs of old came to be categorised as customary law is a matter for general debate and therefore outside the scope of this paper. However, one account given by *Legal Research*

5 Sally Engle Merry, *Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way)*, 26 PoLAR 55, 61 (2003).

6 OXFORD ADVANCED LEARNER'S DICTIONARY (7th ed. 2005).

7 LON L. FULLER, *ANATOMY OF THE LAW* 71 (1968).

8 *Zaidan v. Mohssen*, [1973] 11 S.C. 1 (Nigeria) available at <http://www.lawpavilionpersonal.com/lawreportsummary.jsp?suite=olabisi@9thfloor&pk=SC.52/1973&apk=11911> (last visited Mar. 27, 2017).

9 Hence, section 2, Plateau State Customary Court of Appeal Law [1979] with a slight deviation, provides that it is a “(...) *rule of conduct which governs legal relationships as established by custom and usage and not forming part of the common law of England...but does not include Islamic personal law.*”

10 A.A. KOLAJO, *CUSTOMARY LAW IN NIGERIA THROUGH THE CASES*, 2 (2000).

*Guide*¹¹ has it that the application of customary law is as a result of the principle of legal centrism, according to which all law is believed to emanate from the state. In that respect, rites developed and practised by non-state actors, vis-à-vis customary and/or religious law were given the status of law as far as they derive their authority from the state.

Although the practice of this form of legal pluralism dates back to about 1772 in British India,¹² it was later imported into parts of Africa by the Europeans through the process of colonisation.¹³ And because there existed multiplicity of ethnic or linguistic groups, as earlier mentioned, the administration of such areas was highly cumbersome. Therefore, it became imperative to constrict the natives into groups, irrespective of the lack of homogeneity and without giving due consideration to historical, ethnic or linguistic backgrounds of each. This approach echoed in the utterances of the political leadership of both the Northern and Southern Regions, as well as the British representative's. For example, Adisa Adeleye writes that in 1952 the then Prime Minister, Alhaji Abubakar Tafawa Balewa, who happened to be from the North, was alleged to have made some inciting statements against the amalgamation of northern and southern protectorates in order to create the country, Nigeria. One of such statements was that the Nigerians, who were migrating from the Southern Region to the North for jobs and business opportunities were "intruders", and that they were not welcomed in the Northern Region.¹⁴ In the South, Chief Obafemi Awolowo, the then Premier of Western Region, was also quoted as saying that the "*Amalgamation of the Northern and Southern Protectorate was a mistake of 1914.*"¹⁵ And at a Convocation Lecture at Adekunle Ajasin University in November 2014 Iyorchia Ayu quoted Sir Hugh Clifford, the then Governor-General, as having described Nigeria as "*A collection of independent native states, separated from one another by great distances, by differences of history, and traditions, and by ethnological, racial, tribal, political, social and religious barriers.*"¹⁶ These somewhat arbitrarily formed groups were administered using laws and institutions in operation in the newly created British territories. Obviously, they did not completely abolish the native customs of the dominant groups within each territory. They were however greatly reduced as application of each was allowed in so far as the state enacted laws permitted. This brought about the idea of specifying which customary law and in what manner could be applied.

Even though customary law is applied in many countries around the world, particularly in Africa, the scope of this paper is restricted mainly to the Nigerian legal system. And in that connection, it is useful to state that customary law is predominantly practised in the South, whereas Sharia, being the legal jurisprudence based on Islamic religion, is mainly applied in the North where the majority are Muslims. According to Brendan Koerner,¹⁷ the religion arrived in the Northern Re-

11 *Legal Research Guide: Customary Law in Africa*, LIBRARY OF CONGRESS, <http://www.loc.gov/law/help/africa-customary-law.php> (last visited Mar. 27, 2017).

12 M.B. Hooker, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws* 61 (1975), LIBRARY OF CONGRESS, <http://www.loc.gov/law/help/africa-customary-law.php> (last visited Mar. 27, 2017).

13 See *Legal Research Guide*, *supra* note 12.

14 See generally Adisa Adeleye, *AMALGAMATION OF 1914: Was It A Mistake?* VANGUARD NEWSPAPER (May 18, 2012, 12:00 AM), <http://www.vanguardngr.com/2012/05/amalgamation-of-1914-was-it-a-mistake/> (last visited Mar. 27, 2017).

15 Crawford Young, *Impossible Necessity of Nigeria: the Struggle for Nationhood*, 75 FOREIGN AFFAIRS 139 (1996).

16 Iyorchia Ayu, *The Break-up of Nigeria: Myths, Realities and Implications*, DAILY TRUST NEWSPAPER (Nov. 9, 2014, 4:00 AM), <http://www.dailytrust.com.ng/sunday/index.php/investigation/18693-the-break-up-of-nigeria-myths-realities-and-implications> (last visited Mar. 27, 2017).

17 Brendan Koerner, *How Did Sharia Get to Nigeria*, SLATE.COM (Aug. 22, 2003, 4:48 PM), http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2003/08/how_did_sharia_get_to_nigeria.html (last visited Mar. 27, 2017).

gion at around 11th century, via traders from North Africa.¹⁸ While Islam remained the religion of court and commerce for centuries, the ordinary citizens, particularly those in the rural areas, continued to practise polytheistic or animistic faiths with elements of Islam blended in.¹⁹ This was one of the reasons Sharia was originally categorised as native custom (and later, customary law) when the British merged the Northern Region with the Southern Region. However, when the Penal Code Law²⁰ was promulgated in 1959, it abrogated the criminal jurisdiction of the Native Courts which previously had wide margin of power to adjudicate (using Sharia) on both penal and civil (personal) matters. It remained so until Nigeria finally returned to democracy in 1999. The hitherto personal scope of application of Sharia law was again extended to criminal law on in October 1999, following the election of Ahmed Sani as Governor of Zamfara state, who, in his electioneering campaign promised to re-establish Sharia law as a matter of right.²¹

II. Proof (and application) of customary law

Regarding the legal endorsement of customary law application in Nigeria, the colony of Lagos was the starting point. The Supreme Court Ordinance No. 4 of 1876 seems to be the first significant regulatory statute that made a far-reaching attempt to proffer guidelines as to when and how a given custom was to be considered for application. This is what is now referred to as the "Repugnancy Test". It stipulates: *"Nothing in this Ordinance shall deprive (...) any person of the benefit of any law or custom existing in the said Colony and Territories subject to its jurisdiction, such law or custom not being repugnant to natural justice, equity and good conscience, nor incompatible either directly or by necessary implication with any enactment of the colonial Legislature existing at the commencement of the Ordinance, or which may afterwards come into operation."*²² And therefore, when Nigeria was created in 1914 after the "amalgamation" of the northern and southern protectorates, the British government (through its principal representative, Fredrick Lugard, who was appointed as the first Governor-General), made it part of its foreign policy initiative to retain the customs prevalent in any such area. Hence, Lugard relates in his book the importance of ensuring that the traditions of native peoples were given serious consideration in governance. He believed that such strategy would help in no small measure in promoting the indigenous peoples' welfare and happiness.²³

Evidence Act LFN 1990²⁴ also provides that any such custom relied upon must meet the Repugnancy Test as initiated by the Supreme Court Ordinance. This is to ensure that the particular custom is suitable for application, and not barbarous, unfair or overtly discriminatory. It is however important to mention here that the legal pendulums in this regard have, in several cases, swung either way,²⁵ so that it now appears to be only a subject for academic debate.

18 *Id.*

19 *Id.*

20 Penal Code Law (1959) 18 (Northern Region) (Nigeria).

21 See GUNNAR J. WEIMANN, ISLAMIC CRIMINAL LAW IN NORTHERN NIGERIA: POLITICS, RELIGION, JUDICIAL PRACTICE, 129 (2010).

22 The Supreme Court Ordinance No. 4 of 1876.

23 See FREDERICK LUGARD, THE DUAL MANDATE IN BRITISH TROPICAL AFRICA (1926), available at <http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/Lugard-dual%20mandate.pdf> (last visited Mar. 27, 2017).

24 Evidence Act Law of Federation of Nigeria (1990), § 14 which has since been replaced by Evidence Act (2011), §§ 16–19 & 73.

25 See for example: *Nigerian* cases such as *Mojekwu v. Mojekwu* [1997] 7 N.W.L.R 283; *Ukeje v. Ukeje et al.* [2001] 27 WRN 142; *Mojekwu v. Iwuchukwu* (2004) 4. S.C. (Pt.II). 1. (By substitution for Mojekwu – deceased).

Additionally, there are some prerequisites for applying customary law that are expressly provided for under Evidence Act. And they are based primarily on two grounds, either of which must be ascertained before a particular custom can be invoked in any case:

1. where the custom sought to be relied upon by any individual or group has been established in the form of judicial notice. This means that a court of co-ordinate or superior jurisdiction had, in a similar case, addressed and recognised such custom as being a custom binding on people in a particular area; or
2. by proving the existence of such custom by the individual seeking to invoke it as binding upon the class of persons in the same area and in circumstances similar to those under consideration.²⁶ This can be established through expert opinions of people such as traditional rulers, Chiefs or persons who are learned in the custom under consideration.

III. Effect of customary law in Nigeria

From the on-going socio-political crises in Nigeria, it is somewhat fiddly to determine whether the reintroduction of customary law regime is tantamount to a discovery of a treasure trove or rather Pandora's box. This inference can be drawn from the current wave of militancy in the Niger Delta, allegedly initiated by groups, such as Movement for the Survival of Ogoni People (MOSOP), Niger Delta Avengers and Movement for the Emancipation of Niger Delta (MEND)²⁷ on the one hand, and the quest for self-determination or the re-establishment of full application of Sharia law, under the guise of freedom of religion and culture, as demanded by the group referred to as Boko Haram, on the other hand.

Customary law was reintroduced with the return of Nigeria to democracy in 1999 after many successive military coups that persisted between 1966 and 1999. The propagation of the demand for rights under the principles of self-determination and/or freedom of religion and culture began. Many businessmen-turned-politicians, particularly those referred to as "money bags", jumped at the opportunity. And without any political ideology or significant party manifesto, they set their political manoeuvring machine in motion by engaging every means that they believed could secure them the desired seats in government. Accordingly, countless promises, some of which appeared to be either unrealistic or which the *promisors* may not have the political will to fulfil, were made. The unsuspecting electorates easily believed them. Consequently, the euphoria of the adoption or the acquiescence of the re-establishment of the age-old customary law (including Sharia) after having been suppressed for about three decades re-ignited various other forms of related political agitations and turbulence. Violent protests, armed insurgency, secessionist contrivance, etc. – all in the name of struggle for political and socio-cultural rights have thus become the order of the day in Nigeria. In practical terms, all of these instigated the creation of the aforementioned movements. Quite clearly, such cataclysmic consequences are not unexpected when unrealistic promises are tossed at unsuspecting electorates by politicians for political gains.

26 See judgement speech of Supreme Court Justice, Andrew Otutu Obaseki JSC, citing section 14 of the Evidence Act, Cap. 62 Laws of the Federation of Nigeria (1958) in *Prince Bilewu Oyewunmi & Anr v. Amos Owoade Ogunesan* (1988) S.C. 26; see also Evidence Act (2011), §§ 16–19 & 73.

27 A group known as Niger Delta Avengers has also joined the list of militant groups and is also now making some unrealistic demands.

It is however imperative to note that while MEND (in the southern part of Nigeria) and related groups allegedly embraced the amnesty that was granted them by the federal government (albeit partially²⁸), the Boko Haram movement (in northern Nigeria) has so far turned down such offer. Instead, the latter is alleged to have developed into a terrorist group.²⁹ It has been generally argued that MEND and some other similar movements tended to have legitimate aim in demanding a share of the natural resources found on their land. This inference is usually drawn mainly from two persuasive grounds:

1. the principle of fiscal federalism, as Nigeria operates a federal system;³⁰ and
2. the contents of the "Independence Constitution" of 1960³¹ and those of the "Republican Constitution" of 1963³².

While arguments for or against the former ground could be characterised by a range of insinuations, it appears that inference in the affirmative can be drawn from the latter. For instance, the constitutional provisions on the distribution of mining royalties and rent in sections 134 to 139 of the 1960 Constitution stipulate that every Region (now State) is entitled to fifty percent (50 %) of the proceeds of any mineral extraction activities (particularly mineral oil) derived by the Federation from that Region. Additionally, thirty percent (30 %) from the royalties and rent is to be credited to Distributable Pool Account. And fractions of whatever amount standing to the credit of the Distributable Pool Account shall, at every quarter, be disbursed to the Regions in specified percentage.³³

However, the 1963 Constitution³⁴ is slightly different from the 1960 Independence Constitution in this regard: while under the former, the mining royalties and rent and related matters are contained in sections 140 to 145, the latter provides for same under sections 134 to 139. They practically say the same thing. Both Constitutions are however silent on the issue of the remainder twenty percent (20 %). It appears by implication that that was the percentage to which the federal government was originally entitled in the share of the federal allocation. Another major change brought by the 1963 Constitution worth mentioning is the abolition of the position of the Queen of England as the Head of State represented by a Governor-General, thereby replacing it with the

28 "Partially", because factions of the various movements (they are many) often raise concerns that some of their members have secretly accepted gratifications from the government and their agents and have made decisions that are not in the interests of the generality of the groups. These factions therefore warn that any agreements reached with such select individuals do not represent the resolution of the movement as a body.

29 See U.S. Department of State, *Terrorist Designations of Boko Haram and Ansaru*, STATE.GOV (Nov. 13, 2013), <https://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/266565.htm>; see also BBC Africa, *Nigeria: US 'to name Boko Haram as a terrorist group'* (Nov. 13, 2013), BBC.COM, online <http://www.bbc.com/news/world-africa-24922833> accessed (last visited Mar. 27, 2017).

30 In Alex O. Atawa Akpodiete, *What Exactly is True Federalism & SONACO*, THE NIGERIAN VOICE (Apr. 17, 2012, 21:28 CET), <http://www.thenigerianvoice.com/nvnews/87726/1/what-exactly-is-true-federalism-sonaco.html> (last visited Mar. 27, 2017), he writes that Federalism is "a system of government in which the individual states within a country have control over their own affairs, but are controlled by a central government for national decision. A republic, on the other hand is defined by the Oxford Advanced Learner's Dictionary as a country that is governed by a president and politicians elected by the people and where there is no king or queen." He further emphasises that, "that means that the Federal Republic of Nigeria is supposed to be a country (...) ruled by a president and elected politicians, but each state should have autonomy and only controlled by Abuja for national decisions."

31 Constitution of Nigeria (1960), §§ 134–139, which is regarded as independence constitution, available at <http://www.lawnigeria.com/CONSTITUTIONHUB/1960-1999ConstitutionofNigeria.html> (last visited Mar. 27, 2017).

32 Constitution of Nigeria (1963), §§ 140–145, available at <http://www.lawnigeria.com/CONSTITUTIONHUB/Constitution/1963ConstitutionofNigeria.html> (last visited Mar. 27, 2017).

33 See Constitution of Nigeria (1960), §§ 134–139.

34 See Constitution of Nigeria (1963), §§ 140–145.

office of a President. Also abrogated is the section that made Her Majesty (the Queen of England) in Council the final arbiter in all court cases with a value of five hundred pounds (£ 500) and above that were initiated in Nigeria, thereby replacing it with Nigerian Supreme Court.

Conversely, Boko Haram is allegedly making its demand also on two grounds: (a) to introduce Sharia law in the whole of Nigeria, having been dissatisfied with the justice system that is based on common law and doctrine of equity or (b) to be allowed to secede and to form an Islamic State under the principle of self-determination.

In essence, all peoples reserve the right to demand their right of self-determination to address a lack of proper representation or oppression from any given government. However, there are certain clandestine political game plots that are usually reinvigorated and brought to bear under the guise of socio-cultural rights agitation. For example, Olayode succinctly analyses this by reference to the disorderliness in the Nigeria polity. According to Olayode,³⁵ there are four ethno-regional organisations akin to MEND and Boko Haram Movements in Nigeria, albeit seemingly milder in form, but not any less lethal in political power play. These are: Movement for the Survival of Ogoni People (MOSOP); Egbe Afenifere (Society of the lovers of good things); Ohanaeze-Ndigbo (Igbo Citizens Assembly); and the Arewa Consultative Forum (ACF). These groups can be said to represent the "who is who" in power politics in the country and have the capacity to unleash political pandemonium if things are not done their own way. These groups, as Olayode rightly observes, operate on the one hand, between the primary units of the society and the ruling collective institutions, and on the other hand, they emphasise the collective identity of specific groups, and are willing to use confrontation to achieve their objectives.³⁶

Most arguments for the reintroduction of customary law into the Nigerian legal system cite the principles of self-determination, freedom of religion, and cultural rights as normative references to justify their demand. These somewhat misconceptions are usually inferred from Articles 1 and 18, and sometimes 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) which guarantee to all peoples the right of self-determination,³⁷ as well as the right to "freedom of thought, conscience and religion" (hereafter freedom of religion). For example, Ugochukwu rightly observes that "the push to implement the Sharia often supported by northern intellectuals, and coinciding with the election of a Yoruba Head of State that signalled a power shift from north to south, [was] seen as an attempt to assert the northerners' right to self-determination."³⁸ And this is what it has turned out to be in recent times. While these rights are mostly framed as cultural, quite clearly, none seems to ponder the parts of the international legal instrument, which provide that some of these rights are not absolute but qualified under various paragraphs of some international legal instruments. For example, Article 18 (3) of ICCPR emphasizes the restrictions on freedom of religion, stipulating that the manifestation of a religion must take into consideration those limita-

35 Kehinde Olayode, *Self-Determination, Ethno-Nationalism and Conflicts in Nigeria*, https://www.researchgate.net/profile/Muhammad_Kamaldeen_IMAM-TAMIM/publication/235892780_Kehinde_OLAYODE_-_Self-Determination_Ethno-Nationalism_and_Conflicts_in_Nigeria/links/09e41513ea7187fc81000000.pdf (last visited Mar. 27, 2017).

36 *Infra* note 39.

37 Self-determination principles are particularly highlighted in Articles 1(2) of U.N. Charter; 1(1) of ICCPR; and 1(1) ICESCR.

38 Françoise Parent-Ugochukwu, *Book Review of Democratization and Islamic Law: The Sharia Conflict in Nigeria*, (Dec. 1, 2009), <http://www.accord.org.za/ajcr-issues/democratization-and-islamic-law-the-sharia-conflict-in-nigeria/> (last visited Mar. 27, 2017).

tions that *"are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others."* In that connection, therefore, it is helpful to briefly examine, in practical terms, the limitations to which the manifestation of one's religion is subject. After that, attempt shall be made to critique the implication of self-determination within the context of freedom of religion which is usually relied upon by the so-called marginalised groups when asserting their rights to practice their religion as part of culture. This obviously led to the agitation for cultural rights, particularly, the reintroduction of both customary law and the penal sections of Sharia law in Nigeria.

IV. Limitation prescribed by law

The ICCPR provides that the manifestation of religion must be in accordance with the provisions of the law, and for the purpose of this analysis, the most important law in any sovereign democratic state is its constitutional law. Therefore, in a country where constitution exists, all other forms of law (should) derive their legality from that constitution, and Nigeria is no exception. Accordingly, under its 1999 Constitution,³⁹ as amended (hereafter the Constitution), all authorities and persons are bound by the provisions of the constitution, which is regarded as the supreme source of law.⁴⁰ This means that all forms of administrative practice, be it legal, political or economic, must be in accordance with its provisions. It lays down that, *"the Federal Republic of Nigeria shall not be governed, nor shall any persons or group of persons take control of the Government of Nigeria or any part thereof, except in accordance with the provisions of this Constitution."*⁴¹ In order to properly govern a sovereign state, laws must be enacted and complied with. But in enacting any law, the designated legislative authorities must have the provisions and backing of the constitution in contemplation. Otherwise, such law could be declared unconstitutional and therefore void.⁴²

In most formal and informal conversations on the implication of certain provisions of the 1999 Constitution, numerous legal commentators draw various inferences from particularly section 10. While many consider that the section implies that Nigeria is a secular state, others disagree based on the fact that such proviso is not specifically contained in the constitution. The section provides that *"[t]he Government of the Federation or of a State shall not adopt any religion as State Religion."*⁴³ This is the section that has attracted much controversy in most legal and socio-political discourse on Nigeria. For example, Ibrahim & Lyman⁴⁴ quote Auwalu Yadudu as stating that the *"(...) Nigerian Constitution did not declare Nigeria to be a secular state and that the initiatives of the states implementing the Shari'a cannot be said to have violated Section 10 of the Constitution which prohibits any state from adopting any religion as a state religion."* With regard to Sharia law, in practice, all sections of the law are based on Islamic religion. Its administrators are mainly those

39 The Constitution of the Federal Republic of Nigeria (1999).

40 See Section 1(1) of the Constitution, which stipulates that *"This Constitution is supreme and its provisions shall have binding force on the authorities and persons throughout the Federal Republic of Nigeria."*

41 Section 1(2) the constitution of Nigeria 1999.

42 Section 1(3) of the Nigerian Constitution 1999: *"If any other law is inconsistent with the provisions of this Constitution, this Constitution shall prevail, and that other law shall, to the extent of the inconsistency, be void."*

43 Section 10 of the Nigerian 1999 Constitution.

44 Hauwa Ibrahim & Princeton Lyman, *Reflections on the New Shari'a Law in Nigeria*, COUNCIL ON FOREIGN RELAGIONS, 6 (2004), http://www.cfr.org/content/publications/attachments/Reflections_on_the_New_Sharia_in_Nigeria.pdf (last visited Mar. 27, 2017).

who practice or are versed in that religion. Moreover, people of other faiths are (arguably) outside the scope of its application. The facilities are provided by the state: the judges (Kadi), the "hishba", and other workers are paid by the state. Finally, the law is not subject to repeal or amendments by the temporal reasoning of the generality of the people to reflect the realities of their everyday cross-cultural interactions among citizens residing in the area, as it is based purely on the contents of that religion and the practices of its adherents.

It has therefore generally been argued that with all of these facts present, one can only subscribe to the conviction that the movement is seeking to either re-establish a state religion in those parts of the country in violation of the constitution or (worse still) to secede from the rest of the country, which is an infringement on the territorial integrity of the sovereign nation as one entity.⁴⁵

It has also been argued that, apart from the concerns raised by non-Muslims regarding the discrimination against them in many areas, the Muslims themselves are not left out. The fact that the law applies only to Muslims or to those who wish to be bound by it means that the right to equality of all before the law is thus negated.

Let us consider two hypothetical criminal cases involving Mr. A, a non-Muslim, and a Muslim, Mr. B. Let us also presume that both of them have been found guilty (albeit by different courts) of stealing, for example, a bicycle. In sentencing, Mr. A is given a 6-month prison sentence and the reason for reaching such decision is based on the fact that Mr. A practises a religion other than Islam, or that he does not align himself with any religion at all. On the other hand, a Sharia court condemns Mr. B to have his right wrist amputated. It must be borne in mind that they are both convicted for the same offence within the same country and all circumstances of both cases are presumed the same, except the proceedings that led to the sentencing were done at two different courts.

Many legal practitioners know that the positive outcome of any legal tussle is not guaranteed by a lawyer's mere interpretive skills; it is also partly dependent on the provisions of the law that is being applied. In that regard therefore, can a nation beleaguered by overt conflict of laws, both in theory and in practice, be considered a nation with rule of law? Furthermore, can individuals be said to be guaranteed the right of equality before the law in a society where discriminatory punitive measures are purposively handed down on the ground that the legal system makes it a matter of choice (i.e. depending on the religion or culture of the defendant) as to the choice of the penalty? What does such verdict tell of a country that prohibits discrimination under its constitution? Does that not establish a prima facie case of discrimination, even though, owing to his religious beliefs, Mr. B may have agreed to be given such discriminatory sentence? What does the law (constitutional law) say in this respect? It stipulates:

"A citizen of Nigeria of a particular community, ethnic group, place of origin, sex, religion or political opinion shall not, by reason only that he is such a person: (a) be subjected either expressly by, or in the practical application of, any law in force in Nigeria or any executive or administrative action of the government, to disabilities or restrictions to which citizens of Nigeria of

45 Although the principle of territorial integrity applies mainly in cases of international relations, it is a legal order under international law as echoed particularly in Article 2, paragraph 4 of the U.N. Charter that encourages nation states not to violate one another's territorial makeup. The same goes for ethnic groups within a sovereign state.

*other communities, ethnic groups, places of origin, sex, religions or political opinions are not made subject” (emphasis added).*⁴⁶

It is also worth mentioning that although the governments of the states where Sharia has been adopted have always maintained that the law does not apply to non-Muslims, in state schools, buses, restaurants, etc., women are separated from men without due consideration of their religion. Dress code in schools and in specific places of work is made to conform with Islamic religion. And also in states where the population is about 50 % Muslims and 50 % Christians, the application of Sharia has been seen to always ignite and degenerate to ethno-sectarian killings.

Furthermore, the Nigerian legal system is generally inundated with various rules of regional and international treaties and conventions that are binding on the state. A close look at some of them will reveal prima facie violations, particularly with regard to those customary and Sharia law rules that are applied in Nigeria today. First of these is the African Charter on Human and Peoples' Rights. Apart from Articles 3, 4, 18 and 19, which specifically prohibit discrimination and deprivation of rights, Article 2 of the Charter specifically provides that no individual should be discriminated against on any ground, be it religion, gender, race, political beliefs, ideology or ethnicity. It is also important to state categorically that most of the violations are directed at the vulnerable groups: women and children mainly from poor homes. Therefore, various Articles under African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC) also prohibit such discriminatory and right-deprivation practices. The prohibition of discrimination is specifically laid down in Article 3. These regional instruments are binding on Nigeria pursuant to Article 26 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.⁴⁷ Even if a state cites the violations resulting from the application of those rules in customary and Sharia law as being violations that were “*manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance*” to this state, the overly harsh and discriminatory nature of some of these instruments may make them unacceptable as justification in modern world.⁴⁸

There are however various other provisions in both the constitution and the international treaties and conventions that can be said to have been violated by the application of these laws, which are too numerous to discuss in this article.⁴⁹

V. Principle of self-determination

Self-determination simply means the right of people under international legal order to decide their sovereignty and political status without external interference. It is a core principle of international law, arising from customary international law, but also recognised as a general principle of law. It is said, to date back to more than two centuries. And the era of the struggle of the United States (US) for independence is a pointer in that regard. Quite clearly, in the ensuing US declara-

46 The Constitution of Nigeria (1999) § 42(1)(a).

47 It provides that “[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” See also Article 27 of the Vienna Convention which stipulates that “[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.” However, internal law mechanisms may be raised as justification if it can be proven beyond reasonable doubt that “that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.” (Article 46).

48 See Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

49 See for example: sections of Protocol to the African Charter on Human and People's on the Rights of Women in Africa, as well as CEDAW [Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women].

tion of independence of 1776, it was proclaimed that the government derived "*their just powers from the consent of the governed*," and in that connection, if any such government became destructive, the people should have the power to abolish such government. This ideology was later resurrected in the run-up to the World War II by the US President Franklin D. Roosevelt and the British Prime Minister Winston Churchill. And as parts of the Allies' goals in the post-war world, certain commonality principles were agreed and these culminated in the Atlantic Charter of the 14th August, 1941, and Dumbarton Oaks Proposal of 1944. The contents of these documents helped to shape the world thereafter, particularly to the effect that both the US and Great Britain agreed that they would not seek territorial expansion. This indication was emphasised by the fact that both countries affirmed their commitments to support the restoration of self-governments for all countries that had been occupied during the war and thereby allowing all peoples to choose their form of government.⁵⁰ Three relevant provisions of the Atlantic Charter on the part of US, Britain and their allies formed the foundation on which the idea of self-determination is being drawn in recent times:

1. these countries would not seek territorial gains from the war;
2. they opposed territorial changes that were against the wishes of the peoples concerned; and
3. all peoples shall have the right to choose their form of government; this meant the restoration of sovereign rights and self-government to those who had been forcefully deprived of them.

Importantly, the principle of self-determination has since been restated and recognised by various international and regional instruments, such as the U.N. Charter, ICCPR, ICESCR, the Helsinki Final Act adopted by the Conference on Security and Cooperation in Europe (CSCE) in 1975, African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981, etc. It is useful to emphasise that in practice, there are two forms of self-determination: external and internal.

Legal Information Institute of Cornell University emphasises that contemporary notions of self-determination usually distinguish between "internal" and "external" self-determination, suggesting that self-determination exists on a spectrum. Internal self-determination may refer to various political and social rights. By contrast, external self-determination refers to full legal independence/secession for the given "people" from the larger politico-legal state.⁵¹ According to Michael C. van Walt van Praag, "*Internal self-determination can (...) mean the right to exercise cultural, linguistic, religious or (territorial) political autonomy within the boundaries of the existing state.*"⁵²

There is another tragedy currently gaining momentum in its own name in the Nigerian polity. It clamours for the creation of the state of Biafra. Those who know a bit of Nigerian history are aware that the attempt by Biafra (made up of southern Nigerians of mainly Igbo extraction) to secede from Nigeria was the reason for the civil war that claimed so many lives between 1967

50 *Milestones: 1937-1945: The Atlantic Conference & Charter, 1941*, OFFICE OF THE HISTORIAN, <https://history.state.gov/milestones/1937-1945/atlantic-conf> (last visited Mar. 27, 2017).

51 *Self-determination*, LEGAL INFORMATION INSTITUTE, http://www.law.cornell.edu/wex/self_determination_international_law (last visited Mar. 27, 2017).

52 Michael C. van Walt van Praag, *Implementation of the Right to Self-determination As a Contribution to Conflict Prevention*, UNREPRESENTED NATIONS AND PEOPLES ORGANIZATION (1999), available at <http://www.unpo.org/downloads/THE%20IMPLEMENTATION%20OF%20THE%20RIGHT%20TO%20SELF.pdf> (last visited Mar. 27, 2017).

and 1970. Years after the war, the then military Governor, Col Chukwuemeka Odumegwu Ojukwu, who championed the secession move had admitted that attempting secession in the manner he did was not a good move and that a second one of such was not necessary. As Michael C. van Walt van Praag rightly emphasises,

*"Hardly any right recognised by law is absolute. This is true also of the right of self-determination, which is not self-executing nor unilaterally applicable. When the right, in the manner in which it is claimed, clashes with other international legal principles and rights, all of these rights and principles should be weighed and balanced, keeping in mind the overall international law objective of maintenance of peace and security."*⁵³

Those currently propagating the move claim that Biafra are a people for the purpose of the right to self-determination. Right or wrong, it must be emphasised that nowadays hardly any society is homogeneous. In 1983 Ernest Gellner also writes in "Nations and Nationalism" that *"(...) a territorial political unit can only become ethnically homogeneous (...) if it either kills, expels or assimilates all non-nationals."*⁵⁴

In the last decade or so, the preliminary phase with regard to the right to self-determination seems to have been bound up with the issue of who, in international law, are "a people". Aleksandar Pavkovic and Peter Radan, in their own right, argue that the question of any right of secession in international law fundamentally revolves around the vexed question of the meaning of "a people" in the context of the right to self-determination of peoples in international law.⁵⁵ They rightly observe that following World War II, the general view as to what amounted to a people was based primarily on the population of a state. Therefore, it was not in general contemplation that the segments of a state's population would be regarded as "a people". Consequently, secession was generally regarded as having no legal basis in international law.⁵⁶ They however further draw on Joshua Castellino and Jeremie Gilbert's submission that oppressed minorities could qualify as a people for the purpose of the right to self-determination.⁵⁷

However, it is unambiguous that the principle of self-determination with regard to the agitation of some ethnic groups in Nigeria can best be understood within the context of internal self-determination. While this right may or may not be legitimate under international law, it should be emphasised that if it were invoked, then this must also be done legitimately, i.e. in accordance with the international law. And in the case of Nigeria, how do the proponents of the state of Biafra, for instance, reconcile the issue of who they are with the various neighbouring ethnic peoples of Rivers, Cross-River, Bayelsa and Delta States extraction that may not see themselves as sharing the same historical, cultural or genealogical profiles with the core Igbo? The fact that a few indigenes of the relevant States tend to align themselves with the Biafra cause may not suffice for the purpose of meeting the condition of "a people" as required under international law. Michael C. van Walt van Praag also argues that it must be ensured that the rights and principles under which the

53 *Id.*

54 As cited in Michael Jewkes, *The Exercise of Self Determination: External and Internal Dimensions*, UNREPRESENTED NATIONS AND PEOPLES ORGANIZATION, <http://www.unpo.org/downloads/877.pdf> (last visited Mar. 27, 2017).

55 See Aleksandar Pavkovic & Peter Radan, *In Pursuit of Sovereignty and Self-determination: Peoples, States and Secession in the International Order*, 3 MACQUARIE LAW JOURNAL, 1 (2003), <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqLJ/2003/1.html> (last visited Mar. 27, 2017).

56 *Id.*

57 *Id.*

rights to self determination is claimed by a people also takes into consideration the rights of minorities, indigenous peoples and other population groups within the territory where the right to self-determination is being claimed.⁵⁸

Legitimacy in this context can be acquired through legal means, dialogue or compromises on the part of all disputing parties. Clearly, Article 1 (1) of the binding ICCPR provides that: *"All Peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."* Conversely, it is expressly provided that the realisation of that right must be *"in compliance with the provisions of the Charter of the United Nations"* (Article 1 (3) ICCPR). Additionally, a UN General Assembly Resolution provides the limit to which self-determination can be claimed by people concerned: *"Any attempt aimed at partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations."*⁵⁹

The above excerpt seem to corroborate the point raised earlier with regard to limitations prescribed by law. Every political agitation in a sovereign state, particularly the pursuit of social, political and cultural rights agenda under which freedom of religion is usually sought, must comply with the law requiring that public order, safety and the fundamental rights and freedoms of others are not undermined.

Part C

Conclusion

To this end, a "Treasure trove" is a "treasure that anyone finds; specifically: gold or silver in the form of money, plate, or bullion which is found hidden and whose owner is not known."⁶⁰ This definition seems comparable to Lon L. Fuller's analysis of custom which, in other words, means customary law, which *"we may be able to describe in general the class of persons among whom [it] has come to prevail as a standard of conduct, [although] it has no definite author."*⁶¹ Customs are handed down from one generation to another. The same can be said to apply to Sharia law that dates back many centuries, and which has been criticised as fundamentally flawed on grounds of being anachronistic, draconian and overtly discriminatory. Comparatively, Pandora's box, as derived from Greek mythology, comes "from the box, sent by the gods to Pandora, which she was forbidden to open and which loosed a swarm of evils upon humankind when she opened it (...)."⁶² Accordingly, one would suppose that the reintroduction of customary law (including Sharia) in Nigeria, amounts to a discovery of a treasure trove. On a closer look, considering the troubles now emanating from that reintroduction, particularly, the consequent agitation for (inter alia) self-determination and the bid for secession through acts of terrorism, is it not appropriate to say that the reintroduction of such systems is tantamount to opening Pandora's box? In modern

58 Van Walt van Praag, *supra* note 53.

59 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, adopted by the UN General Assembly Resolution 1514(XV) of 14 December 1960.

60 MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/treasure%20trove> (last visited Mar. 27, 2017).

61 See FULLER, *supra* note 8.

62 MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/treasure%20trove> (last visited Mar. 27, 2017).

times, the phrase, “to open Pandora’s box” means to perform an action that may seem small or innocent, but that turns out to have severely detrimental and far-reaching consequences.⁶³

The author would like to draw this article to a close by referring to the outstanding annotations by Michael C. van Walt van Praag⁶⁴ whose views may go long way in easing part of the political tension the country faces today. He observes that implementation of (internal) self-determination does not necessarily require a one time act. He opines that the will of the people can be effected within a democratic setting by the use of the existing institutions of the state. He goes further to state that this assumes a truly democratic, fully participatory system, not one that limits the concept of democracy to decision by the numerical majority. Where only votes count, a people or community which is numerically inferior has no control over its destiny, he argues. And by way of suggestion, he emphasizes that self-determination can also be realised through one or more processes of negotiation, dialogue, and the conclusion of agreements between the state authorities and representatives of the people concerned. To this end, it must be emphasized that all the demands must be legitimate. They must meet human rights standards as well as the requirements of equity, for he who comes to equity, must come with clean hands as equity will not grant relief from a self-created hardship. These are known maxims the relevance of which are self-explanatory in this case.

63 *Definition for Pandora’s box*, WIKIPAEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/Pandora's_box (last visited Mar. 27, 2017).

64 Van Walt van Praag, *supra* note 52.