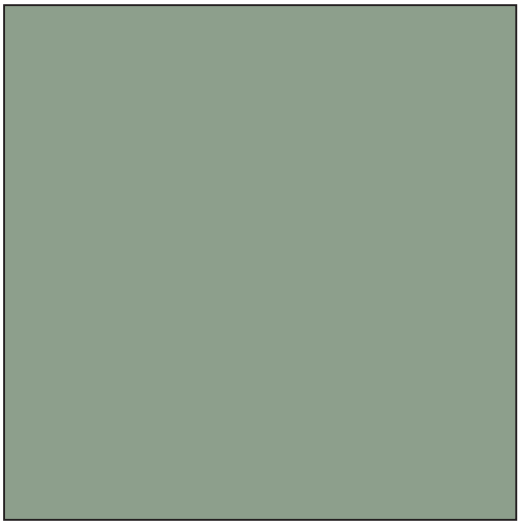
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

11/12



CRISTIANESIMO SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO

a cura di
LUIGI LOMBARDI VALLAURI
GERHARD DICHER

giuffrè editore milano

nomos verlagsgesellschaft
baden-baden

Questi volumi — undicesimo e dodicesimo di una collana che si affianca ai « Quaderni » annuali — si inseriscono nel programma di un Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, promosso e diretto da Paolo Grossi, presso l'Università di Firenze.

Per la storia del pensiero giuridico moderno
11/12

CRISTIANESIMO SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO

a cura di
LUIGI LOMBARDI VALLAURI
GERHARD DILCHER

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Giuffrè Editore
Milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1981) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

DOMENICO FARIAS
Università di Messina

COSTITUZIONE SCRITTA E RELIGIOSITÀ CIVILE

(PREMESSE GENERALI) (*)

1. *Il rifiuto della costituzione scritta in De Maistre e le sue motivazioni religiose.*

a) *Premessa.*

Tra i critici del costituzionalismo illuminista spicca Joseph De Maistre (1). Polemizzando, come già Burke, contro Thomas Paine, egli osserva ironicamente: « T. Paine non aveva forse dichiarato, che una costituzione non esiste finché non si può mettere in tasca? Il secolo diciottesimo che non ha avvertito niente non ha dubitato di niente: è la regola. Penso che non abbia prodotto un solo giovincello di una qualche bravura che, uscendo di collegio, non abbia fatto tre cose: una *neopedia*, una costituzione e un mondo » (2).

(*) Per gli ulteriori sviluppi cfr. l'ultimo capitolo del nostro *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, di imminente pubblicazione presso l'editore Giuffrè.

(1) Sulla filosofia politica di De Maistre cf. B. BRUNELLO, *Joseph De Maistre politico e filosofo*, Bologna, 1967. In particolare, per i temi qui trattati, le pp. 113-119.

(2) « *Thomas Payne n'avait-il pas déclaré... qu'une constitution n'existe pas tant qu'on ne peut la mettre dans sa poche? Le dix-huitième siècle, qui ne s'est douté de rien, n'a douté de rien: c'est la règle; et je ne crois pas qu'il a produit un seul jouvenceau de quelque talent qui n'ait fait trois choses au sortir du collège: une néopédie, une constitution et un monde* » (J. DE MAISTRE, *Essai sur le Principe générateur des Constitutions politiques*, (1809); (*Oeuvres compl.*, Lyon, 1891, t. I, 243) (tr. it., Milano, 1975).

Per De Maistre non ci sono dubbi sul fatto che tra costituzione e scrittura vi sia incompatibilità, opposizione netta che solo un intervento divino miracoloso (egli cita la Legge del Sinai) potrebbe superare. Le sue dichiarazioni in tal senso abbondano. Eccone alcune tra le tante: « La ragione e l'esperienza convengono nello stabilire che una costituzione è opera divina, e che proprio ciò che è più fondamentale e più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non può essere scritto » (3). « Non si riesce a capire come un uomo sensato possa sognare la possibilità di una simile chimera (di una costituzione scritta, di una legge costituzionale fatta *a priori*) » (4). « Io non credo che ci possa essere il minimo dubbio sulla verità incontestabile che ... ciò che vi è di più essenziale, di più intrinsecamente costituzionale e veramente fondamentale, non è mai scritto e non potrebbe esserlo senza esporre al pericolo lo Stato » (5). Polemizzando contro le opposte vedute dei pensatori illuministi del Settecento dice: « La più grande pazzia, forse, del secolo delle pazzie, fu di credere che le leggi fondamentali potessero scriversi *a priori*; mentre esse sono evidentemente opera di una forza superiore all'uomo, per la quale la scrittura stessa, molto posteriore, è il segno maggiore di nullità » (6).

Tra scrittura e costituzione c'è incompatibilità. Questa la tesi. Quali gli argomenti a sostegno?

Sostanzialmente tre.

---

(3) « *La raison et l'expérience se réunissent pour établir qu'une constitution est une oeuvre divine, et que ce qu'il y a précisément de plus fondamental et de plus essentiellement constitutionnel dans les lois d'une nation ne saurait être écrit* » (*op. cit.*, 235).

(4) « *Qu'on vienne nous parler de constitutions écrites et de lois constitutionnelles faites à priori. On ne conçoit pas comment un homme sensé peut rêver la possibilité d'une pareille chimère* » (*op. cit.*, 241).

(5) « *Je ne crois pas qu'il reste le moindre doute sur l'incontestable vérité... Que ce qu'il y a de plus essentiel, de plus intrinséquement constitutionnel, et de véritablement fondamental, n'est jamais écrit, et même ne saurait l'être, sans exposer l'État* » (*op. cit.*, 243 ss.).

(6) « *La plus grande folie, peut-être, du siècle des folies, fut de croire que le lois fondamentales pouvaient être écrites à priori; tandis qu'elles sont évidemment l'ouvrage d'une force supérieure à l'homme; et que l'écriture même, très postérieure, est pour elle le plus grand signe de nullité* » (*op. cit.*, 247 s.).

b) *Gli argomenti contro la costituzione scritta.*

Il primo fa leva sulla complessità infinita, sull'intreccio delle innumerevoli cause che interagiscono per periodi di tempo molto lunghi nella vita degli Stati e dal cui concorso risulta quella che De Maistre chiama la costituzione naturale o reale. Prendere in considerazione questa complessità nel breve spazio di un documento scritto non è possibile e il presumere di esserci riusciti è molto pericoloso per la comunità che in un siffatto documento vedesse la base essenziale, e la più importante, della propria convivenza.

Il secondo argomento si fonda sul legame molto stretto che secondo De Maistre c'è tra obbligazione politica e obbligazione morale e religiosa. È sua convinzione che nella costituzione c'è una sorta di sacertà, cui la scrittura sarebbe inadeguata, anzi recherebbe perfino offesa, con conseguenze nocive per l'equilibrio globale e l'armonia profonda della comunità politica.

Oltre a questi due argomenti, un terzo, di carattere storico, richiama l'esempio di paesi a struttura costituzionale universalmente ammirata, primo fra tutti l'Inghilterra, che pure non hanno una costituzione scritta.

Dei tre argomenti il primo e il secondo sono i più importanti per chi, come noi, è interessato al tema a fini teorici generali. Ricordiamo tuttavia anche il terzo perché da esso si ricava immediatamente che anche De Maistre, il più grande avversario forse che si sia mai avuto delle costituzioni scritte, non sostiene la tesi di una incompatibilità assoluta tra costituzione e scrittura, e meno ancora tra costituzione e linguaggio. La sua ammirazione per la costituzione inglese ne è una prova intuitiva. Per quanto si dica di solito che la costituzione inglese è consuetudinaria, questo non significa che essa non si manifesta per niente attraverso il linguaggio, non solo orale ma anche scritto. De Maistre lo sa benissimo, anzi talora elenca le leggi costituzionali inglesi di maggiore rilievo come la Magna Charta, etc. Non c'è quindi una opposizione indiscriminata a qualunque intervento del linguaggio o della scrittura in materia costituzionale. L'opposizione di De Maistre sembra essere piuttosto contro le ambizioni maggiori avanzate in questo campo dai documenti costituzionali più

solenni, come le dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo o le carte costituzionali rivoluzionarie francesi. Per precisare meglio il suo pensiero su questi punti è necessario prendere in considerazione quello che sopra abbiamo chiamato l'argomento della complessità.

c) *Costituzione e complessità storico-sociale.*

« La costituzione, si legge in De Maistre, è opera delle circostanze, e il numero di queste circostanze è infinito » (7). Facendo, ancora una volta, l'esempio della costituzione inglese egli la presenta come il frutto di una storia plurisecolare, di una convergenza straordinaria del comportamento e delle attività di un insieme innumerevole di individui che hanno operato in modo tale che ne è risultato un ordine globale al quale nessuno di loro pensava. Essi agivano senza conoscere le conseguenze che il loro agire avrebbe avuto per il tutto, senza poter prevedere ciò che in seguito si sarebbe verificato (8). Di fatto, solo di fatto c'è stata una convergenza, un aggiustamento e un adattamento reciproco delle parti, dell'operare dei molti che ha portato ad una mirabile armonia generale. Come si vede, l'argomento arieggia quello della « mano invisibile ». L'autore, di convinta fede religiosa, lo intende nel senso di una mano divina (9). L'intelligenza umana, a suo avviso, non è capace di prendere in considerazione questo numero infinito di fattori che contribuiscono in modo essenziale alla costituzione degli Stati. Il tentativo di interpretarla sulla base di pochi principi scritti, sì che basterebbe lasciarsi guidare da essi per conservare e sviluppare l'ordine e l'armonia nella vita di uno Stato, è molto pericoloso. La costituzione, dice De Maistre, non è un orologio (10).

Questa opposizione di principio alle carte costituzionali non impedisce a De Maistre di riconoscere che talora leggi costituzio-

(7) « *La constitution est l'ouvrage des circonstances, et le nombre de ces circonstances est infini* » (*op. cit.*, 246).

(8) Cf. *op. cit.*, 247.

(9) *Ibid.*

(10) « *Une des grandes erreurs de ce siècle est de croire que la constitution politique des peuples est une oeuvre purement humaine; qu'on peut faire une constitution comme un horloger fait une montre* » (*Études sur la souveraineté*, 1796), in *Oeuvres*, cit., 344).

nali, se non vere e proprie costituzioni, siano opportune o in qualche modo inevitabili. Anche in tali casi però esse hanno solo una funzione di rincalzo, di difesa di un anteriore diritto costituzionale non scritto ma storicamente già effettuale e vigente. « Nessuna costituzione, egli dice, risulta da una deliberazione: i diritti del popolo non sono mai scritti; o non lo sono che come mere dichiarazioni di diritti anteriori non scritti » (11). « Non c'è mai stata una nazione libera che non abbia avuto nella sua costituzione naturale germi di libertà antichi quanto essa stessa. Mai una nazione tentò di sviluppare efficacemente, per mezzo delle sue leggi fondamentali scritte, diritti diversi da quelli che esistevano nella sua costituzione naturale » (12). « Una legge costituzionale non è e non può essere che lo sviluppo o sanzione di un diritto preesistente e non scritto » (13). In ogni caso, egli ribadisce, la formalizzazione scritta ha carattere parziale: « Benché le leggi scritte non siano che dichiarazioni di diritti anteriori, questo non significa affatto che tutti questi diritti possono essere scritti » (14).

In sostanza la sua posizione è questa: no alle costituzioni scritte, sì con riserva, *iuxta modum*, alle leggi costituzionali. La riserva è quantitativa, una messa in guardia contro il numero eccessivo delle leggi costituzionali (15) (a De Maistre è caro il tacitiano *Pessimae reipublicae plurimae leges*) ed è in più una presunzione a favore della consuetudine e un onere di prova per chi sostiene l'opportunità di introdurre leggi costituzionali scritte. L'esigenza della scrittura in questo campo si giustifica solo in epoche di dissenso e di conflitto gravi. Essa può avere una funzione

(11) « *Aucune constitution ne résulte d'une délibération: les droits du peuple ne sont jamais écrits, ou ils ne sont que comme des simples déclarations de droits antérieurs non écrits* » (*Essai*, cit., 228).

(12) « *Jamais il n'exista de nation libre qui n'eût dans sa constitution naturelle des germes de liberté aussi anciens qu'elle, et jamais nation ne tenta efficacement de développer par ses lois fondamentales écrites d'autre droits que ceux qui existaient dans sa constitution naturelle* » (*op. cit.*, 230).

(13) « *... une loi constitutionnelle n'est et ne peut être que le développement ou la sanction d'un droit préexistant et non écrit* » (*op. cit.*, 244).

(14) « *Quoique les lois écrites ne soient jamais que des déclarations de droits antérieurs, il s'en faut de beaucoup cependant que tous ces droits puissent être écrits* » (*op. cit.*, 229).

(15) Cf. *op. cit.*, 244.

positiva, ma si tratta al massimo di un *remedium culpae* o di un *malum poenae*. E anche su questo punto talora egli sembra nutrire dubbi, quasi il rimedio fosse peggiore del male. La linea media del suo pensiero ha allora qualche oscillazione e il rifiuto della scrittura assume forme più radicali e polemiche. Significativo ad esempio il passo seguente: « L'uomo non può fare una costituzione, e nessuna costituzione legittima potrebbe essere scritta. Mai si è scritto e mai si scriverà *a priori* la raccolta delle leggi fondamentali che debbono costituire una società civile e religiosa. Ciò che solo si può fare, quando una società è già costituita senza che si possa dire come, è di far dichiarare o spiegare per iscritto alcuni articoli particolari. Ma quasi sempre queste dichiarazioni sono l'effetto o la causa di mali grandissimi, e sempre costano ai popoli più di quello che valgono » ([16]).

Riepiloghiamo. L'argomento della complessità è in sostanza di natura epistemologica. Esso si fonda su un giudizio limitativo sulle capacità della ragione scientifica di accertare ed enumerare le cause della stabilità, della prosperità e della decadenza degli Stati. Le costituzioni scritte, a causa dell'ignoranza di queste gravi limitazioni della scienza in materia sociale, espongono gli Stati che lo adottano a tutti i pericoli che possono derivare da questa infondata presunzione.

d) *Costituzione e religione.*

Ciò che abbiamo detto fin qui, per quanto importante per capire De Maistre, non tocca ancora il motivo fondamentale, la ragione decisiva della sua opposizione all'idea della costituzione scritta. Questa ragione si evidenzia in quello che sopra abbiamo chiamato il secondo argomento, dove dal nesso giudicato essenziale tra costituzione e religione, si ricava che l'idea di una costi-

([16]) « *L'homme ne peut faire une constitution, et nulle constitution légitime ne saurait être écrite. Jamais on n'a écrit, jamais on n'écriva à priori le recueil des lois fondamentales qui doivent constituer une société civile ou religieuse. Seulement, lorsque la société se trouve déjá constituée, sans qu'on puisse dire comment, il est possible de faire déclairer ou expliquer par écrit certains articles particuliers; mais presque toujours ces déclarations sont l'effet ou la cause de très-grands maux, et toujours elles coutent aux peuples plus qu'elles ne valent* » (*op. cit.*, 265) (cf. anche *Études*, cit., 347 s.).

tuzione scritta deve assolutamente respingersi. L'argomentazione, schematicamente, è questa: la religione è essenziale alla costituzione, ma tra religione e scrittura c'è incompatibilità, quindi c'è incompatibilità tra costituzione e scrittura. Detto in altri termini: l'effettività dei valori costituzionali maggiori, la presenza autentica dei principi giuridici supremi nella vita dell'ordinamento e nelle sue istituzioni è in larga misura l'effettività dello spirito religioso. Alla conservazione e alla promozione di questo spirito religioso la scrittura è (quasi) sempre di ostacolo; perfino il linguaggio orale talora è nocivo. Perciò la linea da seguire è semplice: niente costituzione scritta.

Non è questo il luogo per una esposizione completa del rapporto tra costituzione e religione secondo De Maistre. Ricordiamo soltanto che egli, risoluto avversario di ogni contrattualismo, intende l'obbligo politico nei termini della teologia cristiana, connesso al rispetto di un ordine oggettivo di valori che la volontà umana non deve manomettere ma solo accogliere e promuovere, perché da ultimo fondato sullo stesso essere e volere di Dio. Il paolino *omnis potestas a Deo*, orienta tutto il suo pensiero politico, come quello di tutta la teologia cristiana precedente, in lui riceve anzi inflessioni teocratiche conservatrici particolarmente accentuate, dalle quali però possiamo, almeno per il momento, prescindere. In una impostazione di questo tipo è naturale argomentare: poiché i valori politici più importanti richiedono una fondazione religiosa, poggiano su credenze o fedi religiose, il problema della costituzione scritta va affrontato con gli stessi criteri e risolto nello stesso modo con cui si deve studiare il problema dei rapporti tra religione e libro, religione e scrittura. De Maistre è chiaramente convinto di questa equivalenza sostanziale tra i due problemi, perciò nel suo *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines* dedica una trattazione ampia al ruolo della scrittura nelle religioni, sopratutto in quella cristiana.

Quanto alla incompatibilità tra religione cristiana e legge scritta egli non ha dubbi: « Certo, dice, il suo autore divino era padrone di scrivere lui stesso o di fare scrivere; tuttavia non ha fatto né l'una né l'altra cosa, almeno in forma legislativa. Il Nuovo

Testamento, posteriore alla morte del legislatore ed anche alla fondazione della sua religione, presenta una narrazione, avvisi, precetti morali, esortazioni, ordini, minacce etc. ma non una raccolta di dogmi enunciati in forma imperativa » ([17]). « Quando sotto la penna dello storico sacro si presenta il dogma, egli lo enuncia come cosa già conosciuta in precedenza. I Simboli apparsi successivamente sono professioni di fede per riconoscersi o per contraddire gli errori del momento » ([18]). In nota De Maistre sottolinea che altro è *parlare* altro *cantare* e dice che il secondo è essenziale alla fede: « La ragione, può solo parlare, è l'amore che canta. Ecco perché noi cantiamo i nostri simboli. La *fede* non è che una *credenza per amore*, non risiede solo nell'intelletto, penetra anche e si radica nella volontà » ([19]). La scrittura, togliendo la musica alla parola, tramuta il canto in una serie di segni muti, filtra dalla fede amante il mero intelletto discorsivo. Nella stessa dimensione discorsiva essa fissa, selezione ed isola e può indurre a scambiare una piccola parte per il tutto. « I primi Simboli, continua De Maistre, sono lungi dal contenere *tutti* i nostri dogmi. I cristiani di allora avrebbero anzi considerato un grande crimine enunciarli *tutti*. Lo stesso è con le *Sacre Scritture*: mai ci fu idea più inane di quella di cercarvi la totalità dei dogmi cristiani. Nemmeno una riga in questi scritti dice o lascia intravedere il progetto di farne un codice o una dichiarazione dogmatica di tutti gli articoli di fede » ([20]).

([17]) « *Certes, son divin auteur était bien le maître d'écrire lui-même ou de faire écrire; cependant il n'a fait ni l'un ni l'autre, du moins en forme législative. Le Nouveau-Testament, postérieur à la mort du législateur, et même à l'établissement de sa religion, présente une narration, des avertissements, des préceptes moraux, des exhortations, des ordres des menaces etc., mais nullement un recueil de dogmes énoncés en forme impérative* » (*op. cit.*, 249).

([18]) « *Si le dogme se présente sous la plume de l'historien sacré, il l'énonce simplement comme une chose antérieurement connue. Les symboles qui parurent depuis sont des professions de foi pour se reconnaître, ou pour contredire les erreurs du moment* » (*ib.*).

([19]) « *La raison ne peut que parler, c'est l'amour qui chante; et voilà pourquoi nous chantons non symboles; car la foi n'est qu'une croyance par amour; elle ne réside point seulement dans l'entendement: elle pénètre encore et s'enracine dans la volonté* » (*ib.*).

([20]) « *Bien loin que les premiers symboles contiennent l'énoncé de tous nos dogmes, les chrétiens d'alors auraient au contraire regardé comme un grand crime de les énon-*

La spiegazione del fatto che dogmi cristiani sono stati messi per iscritto sta in una necessità di difesa. La scrittura non ci sarebbe stata se il cristianesimo non fosse stato attaccato ad essa è stata possibile *parce qu'il existait antérieurement dans son état naturel, qui est celui de parole* (21). « Il *canone* o il *dogma scritto* è prodotto dall'*eresia*, che è una insurrezione religiosa. Se la credenza non fosse stata attaccata sarebbe stato inutile dichiararla (22) ». Così è stato ai tempi di Ario a Nicea e così a Trento. Secondo De Maistre i veri autori del Concilio di Trento furono Lutero e Calvino. La Chiesa non vuole mai scrivere i suoi dogmi, lo fa solo perché costretta. Questa necessità deriva dalle discussioni e dalle polemiche create da quella che De Maistre chiama « l'opposizione sofistica ». Senza di essa la fede sarebbe mille volte più angelica, ma, dopo che la polemica è divampata e il dubbio diffuso, è necessario scrivere; così la verità è difesa ma è anche ... nascosta. A De Maistre è ben noto che la scrittura insieme rivela e nasconde, è la causa inevitabile di una lingua più tecnica accessibile solo a coloro che sanno leggere, e anche tra questi a cerchie via via più ristrette. La difesa dei dogmi della fede mediante la scrittura deve pagare così un prezzo elevato. « Lo stato di guerra alza questi bastioni venerabili intorno alla verità. Senza dubbio essi la difendono, ma la nascondono. La rendono inattaccabile ma perciò stesso meno accessibile. Non è questo che essa chiede, essa che vorrebbe stringere il genere umano nelle sue braccia » (23).

Come si vede, anche qui troviamo il *remedium culpae* o il *remedium infirmitatis*. Per i dogmi religiosi così come per i *dogmi*

---

cer tous. Il en est de même des saintes Écritures: jamais il n'y eut d'idée plus creuse que celle d'y chercher la totalité des dogmes chrétiens: il n'y a pas une ligne dans ces écrits qui déclare, qui laisse seulement apercevoir le projet d'en faire un code ou une déclaration dogmatique de tous les articles de foi » (*op. cit.*, 250).

(21) *Op. cit.*, 251.

(22) « *Le canon ou le dogme écrit est produit par l'hérésie, qui est une insurrection réligieuse. Si la croyance n'avait pas été attaquée, il eût été inutile de la déclarer* » (*Étude*, cit., 374).

(23) « *L'état de guerre éleva ces remparts vénérables autour de la vérité: ils la défendent sans doute, mais ils la cachent; ils la rendent inattaquable, mais par là même moins accessible. Ah! ce n'est pas ce qu'elle demande, elle qui voudrait serrer le genre humain dans ses bras* » (*Essai*, cit., 252).

politici (l'espressione è sua) il ricorso alla scrittura ha un valore medicinale. « Ogni legge scritta non è che un male necessario, prodotto dalle infermità o dalla malizia umana » ([24]). De Maistre ricorda un passo di S. Giovanni Crisostomo: « Poiché, nella successione dei tempi, uomini riprovevoli si rivoltarono contro i dogmi e la morale bisognò ricorrere ai libri » ([25]).

In stretta coerenza con la tesi del fondamento religioso delle costituzioni degli Stati e dell'oscuramento della coscienza causato dal peccato è rifiutata l'idea di un rischiaramento definitivo e universale dei fondamenti della società umana. Se questa base ultima è di carattere religioso, volerla portare alla luce rendendola disponibile a tutti è un proposito che non può riuscire. *Scrivere* di queste cose significa pretendere di fissare verità che hanno invece un continuo bisogno della parola viva o addirittura della poesia e del canto come dell'aria per respirare. Ne hanno bisogno *ad melius esse* o anche semplicemente *ad esse*, perché senza commenti e delucidazioni orali gli scritti sono ben presto fraintesi. De Maistre su questo è d'accordo con Platone, cita *in extenso* il famoso passo *del Fedro* sul valore (o disvalore) della scrittura per la filosofia ([26]). I pericoli maggiori creati alla religione o alla filosofia dalla scrittura, per cui essa invece di manifestare finisce per nascondere la verità, non sono dovuti solo ad una oscurità sibillina od oracolare dei segni scritti, ma anche alla pseudochiarezza, al fatto che spesso *si crede* di averne colto il senso, mentre lo si è frainteso. Se perfino la persona preparata, poco può ricavare dalla pagina scritta, non rianimata dalla parola viva dell'autore, si comprende cosa accadrà al lettore inesperto se l'avrà sotto gli occhi. Eventualità tutt'altro che rara. La scrittura come tale, essendo legata al mezzo materiale, al libro, alla carta, può andare in mano di non si sa chi. Letta da un soggetto impreparato, molto diverso da quello idealmente presente all'autore, può dare origine a processi spirituali individuali e collettivi patologici, di grave confusione o banalizzazione. De Maistre sembra qui anticipare mo-

---

([24]) « ... *toute loi écrite n'est qu'un mal nécessaire, produit par l'infirmité ou par la malice humaine* » (*op. cit.*, 258; cf. *Étude*, cit., 374).

([25]) Cf. *op. cit.*, 257. La citazione è da *Homil. in Matth.* I, I.

([26]) Cf. *op. cit.*, 254 ss.

tivi frequenti ai giorni nostri nei critici della cultura di massa. Il libro, egli dice citando Platone, « non sa a chi tacere e a chi parlare ». Si mostra a tutti e può esser letto da tutti, *sorte tamen inaequali*. È vero che la scrittura facilita la diffusione della conoscenza, ma allarga anche il fenomeno della mezza cultura, crea surrogati pericolosi, specie nei campi più alti del sapere come la religione o la filosofia, dove l'ignoranza è preferibile ad una conoscenza di superficie, che dà luogo a forme gravi di presunzione e di sufficienza ».

e) *Rilievi critici.*

Assimilando la conoscenza delle verità politiche fondamentali o costituzionali alla conoscenza delle verità religiose De Maistre si distacca notevolmente dalla visione illuminista razionalista della pubblicità della politica, della cosa politica resa accessibile e disponibile a tutti gli adulti normali in possesso di un numero relativamente ridotto di cognizioni, garantito dai piani statali di istruzione universale. Conservare una costituzione o proporne una nuova significa secondo lui consolidare o innovare nella religiosità della collettività, avviare una *reformatio in melius*, molto più complessa e difficile di quanto i razionalisti immaginino, addirittura più che umana, affrontabile solo nella speranza in Dio. Chi è insensibile a questa dimensione della politica non coglie il fenomeno della costituzione nel suo aspetto che più conta. I propugnatori delle costituzioni scritte soffrono di questa cecità. Come si vede, siamo *quasi* agli antipodi degli ideali illuministi. Il *quasi* va però sottolineato. Queste idee di De Maistre sulla costituzione scritta non solo sono discutibili in se stesse, ma anche nella interpretazione polemica e fortemente schematica che offrono, sia del pensiero illuminista che di quello cristiano tradizionale. Schematico perché non è vero che tutto « il secolo delle pazzie », nemmeno il tanto da lui avversato Rousseau, nega ogni rapporto tra costituzione e religione. Schematico inoltre perché non è vero che la religione e la teologia cristiane tradizionali si oppongono alla scrittura così nettamente come egli afferma.

Fatte queste riserve, si deve però riconoscere che De Maistre enuclea chiaramente le due ragioni fondamentali dei limiti di ogni

costituzione scritta: (*a*) la complessità dei fenomeni politici, in quanto fenomeni macrosociali, e (*b*) l'elevatezza degli ideali costituzionali, che rende difficile una loro completa separazione dai valori religiosi largamente intesi, come valori o significati ultimi dell'esistenza individuale o collettiva, valori che la scrittura o addirittura la parola possono svalorizzare. Alla tesi ottimista dei razionalisti che giudicano possibile e desiderabile la costituzione scritta egli oppone che essa non è (scientificamente) possibile e non è (religiosamente) desiderabile. Gli ideali del costituzionalismo in un certo senso sarebbero inattuabili, sarebbero puri ottativi di una ragione ignara dei suoi limiti, e per altro verso sarebbero meglio attuabili per altra via che non quella del diritto scritto. Come abbiamo visto, la tesi di De Maistre è che si tratta di ragioni non solo di limitazione ma di esclusione dell'ideale della costituzione scritta. Una tesi insostenibile, perché troppo in disaccordo con l'esperienza, ove dovesse intendersi come negazione di ogni legge costituzionale; una tesi quasi banale se afferma solo che le costituzioni scritte sono incomplete o lacunose; ma una tesi né insostenibile né banale se deve intendersi, come sembra più corretto, nel senso di limitazioni particolarmente gravi che alla formalizzazione scritta del diritto costituzionale si opporrebbero, quanto alla sua attuabilità e al suo valore, come sopra si diceva. In questo senso De Maistre ha individuato il problema e anche il *cardo quaestionis*, ma non si può dire che egli formuli una soluzione accettabile, manifesta piuttosto una opposizione di principio a tesi avversarie troppo schematicamente rappresentate. In ogni caso la questione deve essere ripresa e discussa nei termini più avanzati che l'esperienza storica e il progresso delle conoscenze oggi consentono.

2. *Coscienza civile e religiosità civile negli Stati moderni.*

a) *Premessa.*

Tra costituzione e religione, dice De Maistre, c'è un nesso stretto, ma la scrittura reca danno alla religione, quindi è pericolosa anche per la costituzione.

L'argomentazione fa leva su due rapporti, uno di connessione tra religione e costituzione, l'altro di incompatibilità tra religione e scrittura, e ne ricava un terzo, di esclusione tra costituzione e scrittura.

Noi non accettiamo la conclusione, ma riteniamo che entrambe le premesse siano degne di analisi perché richiamano l'attenzione su due questioni molto importanti per giudicare sul valore o disvalore della costituzione scritta. La prima questione può formularsi così: in che senso e in che limiti il tema della religione deve interessare lo studioso delle costituzioni degli Stati moderni? La seconda l'enunceremo in questi termini: supposta una certa opposizione tra religione e scrittura, è essa così radicale da rendere impossibile ogni rapporto positivo tra costituzione scritta e religione? Ovviamente, la seconda domanda sarebbe superflua, almeno ai nostri fini, se si dovesse dare una risposta del tutto negativa alla prima. Perciò a questa spetta la precedenza.

La domanda non riguarda le costituzioni degli Stati in generale, ma è circoscritta agli Stati moderni. Essa, in secondo luogo, non si interroga sul valore o disvalore della religione per la costituzione ma si ferma ad un quesito preliminare, se cioè un tale problema abbia basi serie, si colleghi a fenomeni importanti presenti in questi Stati. Fenomeni che emergano eventualmente nelle stesse dichiarazioni formali della legge fondamentale o che siano comunque documentabili con sufficiente oggettività.

Un tale quesito preliminare ai tempi di De Maistre non sorgeva nemmeno o era facilmente risolto in senso affermativo, perché l'esperienza costituzionale degli Stati in epoca pre-moderna è tutta a favore dell'importanza della religione per la struttura delle comunità politiche.

Non si può dire invece che dalle costituzioni degli Stati di oggi venga con altrettanta immediatezza una risposta positiva. Talora sembra anzi venire una risposta negativa o indifferente.

Un esame, anche rapido e sommario, delle costituzioni degli Stati contemporanei è sufficiente per accorgersi che, rispetto ai fenomeni religiosi e alla disciplina relativa sono rappresentate tutte e tre le posizioni fondamentali in astratto possibili: valuta-

zione positiva, valutazione negativa, indifferenza. Accettazione, rifiuto o neutralità raramente si presentano allo stato puro, sì che si possa dire che termini come « religione », « ateismo » e « agnosticismo » esprimano esaurientemente il pensiero della costituzione. Non mancano però dei casi in cui queste posizioni limite sono facilmente documentabili. L'articolo primo della costituzione della repubblica tunisina, ad esempio dice chiaramente: « La Tunisia è uno Stato libero, indipendente e sovrano. La sua religione è l'Islam... » [27]. All'estremo opposto, la costituzione della Repubblica socialista d'Albania (1976), all'articolo 37 dichiara: « Lo Stato non riconosce alcuna religione ed appoggia e svolge la propaganda ateista al fine di radicare negli uomini la concezione materialista scientifica del mondo » [28]. Come esempio di neutralità si può ricordare il primo emendamento del *Bill of Rights* della costituzione federale degli Stati Uniti (1791): « Il Congresso non potrà fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibirne il libero culto » [29].

b) *La costituzione degli Stati moderni la coscienza civile e l'amore dei lontani.*

Le citazioni dalle costituzioni contemporanee potrebbero continuare, favorevoli, contrarie o indifferenti al fenomeno religioso. Ma, com'è ovvio, questi semplici riferimenti formali lasciano ancora intatto il problema di fondo del rapporto tra costituzione e religione in età moderna, del momento cioè di religione o di religiosità che può essere insito nei valori fondamentali o costitutivi degli Stati moderni. Questo rapporto può essere meglio visto se indagato su piano reale, guardando ad alcuni fenomeni tipici degli Stati moderni, di importanza maggiore per la comprensione della loro natura e che ben si chiariscono alla luce di un concetto di religione, più

---

[27] Cf. la raccolta a cura di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni straniere contemporanee*, Milano, 1970, 401.

[28] Cf. *Costituzione della Repubblica Popolare d'Albania*, Tirana, 1977, 21.

[29] « *Congress shall make ne law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof* » (testo in *Le carte dei diritti* (a cura di F. Battaglia), Firenze, 1947, 100).

largo forse di quello comunemente diffuso, ma tuttavia non generico e capace di feconda utilizzazione in materia costituzionale.

I fenomeni di cui parliamo *a*) accompagnano fin dall'inizio il moderno Stato-nazione, *b*) si ripresentano accentuati ai giorni nostri nei paesi che solo da poco sono pervenuti alla piena sovranità e indipendenza, e *c*) appaiono in misura ancora maggiore in quegli Stati contemporanei, il più delle volte a ispirazione socialista, che già nelle loro fondamenta costituzionali si orientano verso obiettivi e finalità supernazionali, addirittura mondiali.

Non è difficile fornire le prove di queste tre affermazioni.

a) In ogni comunità politica il rispetto e l'osservanza dei valori fondamentali si fondano solo in parte sulla forza, o sul timore di sanzioni. Essi in larga misura riposano su convinzioni spontanee o su tradizioni interiorizzate, su un consenso diffuso, su una *coscienza civile* senza la quale, le sanzioni giuridiche a lungo andare non possono nemmeno diventare operative. In particolare, se una comunità politica si prefigge finalità ambiziose, sia il momento giuridico in senso stretto, coattivo, che quello persuasivo o consensuale debbono essere effettivi in alto grado. Detto in altri termini, una comunità politica caratterizzata da alte idealità deve utilizzare ai propri fini energie morali in notevole misura. Essa quindi suppone che tali energie siano presenti nei propri membri e che non si esauriscono nonostante l'impiego a fini politico-giuridici.

A rigore, una comunità politica può essere meno ambiziosa e costruirsi a prescindere da alte idealità. Né bisogna pensare che ciò denoti scarsa sensibilità ai valori umani più alti, ma solo giudizio negativo a una loro utilizzazione diretta a fini politico-giuridici. Potrebbe anzi sembrare che tale sia il caso dello Stato moderno, nel quale notoriamente prevale la tesi della laicità, dell'indifferenza dello Stato in materia religiosa.

L'osservazione ha un lato di verità. Si osservi però che il consenso popolare che lo Stato moderno presuppone e senza il quale la sovranità diventerebbe pura coazione, sia pure razionalmente e legalmente applicata, non è un consenso poco impegnativo su piano morale, e facilmente riscontrabile negli individui. Per quanto nello Stato moderno l'individuo sia membro di una comunità

politica meno vasta di quella « ecumenica » dell'Impero medievale, essa è tuttavia abbastanza ampia perché i rapporti impersonali tra i suoi membri e le relative esigenze abbiano rilievo preponderante su quelli interpersonali. Queste esigenze d'altronde tendono a farsi valere con una urgenza di nuovo tipo.

L'Impero nelle sue istanze assiologiche costitutive si apriva all'ideale della comunità politica universale ma non si poneva il progetto di un potere centralizzato e razionalizzato che aiutasse a rendere questo ideale reale, cioè giuridicamente garantito in un ordinamento positivo, effettivo (30). Lo Stato moderno invece non rinuncia all'effettività, anzi ne accentua la richiesta, e non rinuncia nemmeno all'idealità di una società di ampio respiro, il cui raggio è considerevole se paragonato con quello di formazioni politiche come la città antica o gli ordinamenti tribali. Ne segue che l'interiorizzazione dei valori fondamentali o costituzionali dello Stato moderno implica l'elevazione della coscienza del singolo cittadino alle motivazioni connesse a ogni socialità di ampio respiro. Questa, certamente, sollecita anche dall'esterno l'individuo, attraverso i condizionamenti mediante i quali la sovranità dello Stato preme coattivamente. Essi *nolentem trahunt*, ma la coazione, come prima ricordavamo, non basta a garantire la coesione. Sono anche necessarie quelle motivazioni che *volentem ducunt* (31). Lo Stato moderno in quanto è e vuole continuare ad essere una comunità di ampio respiro, suppone la diffusione sociale di una particolare forma di coscienza civile, porta a un consenso che ha per oggetto il valore di una solidarietà tra lontani, suppone un « amore del lontano » molto esigente e impegnativo. L'espressione « amore del lontano » (*Fernstenliebe*) risale notoriamente a Nietzsche (32) e già Roberto Michels ne ha fatto un'applicazione ai problemi del patriottismo e dell'internazionalismo (33), ritorna nel fonda-

---

(30) Per questa caratterizzazione dell'Impero medievale e dello Stato moderno cf. R. De Stefano, *Il problema del potere*, Milano, 1962, 81 s.; 117 ss.

(31) È opportuno qui ricordare quanto osserva Vittorio Frosini su « le due nature della politica » e sulle analogie tra l'azione politica e l'esperienza religiosa. Cf. V. Frosini, *Costituzione e società civile*, Milano, 1975, 121 ss.; 133 ss.

(32) F. Nietzsche, *Also sprach Zarathustra* (1883-1885), Berlin, 1968, 73-75.

(33) Cf. R. Michels, *Prolegomeni sul patriottismo*, Firenze, 1933, 108 s.

mentale studio di H. Cohn sull'idea del nazionalismo ([34]). Su di essa dovremo ancora spiegarci tra poco.

b) Intanto osserviamo che non solo negli Stati europei dell'età moderna ma anche in tutti i paesi del c.d. terzo mondo, divenuti da poco Stati indipendenti, si presentano problemi analoghi, anzi ancora più gravi, per la rapidità delle trasformazioni politico sociali e le difficoltà di superare in breve tempo il tradizionale particolarismo dei *clans* e delle tribù e aprirsi a una solidarietà politico-giuridica di raggio molto più ampio.

c) Ovviamente, « l'amore del lontano » è indispensabile e ancora più impegnativo laddove le finalità dello Stato si arricchiscono rispetto a quelle, piuttosto ridotte, dello Stato liberale, come si ha nel c.d. Stato « sociale » ([35]), o quando gli orizzonti della comunità politica si fanno così ampi da abbracciare tutta la terra. Ci riferiamo agli Stati socialisti internazionalisti, nei quali ritorna in sostanza l'ideale della comunità politica universale, nella forma della rivoluzione mondiale. È un ideale « planetario », ecumenico quanto, e ancor più, di quello dell'Impero, e inoltre con una esigenza di effettività che nel Medioevo non ha mai avuto altrettanto

---

([34]) COHN, *The Idea of Nationalism*, New York, 1944 (tr. it. P. Vittorelli, dalla IV ed. del 1948, Firenze, 1956). Cf. p. 9 s.: « Si pretende frequentemente che gli affetti umani si estendano a cerchie sempre più vaste — la famiglia, il villaggio, la tribù e il clan, la nazione e finalmente l'umanità e il sommo bene. Ma l'amore della casa e della famiglia è un sentimento concreto accessibile a chiunque nell'esperienza quotidiana, mentre il nazionalismo, e in una misura ancora più alta il cosmopolitismo, è un sentimento altamente complesso ed è originariamente astratto. Esso assume il tepore emotivo della concretezza solo attraverso gli effetti di uno sviluppo storico che, per mezzo dell'educazione, dell'interdipendenza economica e degl'istituti politici e sociali corrispondenti, determina l'integrazione delle masse e la loro identificazione con un organismo troppo ampio per qualsiasi esperienza concreta. Il nazionalismo — ossia la nostra identificazione con la vita e le aspirazioni di innumerevoli milioni di persone che non conosceremo mai, con un territorio che non visiteremo mai interamente — è qualitativamente differente dall'amore della famiglia e dei dintorni della casa. È qualitativamente simile all'amore dell'umanità e della terra intera. Entrambi appartengono a ciò che Nietzsche definì (in *Così parlo Zarathustra*) *Fernstenliebe*, amore di quelli che stanno lontani, e che distinse dalla *Nächstenliebe*, amore di quelli che stanno vicini ».

([35]) Sulla problematica dello Stato « sociale » si ritornerà nella continuazione di questo lavoro alla quale si faceva cenno nella nota imiziale.

vigore, e si riallaccia piuttosto a una istanza essenziale dello Stato moderno.

Queste considerazioni, sono sufficienti a giustificare la nostra risposta.

La domanda era: in che senso e limiti il tema della religione può interessare lo studioso delle costituzioni degli Stati moderni? Rispondiamo: in quanto queste costituzioni presuppongono e tendono a rendere sempre effettivo il consenso sull'amore dei lontani, su valori cioè disinteressati in alto grado, o altruistici di ampia portata, addirittura escatologici, come si ha nel caso della rivoluzione mondiale.

Si potrebbe però obiettare: perché chiamare *religioso* questo consenso? non è un allargare troppo il termine religione?

Noi pensiamo di no e non siamo i soli a pensare così. Talora anzi si trova avanzato seriamente il dubbio se di un rapporto effettivo tra costituzione politica e religione si possa parlare anche *prima* dell'età moderna. Si insiste sulle ridotte esigenze morali e sull'eccessivo particolarismo della città antica e dei suoi ideali politici, incompatibili con una religiosità autentica e piuttosto intrisi di superstizione, ovvero si osserva che nel Medioevo gli ideali cristiani e l'universalismo dell'Impero non sono stati su piano politico molto di più di un'aspirazione, largamente smentita dai fatti. Riserve di questo genere sulla città antica sono stati sollevati da autori cristiani della corrente agostiniana, e sulla cristianità medievale da critici illuministi.

Queste riserve ci sembrano eccessive e legate a un concetto troppo restrittivo delle idealità religiose o a richieste molto forti di effettiva vigenza su piano politico dei valori religiosi.

Limitandoci all'età moderna e contemporanea, riteniamo che lo studioso delle costituzioni politiche debba interessarsi al tema della religione nel senso più generale precisato. Si tratta di una generalizzazione che ha già una tradizione dietro di sé e se ne possono dare valide giustificazioni, legate alla natura stessa dei fenomeni in esame.

È quello che ora cercheremo di mostrare.

c) *Religione in senso stretto, religione in senso ampio, religione civile.*

In età moderna non solo i difensori dell'*ancien régime* assolutista, ma anche vari esponenti delle correnti democratiche sottolineano i rapporti tra costituzione e religione. Già in essi si osserva una distinzione tra religione in senso stretto, che implica l'adesione a una determinata confessione o chiesa, e religione in senso largo, priva di tali riferimenti.

Per fissare la distinzione, in quanto è rilevante per lo studio dei fenomeni politici, Rousseau ricorse ad una espressione che avrebbe avuto molta fortuna, la *religione civile*. Secondo il filosofo non è concepibile una costituzione senza un nucleo religioso essenziale. Come si ricava, tra l'altro ([36]), dal penultimo capitolo del *Contrat social*, egli è contrario ad ogni confessionalismo, sostiene però che allo Stato interessa che ogni cittadino abbia una religione che gli faccia amare i suoi doveri verso « l'utilità pubblica » Lo Stato è indifferente ai dogmi particolari di questa o quella religione, ma non del tutto. Essi lo riguardano in quanto hanno riflessi nella vita politica, in quanto « si riferiscono alla morale e ai doveri che il credente è tenuto ad adempiere nei riguardi degli altri ». Nello Stato auspicato da Rousseau c'è perciò una « professione di fede puramente civile », per la quale spetta al sovrano « fissare gli articoli, non proprio in quanto dogmi religiosi, ma come sentimenti di socievolezza », senza i quali è impossibile essere buon cittadino o suddito fedele. Chi non li condivide dovrebbe essere esiliato, non in quanto empio, ma in quanto « insociabile » (« *insociable* »). I dogmi della religione civile, « semplici, poco numerosi, enunciati con precisione e senza spiegazioni o commenti » sono: « l'esistenza della Divinità potente, intelligente, benefica, previdente e provvidente, la vita futura, la beatitudine dei giusti e la punizione dei malvagi, la santità del Contratto

([36]) Cf. l'edizione del *Contrat* commentata da M. Halbwachs (Paris, 1943), dove sono riportati altri passi di Rousseau sulla religione civile (pp. 413-452). Ricche di riferimenti sono anche le note nell'edizione critica curata da R. Derathé (in J. I. ROUSSEAU, *Oeuvres complètes*, vol. III, Paris, 1964, 1498-1507).

sociale e delle Leggi ». C'è anche un dogma negativo: l'esclusione della « intolleranza » sia « civile » che « teologica » [37].

Un altro punto da sottolineare è che la religione civile è necessaria non solo perché lo spirito di solidarietà e il patriottismo prevalgano sui particolarismi degli individui e dei gruppi, ma anche perché gli ideali politici nazionali non perdano di valore per l'affermarsi eccessivo di ideali umanitari universali, ad es. cristiani. Se dal punto di vista politico il cittadino non religioso deve giudicarsi *insociable*, il cristiano, in quanto tale, è a sua volta *trop sociable* [38], preteso verso mete universaliste che fanno apparire gli ideali patriottici troppo piccola cosa. Perciò Rousseau, pur professando rispetto e ammirazione per il cristianesimo, non riconosce ad esso i caratteri della religione civile, anzi non esita a dire: « non conosco niente di più contrario allo spirito sociale » (*je ne connois rien de plus contraire à l'esprit social*) [39]. Sotto questo profilo la religione civile del *Contrat social* si distingue nettamente dagli ideali messianici ed escatologici propugnati da tanti movimenti politici dell'ottocento e del novecento, umanitarie, internazionaliste o imperialiste.

Le tesi di Rousseau sono state in seguito riprese e sviluppate in varie direzioni. Una generalizzazione interessante si trova in uno dei più noti commenti del *Contrat social*, quello di M. Halbwachs, per il quale il pensiero di Rousseau sulla religione civile deve interpretarsi così: « Per creare un mondo politico conforme a giustizia, è necessario che gli uomini obbediscano a un sentimento per cui ognuno di loro va oltre il proprio essere particolare, per cui si riuniscono tutti in una volontà generale di natura diversa delle volontà particolari, e che è rispetto ad esse, ciò che è il sacro rispetto al profano [40].

---

[37] Le citazioni sono tutte dal cap. VIII del libro IV del *Contrat*.

[38] « ... *bien loin de taxer le pur Evangile d'être pernicieux à la société, je le trouve, en quelque sorte, trop sociable, embrassant trop tout le genre humain pour une Législation qui doit être exclusive; inspirant l'humanité plutôt que le patriotisme, et tendant à former des hommes plutôt que des Citoyens* (*Lettres écrites de la montagne*, I (*Oeuvres*, cit., 706).

[39] (*Contrat soc.* l. IV, c. VIII (*Oeuvres*, cit., 465).

[40] *Op. cit.*, 452.

Come si vede, nella interpretazione di Halbwachs cade ogni riferimento al tema della tolleranza o del non-confessionalismo come aspetti essenziali della religione civile. Il pensiero guadagna così in generalità. Una seconda modifica, che cospira allo stesso risultato, è ravvisabile nel fatto che si parla genericamente di sacro per indicare il valore superiore della volontà generale rispetto alle volontà particolari, senza specificare tale sacertà nel senso della trascendenza di Dio, della Provvidenza e della immortalità dell'anima come in Rousseau. Mentre però la prima generalizzazilne è abbastanza chiara, la seconda non lo è altrettanto. Essa stabilisce un parallelo tra due coppie: sacro-profano, volontà particolare-volontà generale, ed equipara l'appello politico alla volontà generale ad un appello a valori religiosi o sacri. I valori politici come tali avrebbero una loro peculiare religiosità, non ulteriormente chiarita, anzi in certo modo resa implausibile dalla stessa terminologia. Particolare e generale, detti della volontà, non sembrano caratterizzazioni così eterogenee come la coppia sacro-profano, e indicano piuttosto due stadi di una tendenza che si espande senza rotture.

Anche Benedetto Croce, più di una volta, parla di religione o di fede religiosa riferendosi sia al cattolicesimo che ad altri ideali che ispirano i movimenti e i partiti politici nel secolo scorso e nel nostro, il liberalismo ad es. o il socialismo. Nella « *Storia d'Europa nel secolo decimonono* » egli vede nel liberalismo la « religione della libertà » e giustifica il ricorso a questa espressione osservando che essa è appropriata « quando si attenda all'essenziale ed intrinseco di ogni religione che risiede sempre in una concezione della realtà e in un'etica conforme » ([40]). Quest'anima religiosa Croce la ravvisa anche nel c.d. « attivismo », nei movimenti e regimi politici cioè caratterizzati dalla mancanza di ogni spirito morale e di una disciplina razionale di largo respiro, e solo dediti al culto della novità per la novità, o della lotta per la lotta. Caratterizzazioni nelle quali, nonostante l'ampiezza categoriale dei termini, sono riconoscibili movimenti come il fascismo italiano o il nazismo tedesco. Croce vede in essi la libertà che tende al contrario della li-

---

([41]) B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono* (1932), rist. Bari, 1972, 20.

bertà ([42]), uno slancio che, privo di ogni freno morale, credendo di potenziare la personalità dell'uomo, finisce in un risultato opposto e l'avvia a perdizione. Ciononostante anche per tali movimenti il filosofo parla di una « natura morale e religiosa o (che riesce allo stesso) irreligiosa e immorale » ([43]), nel senso di una perversione dell'amore per la libertà, di un culto del diavolo messo al posto di Dio, e che pure è un culto, di una triste parodia dell'ideale etico ([44]).

Recentemente, un sociologo americano della religione e della politica, Roberto Bellah ha proposto di interpretare le riflessioni di Croce come una descrizione di quattro « religioni civili » presenti nell'Italia contemporanea, il cattolicesimo, il liberalismo, il socialismo, il fascismo ([45]). Ciò in fondo è in armonia con la definizione di Rousseau così come è interpretata da Halbwachs. Bellah inoltre ritiene che accanto alle quattro ricordate è presente nell'Italia di oggi una quinta religione civile, quella del c.d. sottofondo religioso presente specialmente nel mondo contadino, sottofondo precristiano o subcristiano, tuttora persistente e molto differenziato. Questa religione è essenzialmente particolarista, molto emotiva e relativamente chiusa al mondo esterno. Bellah avverte che il termine religione civile assume in questo caso un diverso significato, e fa questa precisazione: « Il sottofondo religioso può essere considerato una religione civile, non della nazione ma del particolare gruppo del quale essa esprime l'essenza » ([46]).

C'è qui una generalizzazione eccessiva, di convenienza discutibile, nello studio almeno dei fenomeni politici in senso stretto o costituzionali. Parlare di « religione civile » per l'orientamento spirituale di individui e gruppi, pure incapaci a causa del loro particolarismo di avvertire e far proprie interiorizzandole le ragioni dello Stato nazionale unitario o di esprimere almeno istanze alternative di autonomia e indipendenza politica, potrebbe dare

---

([42]) *Op. ult. cit.*, 301.

([43]) *Ibid.*

([44]) *Ibid.*

([45]) R. N. BELLAH, *Le cinque religioni dell'Italia moderna* (sta nella raccolta curata da F. L. CAVAZZA e S. R. GRAUBARD, *Il caso italiano*, Milano, 1974, 439-468).

([46]) *Op. ult. cit.*, 446.

luogo a confusione. La solidarietà sociale in tali casi non va al di là dei rapporti interpersonali, non è ancora solidarietà politica in senso stretto, riconoscimento cioè dello Stato e del valore dei rapporti impersonali che lo caratterizzano. Questa distinzione deve essere mantenuta netta, e un uso troppo ampio di « religione » o « religiosità civile » potrebbe sfocarla.

Abbiamo ricordato alcuni autori e citato vari testi dai quali risulta chiaramente l'uso ampio, talora fin troppo, che oggi si fa del termine religione nella filosofia politica e nella sociologia politica. Quest'uso non è un segno di scarso rigore concettuale, di caduta nella genericità, anche se talvolta questo pericolo si avverte. È piuttosto testimonianza della necessità di una generalizzazione richiesta dai fenomeni stessi, perché taluni loro tratti fondamentalmente simili abbiano il dovuto riconoscimento in una nomenclatura adeguata.

Un pensatore che ha molto insistito sulla necessità di distinguere un concetto stretto e uno largo di religione al fine di munirsi di uno strumento intellettuale indispensabile per la comprensione di fenomeni spirituali, individuali e collettivi, importanti, soprattutto in età moderna e contemporanea, è Paul Tillich. A suo avviso religione in senso largo è sinonimo di interesse o impegno supremo o ultimo (*ultimate concern*) ([47]). *Ultimate concern* è da intendersi sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggetti-

---

([47]) Per la definizione di religione cf. P. TILLICH, *Christianity and the Encounter of the World Religions*, N. York, 1964. « ... *the term religion is open both to limiting and to enlarging definitions, depending on the theological or philosophical position of him who defines* » ([3]). Nel senso largo: « *Religion is the state of being grasped by an ultimate concern, a concern which qualifies all other concerns as preliminary and which itself contains the answer to the question of the meaning of our life. Therefore this concern is unconditionally serious and shows a willingness to sacrifice any finite concern which is in conflict with it. The predominant religious name for the content of such concern is God — a god or gods. In non theistic religions divine qualities are ascribed to a sacred object or an all — pervading power or a highest principle such as the Brahma or the One. In secular quasi-religions the ultimate concern is directed toward objects like nations, science, a particular form or stage of society, or a highest ideal of humanity, whiche are then considered divine* » (4 s.). Ulteriori approfondimenti delle distinzioni tra religione e quasi-religione e dei processi di demonizzazione e di secolarizzazione si trovano nel posteriore P. TILLICH, *Ultimate concern*, (ed. D. Mackenzie Brown), London, 1965 (con utile indice analitico).

vo. Sotto il profilo soggettivo, religioso è l'atto, l'orientamento, l'individuo o il gruppo in quanto si impegnano con serietà e incondizionatamente per qualcuno o per qualcosa. Sotto il profilo oggettivo c'è religione in quanto è la realtà ultima nella sua inesauribile profondità a polarizzare la vita e l'impegno del soggetto. Ciò avviene direttamente, quando i simboli e le pratiche si riferiscono esplicitamente alla realtà ultima, o indirettamente, quando l'impegno del soggetto si rivolge con la massima serietà verso la realtà ultima, che tuttavia non è simboleggiata esplicitamente e autonomamente come tale, per quanto sia trasparente alla coscienza del soggetto, e gli si manifesti come una dimensione di ulteriorità tra le pieghe di un impegno, coinvolto per altro in realtà finite. Nel primo caso si ha religione, nel secondo caso *quasi-religione* (*quasi-religion*). Tillich ci tiene a sottolineare che la *quasi-religione* o la *semireligione*, come talora dicono le traduzioni italiane, non è una *pseudoreligione*. Questo ultimo termine deve riservarsi per un altro fenomeno. Sia le religioni che le quasi-religioni possono subire processi di degenerazione, nella doppia forma della radicalizzazione fanatica o dello svuotamento, della « idolatria » o « demonizzazione » e della « secolarizzazione » o « profanizzazione ». Nel primo caso una entità finita (una realtà o una rappresentazione simbolica) diventa oggetto di interesse supremo, nel secondo caso una realtà finita appaga come tale lo spirito umano, la « passione infinita » si smorza, si ha, come idce Tillich, « la finitezza che riposa su se stessa » (*The in-itself-resting finitude*) ([48]).

Venendo su piano politico-sociale, Tillich ritiene che le principali correnti politiche del nostro tempo, nazionalismo, democrazia liberale, socialismo sono esempi di quasi-religione, di interessi supremi che hanno avuto in vari tempi e luoghi notevole importanza (*ultimate concerns of large historical importance*) ([49]). Tutte e tre queste quasi-religioni inoltre hanno mostrato spesso segni chiari di degenerazione idolatrica; il socialismo nel comunismo stalinista, il nazionalismo nel nazismo e nel fascismo. Anche il liberalismo non di rado si è radicalizzato, assumendo forme assolutiste idolatriche. In questi casi le ideologie politiche diventano

([48]) *Op. ult. cit.*, 87.
([49]) *Op. cit.*, 29.

ideocrazie ([50]). Il loro carattere quasi-religioso subisce una degenerazione analoga a quella che si osserva nelle religioni in senso stretto, quando una rappresentazione simbolica della realtà ultima o divina si sostituisce alla realtà stessa, bloccando la tensione verso ulteriori approfondimenti e creando un clima di intolleranza e di fanatismo all'interno della comunità religiosa o nei riguardi degli altri. Tillich ricorda l'Inquisizione o la guerra dei trent'anni ([51]).

Un altro punto da ricordare è che, secondo Tillich, religione in senso largo e *fede* si identificano. L'una e l'altra sono uno stato in cui l'uomo è afferrato da un interesse supremo ([52]). Quello che si è detto per la religione vale quindi anche per la fede. Anch'essa ha una dimensione soggettiva, *fides qua creditur* (la fede attraverso la quale si crede) e una oggettiva, *fides quae creditur* (la fede alla quale si crede) ([53]). « La prima definisce l'atto centrale della personalità, l'interesse supremo. La seconda definisce la meta verso cui questo atto è diretto: l'assoluto in sé, espresso nei simboli del divino » ([54]).

Le involuzioni idolatriche della religione espresse in termini di fede che degenera diventano più intuitive. Si consideri ad esempio questo passo, espressione sintetica e al tempo stesso chiarificatrice di quanto detto finora: « La fede è lo stato di esperienza di un valore assoluto: la dinamica della fede è la dinamica del supremo interesse dell'uomo. L'uomo, come ogni essere vivente, si preoccupa di molte cose, soprattutto di quelle che condizionano la sua stessa esistenza, come il cibo e l'abitazione. Ma l'uomo, contrariamente agli altri esseri viventi, ha interessi spirituali: conoscitivi, estetici, sociali, politici. Alcuni di essi sono urgenti, spesso estremamente urgenti, e ciascuno di essi, come gli interessi vitali, può rivendicare la sua assolutezza per la vita di un individuo o di un gruppo. Se la rivendica, esige la resa totale di chi accetta la sua istanza, e

---

([50]) Cf. *Christianity*, etc., cit. « ... rule of an ideology (or « ideocracy », as one might call it) » (7).

([51]) Cf. *Ultimate*, etc., cit., pp. 23, 29.

([52]) Cf. *op. ult. cit.*, « *If religion is defined as a state of « being grasped by an ultimate concern » — which is also my definition of faith ...* » (4).

([53]) P. TILLICH, *Dynamics of faith*, New York, 1963 (II ed.) (tr. it. G. Sardelli, Roma, 1967, 22).

([54]) *Ibid.*

promette la totale realizzazione, anche se tutte le altre istanze dovranno essere sottomesse a quella o respinte nel suo nome. Se un gruppo nazionale fa della vita o dello sviluppo della nazione il suo interesse supremo, esso esige il sacrificio di ogni altro interesse: benessere economico, salute e vita, famiglia, verità estetica e conoscitiva, giustizia e umanità. I nazionalismi estremisti del nostro sedolo sono laboratori per lo studio del significato che assume l'interesse supremo in ogni aspetto dell'esistenza umana, compreso il più piccolo interesse della vita quotidiana. Ogni cosa ha per suo centro l'unico dio: la nazione — un dio che certamente si dimostra un demone, ma che rivela chiaramente il carattere assoluto di un interesse supremo ... » ([55]). L'estasi nazionalistica può produrre uno stato in cui il soggetto viene quasi inghiottito dall'oggetto. Ma dopo un certo periodo il soggetto riemerge, radicalmente e totalmente deluso, e guardando la nazione con occhio scettico e misuratore fa torto perfino alle sue legittime rivendicazioni. Più una fede è idolatra, meno è in grado di superare la frattura tra soggetto e oggetto. Nella fede vera l'interesse supremo è un interesse per ciò che è veramente supremo; mentre nella fede idolatra le realtà preliminari, finite, sono innalzate al rango di assoluto. L'inevitabile conseguenza della fede idolatra è la « delusione esistenziale » ... il centro è più o meno spostato verso la periferia ... e perciò l'atto della fede porta a una perdita del centro e a una rottura della personalità » ([56]).

Non ci inoltriamo nell'esposizione del pensiero di Tillich sulla religione. Quello che abbiamo detto è sufficiente a mostrare l'utilità e la fecondità di un concetto relativamente ampio di religione e di alcune articolazioni ad esso collegate. L'uno e le altre si possono impiegare con frutto sia in psicologia che in sociologia, indipendentemente da punti di vista filosofici troppo caratterizzati speculativamente. Ciò è comprovato anche da due definizioni di religione abbastanza diffuse nelle odierne scienze sociali e nelle quali è palese il rilievo conferito agli stessi elementi del fenomeno religioso sottolineati da Tillich. La prima definizione è quella di Joachim Wach (1951) della religione come « la risposta totale

([55]) *Op. ult. cit.*, 15 s.
([56]) *Op. ult. cit.*, 23.

dell'essenza totale dell'uomo a ciò che egli sperimenta come realtà ultima » ([57]). La seconda è di Robert Bellah della religione come « un insieme di forme ed atti simbolici che riferiscono l'uomo alle ultime condizioni della sua esistenza » ([58]). Molto simile è una terza definizione proposta da Clifford Geertz, un antropologo, anch'essa molto diffusa, nella quale hanno più esplicito rilievo elementi sociali e culturali. Secondo questa definizione la religione è: « (1) un sistema di simboli che mira a (2) stabilire negli uomini delle disposizioni e delle motivazioni potenti, pervasive e durevoli, attraverso la (3) formulazione di concezioni di un ordine generale di esistenza e (4) racchiudendo queste concezioni in un'aureola di fattualità tale che (5) le disposizioni e le motivazioni sembrano realistici in maniera unica » ([59]).

Della copiosa letteratura sociologica (di sociologia generale, di sociologia della religione e di sociologia politica) che utilizza con frutto queste definizioni di religione e le altre nomenclatura collegate, ricordiamo soltanto alcune opere più importanti per la sociologia dello Stato e per lo studio sociologico delle costituzioni, come gli studi di Bellah sulla religione civile in America ([60]), o quelli dello stesso Bellah o di Geertz sui rapporti tra religione e politica in vari stati del terzo mondo ([61]), o il saggio di Apter sulle

---

([57]) J. WACH, *Types of Religious Experience: Christian and Non- Christian*, Chicago, 1951, cap. 2 (citiamo della traduzione contenuta in D. ZADRA, *Sociologia della religione, testi e documenti*, Milano, 1969, 45).

([58]) « *... let me define religion as a set of symbolic forms and acts that relate man to the ultimate conditions of his existence* » (R. BELLAH, *Beyond Belief*, N. York, 1970, 21 (tr. it. D. Zadra, Brescia, 1975).

([59]) « *A religion is a system of symbols wich acts to establish powerful, pervasive and long-lasting moods and motivations in men by formulating conceptions of a general order of existence and clothing these conceptions with such an aura of factuality that the moods and motivations seem uniquely realistic.* (C. GEERTZ, *Religions as a Cultural System* (in *Anthropological Approaches to the Study of Religions* (ed. M. Banton), Edimburgh, 1966, 4) (tr. it. in D. ZADRA, *Sociologia della religione*, cit., 85-102).

([60]) Cf. R. BELLAH, *Beyond Belief*, N. York, 1970, cap. VII e cap. XI (tr. it. Brescia, 1975).

([61]) Cf. ad es. C. GEERTZ, *The Integrative Revolution* (*Primordial sentiments and civil politics in the new States*), in C. GEERTZ (Ed.): *Old Societies and New States*, N. York, 1963, 105-157. R. BELLAH, *Beyond Belief*, cit., cap. VI.

religioni politiche nelle nuove nazioni (62). Anche Niklas Luhmann ha di recente studiato tematicamente i rapporti tra i valori costituzionali fondamentali e la religione civile dal punto di vista della odierna crescente differenziazione sociale, che sotto certi profili fa della religione o della religiosità (in senso ampio) un carattere globale del sistema sociale e sotto certi altri (più circoscritti e confessionali) un fenomeno rilevante solo per taluni suoi parziali settori (63).

Non è il momento di esaminare analiticamente questa letteratura che si fa di anno in anno più ricca (64). Noi possiamo chiudere qui il discorso che serviva a giustificare la nostra attribuzione di un carattere religioso o di una religiosità alle costituzioni degli Stati moderni, in quanto presuppongono e tendono a rendere sempre più effettivo il consenso su valori disinteressati in alto grado, altruistici di ampia portata o addirittura escatologici. C'è in questa attribuzione un uso più generale di quello comune del termine religione, un uso però che, come abbiamo mostrato, è da tempo corrente nella filosofia e nelle scienze sociali, e, come ora contiamo di mostrare, largamente giustificato dalla chiarificazione che i fenomeni stessi ne ricevono.

d) *L'amore dei lontani come fede religiosa.*

Le costituzioni degli Stati moderni, anche quando gravitano intorno a interessi o valori essenzialmente mondani, addirittura materiali e organici, tendono alla soddisfazione di queste esigenze elementari della vita in un modo caratteristico, che ne rende impossibile l'interpretazione in termini di utilitarismo individuale. Le istanze pratiche dell'individuo si fanno valere attraverso la media-

---

(62) D. E. APTER, *Political Religion in the New States* nella raccolta a cura di Geertz, cit., pp. 57-104.

(63) N. LUHMANN, *Grundwerte als Zivilreligion. Zur wissenschaftlichen Karriere eines Themas* (in AA. VV., *Religione e politica*, « Archivio di Filosofia », 1987, 51-72).

(64) Cf. ad es. per gli sviluppi recenti delle ricerche sulla religione civile in America: J. L. G. (James Leo GARRET Jr.), « *Civil Religion* »: *Clarifyng the Semantic Problem*, « Journal of Church and State », v. 16, 1974, 187-195; R. D. LINDER, *Civil Religion in Historical Perspective*: *The Reality that underlies the Concept* », Journ. of Church and State », v. 17, 1975, 399-421.

zione di una collaborazione sociale di ampie dimensioni alla quale il singolo deve consentire, accogliendo tra le motivazioni del proprio agire anche le esigenze vitali elementari *degli altri*, degli altri, si noti, non in quanto a lui legati da vincoli interpersonali, ma in quanto a lui consociati da rapporti impersonali di legalità formale e di giustizia sostanziale, alla cui base troviamo i grandi ideali politici moderni: l'amore di patria, l'emancipazione delle classi lavoratrici etc.; insomma, l'amore del lontano!

La soddisfazione dei bisogni elementari, inserita in un quadro sociale così vasto, potrebbe sembrare nulla più che una forma nuova in cui si afferma l'utilitarismo individuale, una forma più garantita e sistematica, che in età moderna aspira a diventare addirittura razionale e scientifica. L'impressione non è del tutto errata, si collega a orientamenti e tendenze effettive del pensiero e della vita politica moderna. Non si deve però sorvolare sul fatto che la razionalizzazione della vita pratica che si osserva negli Stati moderni, pur poggiando su basi scientifiche che suppongono da ultimo la prevedibilità dei fenomeni naturali resa possibile dalla moderna conoscenza delle leggi deterministiche della natura, non è completamente riducibile a una « scientificità » così forte.

All'interno delle stesse ali estreme del pensiero politico razionalista, quelle dell'illuminismo scientista, sono rari i sostenitori di un utilitarismo individualista fondato sulla possibilità di un tornaconto pratico rigorosamente e scientificamente prevedibile per il singolo che si comporti conformemente a ciò che le leggi e gli ideali dello Stato richiedono. Dopo Helvetius e Bentham, che sembra ancora indugiare in questi tentativi, l'utilitarismo « universalista » (l'*universalistic* o *generic utilitarianism* degli autori di lingua inglese) tenderà a prevalere su quello « egoistico » (*egoistic utilitarianism*) o « particolaristico » (*particularistic utilitarianism*). J. S. Mill ad es. nella sua versione dell'utilitarismo darà largo posto alle motivazioni soggettive disinteressate, accogliendo addirittura istanze altruistiche della comtiana religione dell'umanità ([65]).

([65]) Sulle tendenze *lato sensu* religiose dell'utilitarismo di Mill, affiancate a quelle scientifico-razionali cf. M. COWLING, *Mill and Liberalism* (in J. B. SCHNEEWIND (Ed.), *Mill*, London, 1969, 329-353). Per la distinzione tra *particularistic*

Questo per quanto riguarda l'utilitarismo come corrente di pensiero politico. Sul piano dei fatti l'esperienza storica mostra spesso che all'utile individuale nello Stato moderno sono aperte solo due vie: o di potersi affermare in maniera eccessiva in pochi casi, contravvenendo in modo più o meno manifesto alle leggi e agli ideali dello Stato, o di correre rischi molto seri di compressione e soffocamento.

Le prospettive dell'utilitarismo individualista sono insomma molto problematiche, sia in linea di principio che in via di fatto. E d'altronde non è difficile darsene spiegazione.

Quando, come nello Stato moderno, si fissano obiettivi sociali realizzabili solo attraverso una lunga catena di cause intermedie, naturali e umane, costituite cioè non solo di strumenti inerti ma anche di persone vive e libere sulla cui collaborazione secondo regole convenute si conta per la buona riuscita dei programmi, allora ad ogni anello aggiunto alla catena si accompagna un nuovo rischio e si crea una nuova alea, una nuova imprevedibilità, via via maggiore quanto più lunga si fa la catena e complesso l'intreccio delle contingenze dei fattori mondani e delle libertà dei soggetti coinvolti.

Perciò nel passaggio dall'amore dei vicini all'amore dei lontani si ha un salto, anzi una serie di salti, di rotture sul piano delle motivazioni dei soggetti impegnati. Già con i vicini, al livello vogliamo dire microsociale dei rapporti interpersonali, l'utilitarismo individualista è un quadro di riferimento da impiegare con qualche cautela. Non si può negare però che a questo livello ragionamenti prudenziali abbastanza sicuri, regole di esperienza più consolidate, possono indicare al comportamento pratico dell'individuo vie conducenti al conseguimento dell'utile. Quando si aspira invece a una soddisfazione più sistematica e garantita dei bisogni, quella ad esempio resa possibile dalla scienza e dall'industria moderne, di necessità questo disegno, in sé più razionale, richiede, per essere realizzato, un dominio o un controllo delle energie naturali, una certa libertà dalla natura, che

---

utilitarianism e *generic utilitarianism* e quella analoga tra *act-utilitarianism* e *rule-utilitarianism* cf. F. A. HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice*, London, 1976, 17-27, e la letteratura ivi citata.

non è possibile all'individuo o al piccolo gruppo, ma solo all'uomo che ha accettato i legami impersonali delle grandi società. Si richiede una collaborazione sociale più ampia e il consentirvi è già un adeguarsi a criteri che superano quelli dell'utilitarismo stretto e si aprono gradualmente a motivazioni superiori, non immediatamente morali o religiose, ma che finiscono da ultimo per assumerne il carattere al di là un certo punto, oltre il quale si ha un salto qualitativo ([66]). Si passa così dall'utilitarismo stretto a forme di utilitarismo illuminato che, man mano che si accettano impostazioni più ampie e razionali di soddisfacimento sociale dei bisogni della vita pratica, deve accettare elementi di rischio crescente, legati alla crescita del raggio sociale. Nonostante l'incertezza di questo rischio l'individuo deve agire, esso perciò non può non ripercuotersi nelle motivazioni dei soggetti. Esse, almeno in linea di principio, debbono gravitare sempre meno su prevedibili remunerazioni pratiche proprie e aprirsi a ideali più disinteressati, acquistando da ultimo i caratteri di una vera e propria fede religiosa, nel senso largo ma preciso che sopra abbiamo ricordato. In questo senso e in questi limiti ([67]) parlare di una religione o religiosità civile o politica immanente alla costituzione degli Stati moderni ci sembra corretto.

3. *Religiosità e scrittura.*

a) *Tensione ma non inconciliabilità di principio tra religiosità e scrittura.*

Una volta chiarito in che senso e limiti si può parlare di una religione o religiosità inerente agli stati moderni per la loro stessa

([66]) Per la distinzione tra uno *short-term self-interest* e un *long-term self-interest* nella storia dell'utilitarismo e per i tentativi di fondare teologicamente (*in the eternal run!*) il secondo cf. la voce *Egoism and Altruism* della *Encyclopedia of Philosophy*, 1967, redatta da A. MAC INTYRE.

([67]) Un'accentuazione maggiore forse non può escludersi *a priori*, ma è certo molto problematica. In proposito è interessante la lettura delle critiche rivolte da A. Gouldner alle impostazioni utilitaristiche più comuni da una parte e al moralismo e alla religiosità che egli giudica essenziali alla sociologia funzionalista dall'altra. Cf. A. W. GOULDNER, *The Coming Crisis of Western Sociology*, New York, 1970 (tr. it. Bologna, 1972, 95 ss.; 374 ss.).

costituzione, dobbiamo esaminare se, e in che grado, tale religiosità, che abbiamo chiamato civile o politica, è compatibile con la formalizzazione scritta. Per rispondere a questa domanda esamineremo prima se vi sia opposizione e perché tra scrittura e valori religiosi *intesi in senso stretto*.

Una certa tensione tra religione e linguaggio, in particolare tra religione e scrittura, è stata sostenuta in diverse epoche e luoghi con argomenti degni di seria considerazione, ma la tesi di una completa inconciliabilità, come quella ad esempio difesa da De Maistre, è troppo drastica. Anche storicamente inoltre è inattendibile, se pretende di rappresentare il pensiero della teologia cristiana, o anche solo di quella cattolica. Quanto a noi, la nostra posizione è molto vicina nell'essenziale a quella di S. Tommaso. In appendice diamo un commento analitico del passo della *Summa* dove si trovano le sue idee in proposito ([68]). Qui ne riassumiamo più liberamente il pensiero per dare maggiore rilievo alle idee che ci sembrano centrali e agli argomenti più essenziali.

S. Tommaso sostiene l'inadeguatezza della scrittura per l'espressione e l'interiorizzazione dei valori religiosi, senza spingersi però fino ad affermare una incompatibilità assoluta.

Egli pensa che tra valori religiosi e linguaggio scritto non c'è consonanza piena perché la scrittura può fermare l'intelligenza nel suo slancio verso ulteriori approfondimenti conoscitivi e in questo senso indebolire il suo protendersi verso la trascendenza.

Un'altra dimensione della vita religiosa, distinta da quella conoscitiva, che la scrittura può comprimere, è quella più propriamente affettiva e volitiva. La religione, soprattutto quella cristiana alla quale S. Tommaso si riferisce, è nello stadio terreno una protensione verso Dio e il prossimo di prevalente carattere affettivo e volitivo, e non meramente conoscitivo, diversamente che nello stadio celeste, di carattere essenzialmente contemplativo. La scrittura può essere pericolosa se favorisce le deviazioni dello spirito religiosamente debole, troppo dedito alla conoscenza

([68]) Cf. il nostro *Utrum Christus debuerit doctrinam suam scripto tradere*, in *Divus Thomas*, 1956, 20-37. Si tratta di un commento a *Summa Theol.* III, q. 42, a. 4.

per la conoscenza e incline all'introversione che è nemica della vera interiorità spirituale e tende alla non partecipazione affettiva e al disimpegno pratico.

Oltre a questi due argomenti in S. Tommaso se ne trova un terzo che fa leva sul carattere inanimato, meramente materiale della scrittura (pietra, pergamena etc.), e segnala il pericolo che la parola scritta contribuisca a far perdere di vista o dimenticare il destinatario. Il pensiero, espresso per raggiungere un altro soggetto, resta invece bloccato nella materia che doveva trasmetterlo e non è rianimato dall'accoglienza di un altro spirito che lo riceve e lo sviluppa.

Immanenza contro trascendenza, conoscenza contro affetto e volontà, oggettivazione nell'inanimato contro « soggettivazione » in altri spiriti: queste tre coppie sono al centro delle riflessioni tomiste sul valore o disvalore della scrittura per la religione. S. Tommaso ritiene che la scrittura deve avere un ruolo subordinato nella vita religiosa, ma non ne sostiene l'esclusione assoluta, proprio perché per lui, in quanto cristiano, non c'è incompatibilità assoluta tra immanenza e trascendenza, essendo il cristianesimo religione del Dio incarnato, nella quale la memoria storica e la scrittura che la potenzia hanno grande importanza. In secondo luogo, anche tra conoscenza e affetto e volontà nel tomismo non c'è inconciliabilità completa ma solo parziale. Quanto ai pericoli infine connessi all'oggettivazione del pensiero nella materia, S. Tommaso li riconosce ma sottolinea che la scrittura facilita contatti a distanza tra uomini e generazioni altrimenti molto difficili se non impossibili. In questo senso essa serve un valore religioso, quello della cattolicità o universalità temporale, diacronica.

Detto in altri termini, una radicale incompatibilità tra scrittura e valori religiosi ci sarebbe solo per una visione del sacro che lo intendesse come del tutto trascendente del tutto irrazionale e unicamente esperibile nel raggio di esperienze individuali intime o interpersonali di breve raggio. Ma questa visione del sacro è da respingere e perciò l'opposizione con la scrittura è solo relativa e deve intendersi piuttosto come una tensione tra varie componenti di un fenomeno vitale complesso, tensione feconda e non lacerante, purché nessuna delle componenti si sviluppi unilateralmente ed eccessivamente. In tal caso infatti, superata una certa soglia

critica, si avrebbero degenerazioni involutive invece di una crescita ottimale o normale.

Già queste riflessioni, che mettono in evidenza una tensione ma non un antagonismo inevitabile, possono costituire un argomento *a maiori* per il giudizio da dare sui rapporti tra la scrittura e la religiosità civile, nella quale i caratteri del sacro che più potrebbero essere compromessi dalla scrittura, e cioè la trascendenza l'emozionalità e l'intimità individuale, pur essendo presenti e importanti, non hanno un rilievo altrettanto accentuato come nella religione in senso stretto.

Verso lo stesso risultato, d'altra parte, come ora mostreremo, convergono anche ricerche più recenti.

Problemi analoghi a quelli trattati da S. Tommaso sono studiati oggi da filosofi della cultura, e da sociologi che se ne interessano, anch'essi talora in termini molto generali, nel quadro dei problemi connessi alla istituzionalizzazione della religione, intesa ora non in senso stretto, ma nel senso largo chiarito addietro, e indagata in rapporto alle tensioni e alle crisi, individuali e collettive, tipiche delle culture letterate alfabetiche in quanto distinte da quelle orali-aurali ([69]).

I punti essenziali della problematica che abbiamo appena considerato sono ad esempio facilmente riconoscibili in due dei più noti dilemmi della istituzionalizzazione della religione, il c.d. dilemma del simbolismo (*the symbolic dilemma*) e quello chiamato della « delimitazione » (*the dilemma of delimitation*). La terminologia è di un noto sociologo della religione, Thomas F. O' Dea ([70]), ma i fenomeni sono più comunemente riconosciuti da filosofi e sociologi.

Quanto al primo dilemma, si tratta di questo. Lo spirito religioso, per poco che voglia esprimersi all'esterno, non può ovviamente prescindere da segni, ed è del tutto naturale che nel passaggio

([69]) Cf. più avanti nota.

([70]) T. F. O'Dea, *Five Dilemmas in the Institutionalization of Religion*, « Journal for the Scientific Study of Religion », I, 1961, 30-39 (tr. it. nella raccolta curata da D. Zadra, *Sociologia della religione*, cit., 285-294). Una esposizione più sintetica di questi dilemmi si trova in T. F. O'Dea, *The Sociology of Religion*, Englewood Cliffs, 1966, cap. V (tr. it. Bologna, 1976).

da una religiosità individuale ad una comunitaria e al crescere del raggio del gruppo religioso si sviluppi un apparato simbolico di dimensioni progressivamente maggiori e perfino eccessive e dannose all'autentica religiosità. Donde talora reazioni più o meno violente. Idolatria e iconoclastia sono fenomeni ricorrenti nella storia delle religioni. Ad essi studi recenti hanno dedicato notevole attenzione. Basti ricordare i nomi di Tillich ([71]) o di Mircea Eliade ([72]). Come giustamente osserva O'Dea, alla loro radice c'è il fatto che: « il simbolo religioso è esso stesso un'antinomia — un'espressione *par excellence* del dilemma della religione istituzionalizzata. Simbolizzare il trascendente significa assumere inevitabilmente il rischio di perdere il contatto con esso. Incorporare il sacro in un veicolo significa correre il rischio di secolarizzarlo. E tuttavia, se si vuole che la vita religiosa sia partecipata e trasmessa lungo le generazioni, il tentativo dev'essere fatto ». « Il simbolo — parola, gesto, atto o pittura, musica e scultura — fornisce il mezzo di comunicazione e di partecipazione genuina e quindi la base per la socializzazione della risposta religiosa ... Inoltre, quando la risonanza tra esterno e interno è perduta, il simbolo diventa spesso una barriera, laddove in precedenza era stato un sentiero strutturato. Diviene allora l'oggetto dell'aggressività » ([73]).

Il dilemma della delimitazione, che forse sarebbe meglio chiamare dilemma della concretizzazione, è anch'esso di carattere molto generale e ha strette relazioni con il primo. Si riallaccia all'esigenza che lo spirito religioso avverte di calarsi nella quotidianità, di compenegrare le azioni individuali e collettive di tutti i giorni, assumendo forma di modello di comportamento, di stile

---

([71]) Cf. ad es. P. TILLICH, *Theology of culture* (1959), rist. 1970, Oxford, 53 ss.

([72]) M. ELIADE, *Traité d'histoire des religions*, Paris, 1948 (tr. it. Torino, 1954), cap. I e cap. XIII.

([73]) « *... the religious symbol is in itself an antinomy - an expression par excellence of the dilemma of institutionalizing religion. To symbolize the transcendent is to take the inevitable risk of losing the contact with it. To embody the sacred in a vehicle is to run the risk of its secularization. Yet if religious life is to be shared and transmitted down the generations the attempt must be made* » (*Five Dilemmas*, etc., cit., 35). « *The symbol — word, gesture, act, er painting, music and sculpture — provides the medium of genuine communication and sharing and thereby the basis for socializing the religious response ... Moreover, when the resonance between the*

di vita. Questa concretizzazione non deve attentare alla purezza ineffabile e trascendente dell'ideale religioso, e tuttavia non deve essere troppo al di là delle possibilità dell'uomo comune, possibilità di comprensione e possibilità di realizzazione. Anche qui ci troviamo davanti a un equilibrio instabile di esigenze, potenzialmente conflittuali, di difficile armonizzazione, con il pericolo sempre ricorrente di processi degenerativi e involutivi. La purezza iperassiologica dell'ideale religioso, se non si concretizza rimane sterile, ma la concretizzazione, pur non potendo esaurire la ricchezza del valore religioso non deve tradirlo né bloccare o rallentare lo slancio non solo conoscitivio ma affettivo e pratico verso un trascendimento ulteriore.

Sono difficoltà che si presentano in ogni momento della vita religiosa largamente intesa, individuale o collettiva, ma in talune circostanze acquistano un rilievo particolare e le opposte esigenze si mostrano, per così dire, a nudo. Ricordiamo ad esempio il dibattito all'Assemblea Costituente sulla convenienza o meno di premettere alla nostra Carta costituzionale un preambolo che invocasse il nome di Dio ». Come negare il carattere sacro del patto costituzionale? », dicevano alcuni. « Come pronunciare nel documento il nome di Dio senza immiserirlo e farne motivo di divisione? » rispondevano altri, e la loro opinione prevalse ([74]).

b) *Vita spirituale, parola viva, scrittura.*

Nei dilemmi del simbolismo della delimitazione non si parla specificamente della scrittura. Entrambi mostrano che il simbolismo in genere, nelle sue oggettivazioni e precisazioni non deve superare un certo punto critico, al di là del quale potrebbe minacciare l'autenticità dello spirito religioso. Resta aperta la questione: il simbolismo scritto è già al di là di tale punto critico? e, in caso negativo, si può precisare in quali circostanze l'oltre-

---

external and internal is lost, the symbol often becomes a barrier where prevously it it had been a structured pathway. It becomes the object of aggression (*Op. ult. cit.*, 35).

([74]) Oltre che negli *Atti dell'Assemblea* il dibattito è ora riportato in G. La Pira, *La casa comune - una costituzione per l'uomo* (a cura di U. De Siervo), Firenze, 1979, 263-275.

passa? Contributi rilevanti per rispondere a queste domande si possono ricavare da indagini, relativamente recenti, di sociologia delle comunicazioni, che cercano di dare formulazioni empiricamente più significative a varie tesi e riflessioni filosofiche da tempo note, ma per la loro vaghezza rimaste controverse, sul piano soprattutto di possibili applicazioni storiche. Sono indagini sulle differenze tra parola scritta e parola parlata, dal punto di vista delle ripercussioni sulla vita spirituale individuale e collettiva ([75]).

Una prima serie di considerazioni, empiricamente molto fondate, sottolineano il diseguale sviluppo dei fattori auditivi o visivi conseguente al prevalere della parola parlata o, rispettivamente, della scrittura. Ne derivano effetti non trascurabili, sia su piano individuale che su piano sociale-culturale. La prevalenza degli elementi visivi facilita notevolmente talune attività intellettuali che, manifestamente, senza la scrittura, sarebbero rimaste ad uno stadio embrionale. In questi casi si può parlare in senso proprio di un pensiero « visivo » ([76]). Gli esempi più caratteristici sono dati dalla matematica o dalla logica moderna, impensabili senza simboli scritti ([77]). Un altro campo scientifico straordinaria-

---

([75]) Per un primo orientamento su questa problematica cf. J. GOOD - I. WATT, *The Consequences of Literacy*, « Comparative Studies in Society and History », V (1962-1963) (tr. parziale nella raccolta a cura di P. P. GIGLIOLI, *Linguaggio e società*, Bologna, 1973, 361-406 (con ricca bibliografia). Contributi notevoli sull'argomento sono stati dati da M. Mc Luhan e dalla sua scuola, nel quadro di ricerche più ampie estese alla comunicazione a stampa e a quella elettronica. Esse hanno avuto accoglienze non sempre positive tra gli studiosi, per una certa tendenza alla generalizzazione, giudicata eccessiva, che si nota soprattutto in MC LUHAN. Cf. di lui *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, Toronto, 1962 (tr. it. Roma, 1976); ID., *Understanding Media: The Extensions of Man*, New York, 1964 (tr. it. col titolo *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967); W. J. ONG, *The Presence of the Word*, New Haven, 1967 (tr. it. Bologna, 1970).

([76]) Abbiamo chiamato pensiero visivo il pensiero che si sviluppa sulla base di una utilizzazione intensiva della scrittura, ma per essere più precisi, dobbiamo sottolineare che esso è solo parzialmente visivo, non utilizza la vista in tutte le sue virtualità, ma solo in alcune. Di solito prescinde dai colori, dalla terza dimensione della profondità e perfino da molte proprietà delle superfici bidimensionali: il foglio di carta in cui si deve scrivere non è il foglio in cui si può disegnare, ha una virtualità notazionale o rappresentazionale più concentrata e ridotta prevalentemente anche se non esclusivamente « sequenziale ».

([77]) I manuali di logica simbolica accennano di solito alla grande importanza

mente alleato alla scrittura è la storiografia, nemmeno immaginabile senza documenti scritti. In altre dimensioni, extrascientifiche, della vita dello spirito, l'utilizzazione di segni scritti permette progressi altrimenti impossibili. Basti ricordare le osservazioni di Max Weber sull'importanza della notazione scritta dei suoni nello sviluppo della musica occidentale dal Medioevo ad oggi ([78]).

Mentre è facile mostrare che la scrittura ha contribuito notevolmente allo sviluppo di talune dimensioni della vita spirituale che altrimenti sarebbero rimaste a uno stadio embrionale è più difficile precisare in che misura essa, diffondendosi, ha impedito o fatto regredire altre attività spirituali. In generale è chiaro che la limitatezza del tempo e delle energie umane corporee e spirituali porta inevitabilmente ad arresti o a regressioni di certi interessi e attività se altri polarizzano eccessivamente l'impegno. Per talune attività più facilmente studiabili è più agevole seguire anche in dettaglio questi fenomeni, ad esempio l'indebolimento dell'udito e della memoria individuale vissuta conseguente allo sviluppo della scrittura. Di più difficile analisi sono invece i fenomeni di una sorta di decadimento o addirittura di una malattia o senescenza dello spirito da imputare alla diffusione universale della scrittura. Essa, dilatandosi eccessivamente favorirebbe il moltiplicarsi di una *forma mentis* troppo problematica e critica su piano conoscitivo o al prevalere di una morta erudizione, e indebolirebbe inoltre lo spirito pratico, favorendo atteggiamenti troppo introversi e irresoluti, con conseguente svigorimento della volontà e delle capacità di azione.

Queste critiche nella loro sostanza hanno il precedente più illustre nella seconda delle *Considerazioni inattuali* di Nietzsche: *Sull'utilità e danno della storia per la vita* (*Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben*) (1874). Il filosofo non vi parla della scrittura, solo occasionalmente accenna alla sterminata produzione

---

dei segni ideografici in questa disciplina, ma in modo rapido e senza gli approfondimenti che il punto meriterebbe. Non mancano però le eccezioni. Cf. ad es. C. I. LEWIS, *A Survey of Symbolic Logic* (1918), rist. 1960, New York, 2; 6-8.

([78]) Cf. in M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1968 (tr. dall'edizione del 1956 di Winkelmann) t. II, l'Appendice con il saggio sui fondamenti razionali e sociologici della musica, soprattutto le pp. 813 ss.

libraria, ma la sua tesi centrale « che un'esuberanza di storia danneggia l'essere vivente » [79] suppone chiaramente l'esistenza di una civiltà nella quale scrittura e stampa hanno permesso il moltiplicarsi degli uomini « enciclopedie ambulanti » [80] da lui tanto criticati, consentito insomma uno sviluppo gigantesco della memoria oggettivata e collettiva, senza il quale il problema dell'indebolimento della vitalità dello spirito non si porrebbe nemmeno. Nietzsche ne dà una trattazione in termini generali, difficilmente contestabile proprio per la sua elevata generalità. Egli sostiene che « solo per mezzo della forza di usare il passato per la vita e di trasformare la storia del passato in presente, l'uomo diventa uomo: ma in un eccesso di storia l'uomo viene meno nuovamente [81]. Un principio come tale ineccepibile, che lascia però intatta la questione empirica della determinazione del punto critico oltre il quale comincia l'eccesso. Secondo Nietzsche, già ai suoi tempi esso era stato già raggiunto e superato, ma questa è una tesi empirica discutibile, da proporre e provare con metodi scientifici più rigorosi. A tal fine le scienze sociali possono essere di aiuto. Gli studi, in particolare, sulle conseguenze dell'adozione e della diffusione della scrittura e della stampa hanno isolato alcuni fenomenti o famiglie di fenomeni che consentono oggi di vedere le cose con maggiore, anche se non completa, chiarezza [82].

Un primo orientamento è dato dal riconoscimento della centralità per la nostra questione di due fatti, uno di carattere quantitativo, l'altro più qualitativo. Il primo è l'enorme sviluppo del pensiero o dello spirito oggettivato, della materia inorganica plasmata e trasformata dal lavoro umano e divenuta una sorta di seconda natura, sovrapposta alla natura vergine e portatrice di

---

[79] « ... *ein Uebermass der Historie dem Lebendigen Schade* ». F. NIETZSCHE, *Unzeitgemässe Betrachtungen*, I-III (1872-1874), Berlin, 1972, 254 (tr. it. C. Valentini, Milano, 1974).

[80] *Wandelnden Encyclopedien* (*Op. cit.*, 270).

[81] « ... *erst durch die Kraft, das Vergangene zum Leben zu gebrauchen und aus dem Geschehenen wieder Geschichte zu machen, wird der Mensch zum Menschen: aber in einem Uebermasse von Histoire hört der Mensch wieder auf* ... » (*Op. cit.*, 249).

[82] Cf. nota 75.

significati e intenzioni che vanno molto al di là di essa, verità intellegibili e valori soprasensibili. Il secondo fatto, di carattere più qualitativo, è che alla smisurata dilatazione del pensiero oggettivato corrisponde un potenziamento del pensiero vivente, un suo ingrandimento per così dire, nel quale però esso subisce anche delle deformazioni, perché non si espande in completa isotropia, ma in una direzione di più e in un'altra di meno. Ciò è dovuto al fatto che di epoca in epoca le varie tecnologie portano a una possibilità diversa e accresciuta di esteriorizzare, differenziare e potenziare separatamente i vari livelli e momenti della interiorità, non però nella stessa misura. Le facilitazioni di sviluppo che lo spirito oggettivato consente a ciascuna dimensione dello spirito vivo non sono eguali e ciò spiega le frequenti unilateralità e deformazioni che si verificano quando a tali facilitazioni si ricorre con larghezza, come avviene nelle società tecnologicamente avanzate di oggi.

Questi ultimi fenomeni spiccano con grande risalto confrontando i cambiamenti avvenuti nella vita dello spirito vivente, individuale e collettivo, in corrispondenza alle mutazioni tecnologiche maggiori che rendono possibili esteriorizzazioni e oggettivazioni dell'interiorità prima molto difficili, ad esempio attraverso la registrazione e la facile riproducibilità dei suoni e delle immagini. L'accelerazione del progresso tecnico ci ha reso oggi familiari questi processi e al tempo stesso ci ha dato sensibilità più acuta a rilevare le analoghe trasformazioni verificatesi in passato. Tra esse, il passaggio dalle culture orali-aurali a quelle letterate-alfabetiche, in particolare a quelle che utilizzano la stampa, è una delle più significative e importanti.

In questo passaggio cinque gruppi di fenomeni meritano dal nostro punto di vista particolare attenzione, perché mettono in evidenza come nelle società letterarie-alfabetiche, in particolare tipografiche, l'impegno di ampio respiro in cui la religione civile si esprime non trova solo le facilitazioni già indicate ma anche alcuni ostacoli. In questi gruppi di fenomeni si vede più precisamente che lo sviluppo non isotropo dell'interiorità, conseguente all'ampio uso dei mezzi offerti dal pensiero oggettivato, quali scrittura e stampa, può incidere negativamente sulla libertà e sulla reciprocità delle coscienze. Di questi gruppi di fenomeni due riguardano

appunto la libertà in quanto volontà attuosa e volontà programmatica, tre invece aspetti della reciprocità in quanto apertura e comunicazione simmetrica e alternantesi su un piano di eguaglianza delle coscienze.

1. Nelle società letterate-alfabetiche sono molto più difficili, o del tutto impossibili, le « amnesie strutturali », quegli oblii, a modo loro provvidenziali e funzionali, grazie ai quali la collettività orale-aurale si liberava tacitamente delle tradizioni normative di ostacolo all'adattamento alla realtà ambientale del presente, senza discuterle pubblicamente prima di modificarle o respingerle e dichiararle decadute, ma semplicemente « raccontandole diversamente » o non parlandone e non ripetendole più, e per tale via rimuovendole del tutto dalla memoria, che era appunto orale-auditiva, non scritta-visiva. Ciò oggi non è più possibile. Nelle società letterate tipografiche si osserva un eccesso di memoria e un eccesso di previdenza. Perciò queste società sono troppo legate al passato e tendono troppo a condizionare e controllare il futuro. La scrittura per questa via contribuisce all'indebolimento delle possibilità operative riservate al presente, a restringere la dimensione propriamente attuosa e realizzatrice della volontà e della libertà.

2. Un ulteriore indebolimento della volontà e della libertà, allo stesso livello delle scelte programmatiche e delle opzioni fondamentali, si collega alla maggiore diffusione dello spirito critico cui si accompagna uno stato mentale di dubbio e di incertezza che non è nella stessa misura fecondo per la scienza e per l'azione. La prima se ne avvantaggia, se non illimitatamente, certo molto più che la seconda, fa del dubbio addirittura un proprio canone metodologico (il dubbio metodico!). La dilatazione degli orizzonti conoscitivi e degli interessi culturali conseguenti alla diffusione della scrittura e della stampa, che hanno reso possibile l'istruzione universale, facilita la diffusione della mentalità relativista e problematicista che penetra spesso anche all'interno delle convinzioni morali più profonde, con esiti negativi, evitabili in linea di principio, ma in linea di fatto molto più difficilmente controllabili, perché superiori alle risorse morali dell'uomo comune. L'ansia o l'angoscia connesse all'eccessivo problematicismo pra-

tico è facile che portino, su piano individuale e sociale, a richieste eccessive di certezza e sicurezza, per cui si passa da un clima eccessivo di libertà che mette in discussione anche i principi e le scelte più fondamentali, a una fuga dalla libertà (83), come l'ha chiamata E. Fromm, dall'amletismo alla precipitazione, non meno pericolosa per la libertà.

Gli altri tre gruppi di fenomeni riguardano, come dicevamo, la reciprocità delle coscienze, in quanto apertura spirituale simmetrica, alternantesi su un piano di eguaglianza.

3. La scrittura, e più ancora la stampa, consentono un potenziamento e una diffusione straordinari dell'attitudine all'introversione e all'introspezione. Molto più che ascoltando e parlando soltanto, leggendo e scrivendo i nostri pensieri crescono e si sviluppano e il nostro io interiore acquista rilievo davanti alla nostra attenzione, mentre i pensieri altrui in quanto altrui passano più facilmente nello sfondo, venendo meno la parola viva e la presenza fisica dell'altro. Il soggetto acquista così un senso acuto della propria individualità spirituale e della infinità che ogni uomo porta dentro di sé, e in questa infinità si può immergere in varie direzioni e a diverse profondità. La scrittura collega a distanza gli uomini, ma mostra anche meglio questa distanza e talora l'accresce, perché aiuta gli uomini a scoprire se stessi, nel migliore dei casi, o a fantasticare e sognare se stessi, perdendosi nell'autorispecchiamento solitario che sottrae alla vita di relazione. La scrittura per questa via, mentre facilita in vari modi i collegamenti tra persone anche distanti e una certa impersonalità anche della vita di relazione mediante una migliore esteriorizzazione e una più oggettiva formalizzazione dei rapporti sociali, introduce anche maggiori possibilità di evasioni dell'individuo, di sdoppiamento e di duplicità, di sostanziale chiusura nell'apparente e superficiale apertura. Queste chiusure possono assumere la forma di vere e proprie ipocrisie o di più lievi finzioni o riserve mentali, schive e sfuggenti. Come già la parola viva, ma in un grado maggiore, la parola scritta, fatta per rivelare il pensiero interiore, può invece nasconderlo, proprio quando sembra manifestarlo.

---

(83) Cf. E. FROMM, *Escape from Freedom* (1941), rist. New York, 1958, 104 (tr. it. Milano, 1963).

Il gruppo precedente di fenomeni riguarda soggetti che possono parlare, nel senso che non sono esteriormente impediti e hanno in più le conoscenze necessarie, ma non parlano o non dicono ciò che dovrebbero dire o addirittura lo mascherarono. I fenomeni che ci restano da esaminare mostrano che la scrittura e la stampa portano anche al moltiplicarsi dei soggetti che non sono in grado di parlare, perché impediti esteriormente in misura maggiore o minore o perché non hanno le conoscenze necessarie.

4. Con la scrittura e soprattutto con la stampa il grande numero dei soggetti coinvolti nel processo della comunicazione è una eventualità da tener in conto, anzi talora è il numero normale. Gli apparati strumentali di cui si deve servire questa comunicazione che permette di raggiungere, anche rapidamente, un grande numero di destinatari non sono e non possono essere egualmente accessibili in ogni momento a tutti coloro che avrebbero qualcosa di interessante da dire su un qualunque tema ritenuto socialmente rilevante. Il diritto di proprietà privata o una qualunque altra normativa necessaria per evitare o contenere la conflittualità e stabilire turni e avvicendamenti nell'uso dei mezzi di comunicazione più potenti e meno moltiplicabili non può non prevedere divieti di accesso, limitazioni della libertà di attirare l'attuazione tramite i *mass-media*. La libertà di ascolto sembra invece poter crescere di più. Anche per essa tuttavia è necessaria qualche precisazione, e questo ci porta all'ultimo gruppo di fenomeni.

5. Mentre col progresso della tecnica non è difficile che uno o pochi individui a turno parlino a un numero elevato di individui che ascoltano simultaneamente, non si può invece prestare attenzione simultaneamente a molti oratori, ma solo successivamente e anche in questo caso a fatica e in limiti ridotti. È del tutto impossibile leggere in poco tempo molti libri. Questa impossibilità reale è in fondo la radice del ben noto paradosso del crescere dell'ignoranza individuale « relativa » con il rapido aumento del patrimonio culturale oggettivato, di cui il singolo può conoscere una frazione sempre più piccola ([84]).

([84]) Cf. L. WINNER, *Complexity and the limits of human understanding* (in T. R. LA PORTE (Ed.), *Organized Social Complexity*, Princeton, 1975, pp. 40-76,

Nelle civiltà alfabetiche-tipografiche cresce vieppiù il numero di coloro che in molte materie non sono capaci di « parlare », ma solo di domandare e di capire in certa misura ciò che ascoltano, rimanendo in posizione di interlocutori subordinati. La dilatazione della cultura oggettivata ha portato a un crescente specialismo che è anche la causa di nuove diseguaglianze e stratificazioni sociali, gravitanti da ultimo su fattori intellettuali e sulla loro distribuzione, su capacità individuali più o meno limitate, innate o acquisite, di uso appropriato dei simboli. Il crescere di queste diseguaglianze minaccia la reciprocità indebolendola nella sua piena o ideale alternatività che implica un avvicendamento paritetico dei soggetti nei ruoli di *loquens* e *audiens* ed esclude l'interlocutore subordinato o di secondo grado. A differenza dei casi precedenti, questo deperire della reciprocità non si verifica solo in via di fatto per ragioni imputabili all'arretratezza tecnologica o all'organizzazione sociale, ma per più radicali impossibilità reali, connesse ad aspetti della finitezza della mente umana la cui rimozione non è forse logicamente impossibile, ma non è ragionevolmente prevedibile, è al più un *desideratum* escatologico.

c) *Limiti empirici della complementarietà tra religiosità e scrittura.*

Da quanto esposto fin qui sui rapporti tra scrittura e vita dello spirito non è difficile intravedere quali sono gli ostacoli maggiori che un orientamento interiore disinteressato e altruistico può incontrare in una società caratterizzata da un uso massiccio della scrittura e della stampa. In primo luogo è la libertà di questo orientamento ad essere gravemente minacciata, sia nei momenti attuosi che in quelli programmatici. Essa trova davanti a sé ostacoli che entro certi limiti impreziosiscono, rendendolo più meritorio, l'impegno disinteressato e altruistico, ma, al di là di una soglia critica, superano le risorse morali dell'uomo comune e ne scoraggiano

---

in particolare le pp. 44 ss. « *If ignorance is measured by the amount of available knowledge which an individual or collective « knower » does not know, we must admit that ignorance in our time, that is r e l a t i v e i g n o r a n c e, is increasing at an alarming rate* » (45).

l'impegno o lo trasformano in un conformismo supino. Per quanto riguarda la reciprocità, il suo indebolimento pone l'individuo nell'alternativa, o di rinunciare in qualche misura all'orientamento disinteressato e altruista, o di accettare oltre alle rinunce pratiche in senso stretto, altri tipi di privazione spirituale, che accentuano il disinteresse, ma possono diventare anche così onerosi da comprometterlo.

Detto in altri termini, scrittura e stampa non arrecano danno alla fede religiosa dell'individuo eccezionale, capace di perseverare in situazioni che sono molto impegnative ma anche molto remunerative sul piano dei valori morali e religiosi. Per quanto riguarda i pericoli che minacciano la libertà viene in mente quanto dice Benedetto Croce sui rapporti tra storiografia e liberazione dal passato, l'esaltazione che egli fa del lavoro dello storico, come esercizio di spirito critico, ricostruzione del passato che ci permette di sorpassarlo, secondo le celebri espressioni de *La Storia come pensiero e come azione*, così lontane dal pessimismo della seconda *Considerazione inattuale* di Nietzsche. « Noi siamo, dice Croce, prodotto del passato, e viviamo immersi nel passato, che tutt'intorno ci preme. Come muovere a nuova vita, come creare la nostra nuova azione senza uscire dal passato, senza metterci di sopra di esso? E come metterci di sopra del passato, se vi siamo dentro, ed esso è noi? Non v'ha che una sola via d'uscita, quella del pensiero, che non rompe il rapporto col passato ma sovr'esso s'innalza idealmente e lo converte in conoscenza... Scrivere storie — notò una volta il Goethe — è un modo di togliersi di sulle spalle il passato. Il pensiero storico lo abbassa a sua materia, lo trasfigura in suo oggetto, e la storiografia ci libera dalla storia » ([85]). La storiografia serve qui a una fondazione storicista della religione della libertà! Il pericolo che l'eccesso della cultura storica può costituire per la vita libera dello spirito sembra dimenticato; esso minaccia solo gli spiriti deboli. L'ideale liberale così inteso non è proponibile a tutti, e nemmeno a molti, ha accentuate venature aristocratiche, di un'aristocrazia del pensiero degli spiriti forti, capaci di

([85]) B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione* (1938), rist. 1966, Bari, 33 s.

sostenere il cimento critico che il confronto con il passato richiede per non farsene opprimere.

Anche per quanto riguarda le difficoltà che incontra la reciprocità delle coscienze non sarebbe difficile mostrare i vantaggi che può trarne lo spirito autenticamente religioso, i vantaggi cioè del silenzio e dell'ascolto, superiori perfino, nella prospettiva religiosa, a quelli della parola o dell'insegnamento. Si potrebbero ricordare ad esempio le parole di S. Agostino: « *Feliciores sunt qui audiunt, quam qui loquuntur. Qui enim discit, humilis est, qui autem docet, laborat ut non sit superbus* » ([86]). Anche qui però l'uomo comune non è considerato, il riferimento è a una condizione ideale dello spirito religioso, a un suo stato ottimale, fuori del quale espressioni come quelle di S. Agostino, sono molto discutibili. L'umiltà potrebbe essere solo acquiescenza passiva o pusillanimità.

La questione insomma che rimane aperta è quella dei rischi ai quali si espone l'uomo che presume di avere tali doti eccezionali o ai quali espongono la società i movimenti politici che sopravvalutano le energie spirituali dell'uomo medio, del cittadino comune. Nel secondo caso, che a noi qui più interessa, questi errori di valutazione per eccesso potrebbero portare paradossalmente a risultati finali diametralmente opposti a quelli desiderati, proprio perché questi erano eccessivamente idealistici.

Da queste riflessioni sul valore o disvalore della scrittura e della stampa per la religiosità possiamo cominciare ad avere qualche orientamento per la soluzione della nostra questione centrale, quella del valore o disvalore della costituzione scritta. Essa è essenzialmente il problema dei limiti e del realismo con cui la comunità politica deve valutare la propria religiosità « civile », attuando un equilibrio tra l'orientamento disinteressato, altruistico, genericamente religioso e gli altri interessi vitali elementari dell'individuo, con i quali bisogna stabilire un collegamento o coordinamento razionale ottimale, che utilizzi tutti gli aiuti che possono venire dalle scienze più avanzate. Quanto detto fin qui ci ha mostrato genericamente che senza un tale coordinamento si va incontro a pericolose degenerazioni e involuzioni. Una esposizione più dettagliata

---

([86]) *Enarrationes in Psalmos* (L, 13); CCL, XXXVIII, 609.

di queste involuzioni e delle possibilità di evitarle richiede un'analisi preliminare dell'orientamento spirituale disinteressato e altruistico in modo da evidenziare i vari gradi che esso può presentare e le parallele tensioni che ne derivano per le comunità politiche che ne fanno un proprio valore costituzionale e addirittura lo formalizzano nella legge fondamentale. Di questi temi intendiamo trattare in un altro lavoro. Esso non viene pubblicato qui, ma forse è di qualche utilità anticiparne sinteticamente le conclusioni, che possono riassumersi così.

Nel costituzionalismo « sociale » si tende a una ricostruzione dello Stato *ab imis fundamentis*, animata da un orientamento spirituale disinteressato dei cittadini, non meramente contemplativo e idealistico ma realisticamente impegnato a promuovere il soddisfacimento dei bisogni vitali dei membri della collettività e in primo luogo dei bisogni vitali elementari. A questa tendenza noi consentiamo in linea di massima. Bisogna però indicare alcuni pericoli di squilibrio dovuti ad accentuazioni idealistiche eccessive, non abbastanza attente a fattori e interessi reali molto importanti, materiali e spirituali, individuali e sociali, pratici e non pratici connessi ai processi di attuazione costituzionale. Si può parlare genericamente di « maggiorazioni dell'altruismo », che vanno diagnosticate e bloccate tempestivamente per evitare pericolose involuzioni e capovolgimenti dialettici. Noi ne rileviamo e sottolineiamo soprattutto quattro, riguardanti rispettivamente le fruizioni autocentriche le gratificazioni eterocentriche, la libertà intellettuale di pensiero e di parola, l'autonomia morale profonda dei cittadini.

1. Ci sono, in primo luogo, valori pratici, connessi ai bisogni elementari della vita al cui conseguimento e alla cui fruizione da parte dei cittadini la costituzione sembra dare grande rilievo. Ma i valori pratici, per loro stessa natura, esigono una sufficiente determinatezza del tempo e del luogo della loro fruizione, mentre nelle dichiarazioni costituzionali questa determinatezza manca. La omissione non è causale. In realtà, sono i consumi dei lontani e talora dei lontanissimi, non quelli miei o dei miei vicini che stanno a cuore alla costituzione, e debbono interessarmi in quanto cittadino. La maggiorazione dell'altruismo consiste qui nel rimandare

tacitamente ma realmente troppo al futuro, a un tempo in cui né io né i miei figli saranno vivi, il momento della fruizione di quei valori pratici in vista della quale già al presente sono solleictato a uno stile austero di vita.

2. Gli orientamenti altruistici richiesti come tali, in termini espliciti, ai cittadini, in base alla costituzione, si accompagnano spesso a una disinformazione, più o meno completa, sulla identità dei destinatari che ne beneficeranno. È imposta allora non solo la rinuncia alla propria fruizione pratica (autocentrica), ma anche alla fruizione eterocentrica, alla gratificazione cioè che uno spirito generoso nel suo impegno altruistico avverte, consistente nella soddisfazione di sentirsi e di vedersi utile ad altri e non solo di crederlo fideisticamente.

3. I progetti di ricerca e diffusione delle conoscenze politicamente rilevanti per la realizzazione dei fini costituzionali, richiedono una impostazione articolata dei problemi delle istituzioni culturali e una disciplina differenziata della libertà di pensiero e di parola al loro interno. La maggiorazione dell'altruismo si verifica qui quando si deflette più o meno intenzionalmente da questa impostazione differenziata e più cauta e si passa a una organizzazione unitaria e centralizzata delle attività intellettuali, giustificata in nome dei grandi ideali sociali e dall'urgenza della loro realizzazione. Si finisce così per porre i membri delle istituzioni di alta cultura nell'alternativa, o di rinunciare a forme socializzate di attività intellettuale o di rinunciare ai propri interessi di ricerca pura o di critica sociale.

4. Ci sono infine problemi concernenti il livello più profondo della libertà dello spirito, quello morale e religioso. Il pericolo è qui che, in nome di una malintesa generosità o dovere di solidarietà lo Stato, anche in materie morali gravi, richieda al cittadino adesioni e consensi impulsivi e incondizionati, tali da attentare alla maturità e responsabilità della sua deliberazione. L'altruismo andrebbe oltre le rinunce alla fruizioni sensibili e alle gratificazioni psichiche, o alla stessa libertà intellettuale; si spingerebbe addirittura fino al sacrificio dell'autonomia morale. Una maggiorazione mostruosa.

Si potrebbe a questo punto passare a un'analisi più propriamente teologica, ma ciò esula dai nostri fini. Osserviamo soltanto che una tale analisi dovrebbe sottolineare almeno tre carenze in queste « maggiorazioni altruistiche » 1) Indifferenza alla trascendenza in senso stretto e alle dimensioni della vita spirituale da essa polarizzate. 2) Carenza di realismo morale, manifesta nella poca attenzione a quelli che sono per eccellenza i tempi della responsabilità storiche mondane (presente, futuro prossimo) e alle realtà che in questi tempi sono situate. 3) Mancanza di criteri orientativi definiti nella impostazione dei problemi dell'educazione civica e soprattutto della rieducazione dei devianti, come mostrano le oscillazioni troppo forti tra permissivismo iperindulgente e intolleranza repressiva, quasi si fosse perduto il senso autentico della *metànoia*.

CHRISTIAN STARCK
Università di Göttingen

MENSCHENWÜRDE ALS VERFASSUNGSGARANTIE

I. Menschenwürdegarantie im Grundgesetz: 1. Das Problem. — 2. Entstehung der Menschenwürdegarantie im Grundgesetz. — 3. Interpretationshilfen für die Menschenwürdegarantie. — 4. Menschenwürdegarantie in der deutschen Rechtspraxis. — II. Geistige Grundlagen der Menschenwürde: 5. Christentum und Antike. — 6. Die politische Philosophie. — 7. Die Verweltlichung. — 8. Liberalismus und Positivismus. — III. Fortleben oder Absterben der Wurzeln der Menschenwürde?: 9. Verneinung der metaphysischen Dimension des Menschen. — 10. Metaphysische Dimension unterschwellig. — 11. Metaphysische Grundlage der Menschenwürde. — 12. Staat und Metaphysik.

I. Menschenwürdegarantie im Grundgesetz

1. *Das Problem.*

Das Thema Menschenwürde als Verfassungsgarantie stellt ein zentrales *rechtsdogmatisches* Problem im Zusammenhang der Fragestellung « Christentum, Säkularisierung und modernes Recht » dar. Es geht um eine elementare Aussage des Grundgesetzes (Art. 1 Abs 1) als höchster positivierter Rechtsquelle über die Stellung des Menschen in Staat und Gemeinschaft (1): « Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt » (2). Eine Berufung auf die Menschenwürde findet sich schon in der Präambel der

(1) G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AöR 81 (1956), S. 117 ff.; ders., *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, JR 1952, S. 259 ff.; Nipperdey, *Die Würde des Menschen*, in *Die Grundrechte*, Bd. 2 (1954), S. 8 ff.

(2) Ähnlich die folgenden westdeutschen Landesverfassungen: Präambel Baden-Württemberg (1953); Präambel und Art. 100 Bayern (1946); Art. 5 I Bremen (1947); Art. 3 Hessen (1946); Präambel Rheinland-Pfalz (1947); Art. 1 Saarland (1947); als Erziehungsziel u.a. Art. 7 I Nordrhein-Westfalen (1950).

irischen Verfassung von 1937. Die italienische Verfassung von 1947 nennt in Art. 41 die Menschenwürde als Grenze der privatwirtschaftlichen Initiative. Nach Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 sind alle Menschen « frei und gleich an Würde und Rechten geboren ». Alle vier nach 1975 erlassenen neuen Verfassungen westeuropäischer Staaten — Schweden, Portugal, Spanien, Griechenland — und der Entwurf einer Totalrevision der Schweizerischen Verfassung bezeichnen die Menschenwürde als Grundlage der politischen Ordnung (3) oder stellen die Garantie der Menschenwürde an den Anfang des Grundrechtskataloges (4). Diese auffällige Aktualität der Menschenwürde in der neueren und neuesten Verfassungsgebung der europäischen Staaten ist Anlaß genug, die Würdegarantie im Rahmen des Symposions über Christentum, Säkularisierung und modernes Recht zu untersuchen.

In diesem Symposion geht es zum einen um die *historische Frage*, inwieweit das Christentum auf die Bildung des modernen Rechts Einfluß ausgeübt hat und zwar unmittelbar oder vermittelt durch Humanismus, Aufklärung und Revolution. Zum anderen steckt aber auch eine *aktuelle und futuristische Frage* im Thema des Symposions. Wenn nämlich das moderne Recht moralische und geistige Wurzeln im Christentum hat, wieweit kann dann das Recht von diesen Wurzeln (auch durch Vergessen) abgetrennt werden, ohne daß das Recht und seine Institute Schaden nehmen oder sich grundlegend wandeln? — Die hier zu untersuchende Menschenwürde spielt dabei eine zentrale Rolle, weil sie als Schlüsselbegriff für das Verhältnis des Menschen zum Staat (5) zur Staatsgrundlegung gehört, rechtliche Wirkungen auf die staatliche Organisation und Aufgabenerfüllung sowie auf die Freiheitsgewährleistungen entfaltet.

2. *Entstehung der Menschenwürdegarantie im Grundgesetz.*

Die Materialien zum Grundgesetz geben einen gewissen Anhalt, was sich die « Verfassungsväter » unter der Menschenwürde

(3) Schweden Kap. 1 § 2 I; Portugal Art. 1; Spanien Art. 10 I.
(4) Griechenland Art. 2; Schweiz Art. 8.
(5) So HERZOG, *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, S. XXX.

vorgestellt haben. Selbst wenn man sich in der Sache ziemlich einig war, spielte in den Erörterungen eine große Rolle, ob man bei der Fassung des Art. 1 GG an das Naturrecht anknüpfen kann oder wegen der Unbestimmtheit des Naturrechts lieber davon absehen soll. Der Abgeordnete Dr. SCHMID (SPD) plädierte für einen «historischen Naturrechtsbegriff», der etwa besage: «In dieser Sphäre der geschichtlichen Entwicklung sind wir Deutsche nicht bereit, unterhalb eines Freiheitsstandards zu leben, der dem Menschen die und die Freiheiten als vom Staat nicht betreffbar garantiert» (6). Die Menschenwürde wurde von Dr. HEUß (FDP) als «nicht interpretierte These» bezeichnet (7).

Was mit Würdegarantie gemeint ist, ergibt sich aus einer Diskussion im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates (8), die zwischen den Abgeordneten Dr. SEEBHOM (DP), Dr. HEUß, Dr. SCHMID und Dr. SÜSTERHENN (CDU) stattfand. Es ging um einen Antrag des Abgeordneten Dr. SEEBOHM, bei der in engem Zusammenhang mit der Menschenwürdegarantie stehenden Garantie «der unverletzlichen und unveräußerlichen Freiheits- und Menschenrechte» die Worte «von Gott gegeben» einzufügen. Der Antragsteller hielt es für notwendig,

> «diese Herkunft der Freiheits- und Menschenrechte im Grundgesetz klar zum Ausdruck zu bringen. Der Mensch ist ja nur dann wirklich frei, wenn er nicht dem Menschen, sondern nur dem Gesetz untertan ist, das er von Gott gegeben in sich trägt, das ihm in Form seines Gewissens eingegeben ist. Wenn sich aus der von seinem Gewissen bestimmten Freiheit das Verantwortungsbewußtsein entwickelt, aus dem heraus der Mensch allein zum sozialen Handeln befähigt wird, so entwickelt sich aus dem von Gott gegebenen Gewissen auch sein Anspruch auf Freiheits- und Menschenrechte. Diese Entwicklung bedingt, daß der Mensch sich stets bewußt sein muß, daß ihm diese Freiheits- und Menschenrechte von Gott gegeben sind und im Rahmen der ihm dadurch von Gott auferlegten Verpflichtungen gewährleistet werden müssen. Um diese Wahrheit hier klar

---

(6) Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (eine zusammenfassende Bearbeitung) von v. *Doemming-Füßlein-Matz*, in JöR 1 (1951), S. 48 f.

(7) JöR 1 (1951), S. 49.

(8) Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn 1948-49, 42. Sitzung v. 18.1.1949, S. 529-531.

zum Ausdruck zu bringen, bitten wir, ... diese drei Worte ' von Gott gegeben ' einzufügen ».

Der Abgeordnete Dr. HEUß verwies auf den irdischen Charakter der Verfassungsgebung, die nichts mit Theologie zu tun habe. Infolgedessen erklärte er sich « bei aller Anerkennung der Grundhaltung, die Herr Dr. SEEBOHM zum Ausdruck gebracht hat, nicht dafür, die Berufung auf Gott hier mit hereinzunehmen ». Der Abgeordnete Dr. SCHMID verwies auf den Unterschied zwischen der Freiheit des Christenmenschen, die ja auch der an der Galeere angekettete Sklave noch habe, und den Freiheitsrechten, die eine Verfassung geben könne. Hierauf antwortete der Abgeordnete Dr. SÜSTERHENN:

> « Wir wollen mit diesem Antrag keine Theologie treiben. Wir wollen auch die Frage der Freiheit des Christenmenschen nicht hier in die Verfassung hineinbringen. Wir wollten mit diesem Antrag lediglich noch klarer, als es in der bisher vorliegenden Fassung geschehen ist, den vorstaatlichen Charakter dieser Freiheitsrechte hervorheben, indem wir sagen, sie sind dem Menschen von Gott verliehen, also nicht etwa erst vom Staate verliehen. Man kann wohl sagen, daß durch die Worte ' unverletzlich und unveräußerlich ' dieser Gedanke in etwa schon angeklungen ist. Aber es kam uns darauf an, diesen Gedanken dadurch, daß wir die Worte ' von Gott gegeben ' einfügen, noch schärfer und prägnanter zum Ausdruck zu bringen, um dadurch die Unantastbarkeit dieser Rechte durch den Staat auszudrücken. Also eine theologische Absicht ist unsererseits mit diesem Antrag in keiner Weise verknüpft ».

Der Abgeordnete Dr. HEUß erklärte nochmals Einigkeit in der Sache, meinte aber, daß der Begriff der Vorstaatlichkeit nicht weiterhelfe, wenn man ein Staatsgrundgesetz mache. Der Abgeordnete Dr. SEEBOHM beabsichtigte mit der beantragten Ergänzung, « unser Volk und alle späteren Leser des Grundgesetzes ganz klar darauf hinzuweisen, woher diese Freiheitsrechte kommen und daß mit ihrer Gewährleistung eine sehr erhebliche Verantwortung für jeden deutschen Menschen verbunden ist ». Der Abgeordnete Dr. GREVE (SPD) erklärte, er sei persönlich nicht der Auffassung, daß diese Freiheits- und Menschenrechte von Gott gegeben seien, so daß die von Dr. SEEBOHM vorgetragene Auffassung « zum min-

desten nicht den Charakter des Objektiven trägt ». Der Abgeordnete Dr. SCHMID verwies in Auseinandersetzung mit einem Votum des Abgeordnete RENNER (KPD) auf die Bedeutung des englischen Puritanismus für die Entstehung der Grundrechtsproklamationen. In der Abstimming wurde der Antrag Dr. SEEBOHMS mit 11 gegen 10 Stimmen abgelehnt.

Die wiedergegebene Erörterung zeigt, daß die Abgeordneten aus philosophischen bzw. historischen Gründen der Menschenwürde und den aus ihr folgenden Menschenrechten einen hohen Rang zubilligten, der durch die Verfassung vom Staat anerkannt wird. Zweifellos reagierte der Verfassungsgeber mit der Menschenwürdegarantie in erster Linie auf die Menschenverachtung des nationalsozialistischen Regimes (9), indem er an den Vorrang des Menschen vor dem Staat in der abendländischen Überlieferung anknüpfte (10).

3. *Interpretationshilfen für die Menschenwürdegarantie.*

a) Ein positiv-rechtlicher Interpretationsansatz zur Bestimmung des Inhalts der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes sind die in kausalem Zusammenhang (« darum ») mit der Menschenwürde stehenden Menschenrechte (Art. 1 Abs. 2) und die auf dieser Grundlage normierten *Grundrechte* (Art. 1 Abs. 3): Recht auf Persönlichkeitsentfaltung in den Schranken der Rechte anderer und des Sittengesetzes; Recht auf Leben als physische Basis für Menschenwürde; Gleichheit; Recht auf Glaubensfreiheit einschließlich der verstärkenden Garantien für Schule und Erziehung; Elternrecht; Recht auf freie geistige Kommunikation in den Grenzen des Ehren- und Jugendschutzes; Schutz von Ehe und Familie; Eigentumsgarantie und Pflichten des Eigentümers; Abschaffung der Todesstrafe und rechtliches Gehör.

---

(9) So ausdrücklich Bericht des Abgeordneten Dr. v. Mangoldt, ParlRat (Anm. 8), S. 306, sowie S. 310 der Text eines geplanten Absatzes der Präambel: « ... in dem Willen, nach einer Zeit der Willkür und Gewalt die alten Freiheitsrechte und die geschändete Menschenwürde zu schützen und zu wahren ».

(10) Vgl. Präambel zum Grundgesetz; Art. 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1789); Abschnitt I der Virginia bill of rights (1776).

b) Bedeutsam für die Bestimmung des Menschenwürdebegriffs kann außerdem die Berufung der Präambel auf die *Verantwortung vor Gott* sein. Die Berufung auf Gott ([11]), die sich in anderen geltenden Verfassungen ebenfalls findet ([12]) und neuerdings in dem Schweizer Verfassungsgentwurf von 1977 wieder vorgesehen ist ([13]), muß freilich einen Stellenwert erhalten, der nicht mit dem Schutz der (auch negativen) Glaubensfreiheit in Widerspruch steht: etwa im Sinne eines allgemeinen Transzendenzbezuges, einer metaphysischen Position des Menschen und damit eines Bekenntnisses zur Relativität aller staatlichen Macht. Eine metaphysische Grundlage der Menschenwürde bedeutet in ihrem rechtlichen Kern eine letzte Sicherung des Menschen vor einer totalen Verfügung durch staatliche oder gesellschaftliche Mächte.

c) Die Verbindung von *Frieden und Gerechtigkeit* in Art. 1 Abs. 2 GG bedeutet: keinen Frieden ohne Gerechtigkeit, aber auch keine Gerechtigkeit(sutopien) auf Kosten des Friedens. Dieser Aussage liegt ein Menschenbild zugrunde, das eine Präzisierung der Menschenwürdegarantie erlaubt. Eine Staatsgewalt, die das « Gottesreich auf Erden » oder die vollkommene Gerechtigkeit verwirklichen will, verfehlt die Würde des Menschen.

4. *Menschenwürdegarantie in der deutschen Rechtspraxis.*

Bestimmte von der Rechtsprechung aus der Menschenwürdegarantie hergeleitete Verbote und Gebote sind eine geeignete

---

([11]) Ehrfurcht vor Gott als Erziehungsziel in den folgenden westdeutschen Landesverfassungen: Art. 12 I Baden-Württemberg, Art. 131 II Bayern, Art. 7 I Nordrhein-Westfalen, Art. 33 Rheinland-Pfalz, Art. 30 Saarland.

([12]) Vgl. Präambel der Schweizerischen Verfassung von 1874, Präambel der irischen Verfassung von 1937 und Eingang der griechischen Verfassung von 1975.

([13]) Vgl. dazu Bericht der Expertenkommission, 1977, S. 18: In der Anrufung Gottes « zeige sich, daß das Schweizer Volk seinen Staat nicht als das Höchste betrachtet, sondern daß es einen göttlichen Auftrag zur Verwirklichung einer menschenwürdigen Ordnung des Zusammenlebens anerkenne. Als Chiffre für einen über alles Menschliche hinausgehenden Verpflichtungshorizont sollte die Formel sogar Atheisten annehmbar sein können ... Diese Art der Verfassungseinleitung dürfe nicht eine Verpflichtung auf eine bestimmte Weltanschauung mit sich bringen, sondern wolle lediglich eine Grundhaltung ausdrücken, daß Mensch und Staat nicht auf sich selbst gründen wollten. Der Ingreß solle deswegen durch

Grundlage zur Ermittlung des Rechtsgehalts der Würdegarantie, wie er in der *Rechtspraxis* (= Gesetzgebung und gefestigte Rechtsprechung) aufgefaßt wird [14]. Aus der Begründung der Gerichtsentscheidungen ergeben sich Hinweise, wie die einzelne Garantie aus der Menschenwürde hergeleitet worden ist und was damit unter Menschenwürde verstanden wird. Da die Menschenwürde nicht nur den Staat verpflichtet, sondern auch die Menschen gegenüber ihren Mitmenschen, geht es im folgenden nicht nur um die Achtung der Würde durch den Staat (*a*), sondern auch um Schutz der Menschenwürde (*b*).

a) Die Abschaffung der *Todesstrafe* durch Art. 102 GG ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts [15] « ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens und zu einer Staatsauffassung, die sich in betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes stellt, dem das einzelne Leben wenig bedeutete und das deshalb mit dem angemaßten Recht über Leben und Tod des Bürgers schrankenlosen Mißbrauch trieb ».

Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Vollzugs einer *lebenslangen Freiheitsstrafe* rechnet das Bundesverfassungsgericht, daß dem Verurteilten eine « Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden » [16]. Ungeachtet weitergehender Forderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt aus der Menschenwürdegarantie das Institut der Gnade, das dem zu lebenslanger Haft Verurteilten die Hoffnung läßt, seine Freiheit wiederzuerlangen [17]. Zur Begründung sagt das Bundesverfassungsgericht [18]: Der Täter dürfe nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung

---

einen Präambeltext ergänzt werden, der versucht, die abendländische Ethik in säkularisierter Form zu reflektieren ».

[14] Vgl. Anm. 1 sowie DÜRIG, in *Manz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 1 (1958), Rdnr. 15ff; ZIPPELIUS, *Bonner Kommentar*, Art. 1 Rdnr. 7 ff.; PH. MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, 1978, S. 65-256; DERS., *Die Menschenwürde als Verfassungsgrundsatz in der Schweiz*, in JöR 28 (1979), S. 469 ff.

[15] BVerfGE 18, 112 (117).

[16] BVerfGE 45, 187 (243 ff.).

[17] BVerfGE 45, 187 (245) fordert sogar weitergehend eine rechtliche Entscheidung über die Aufhebung des Freiheitsentzugs.

[18] BVerfGE 45, 187 (228 f.).

unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden. Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müßten erhalten bleiben. Der Staat müsse immer jenes Existenzminimum gewährleisten, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmache. Mit einer so verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden ohne jede Chance, die Freiheit wiederzugewinnen.

Grausame und grob unangemessene Strafen verstoßen nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte gegen die Menschenwürde [19]. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof begründet dies wie folgt [20]: « Der Mensch als Person ist Träger höchster geistiger und sittlicher Werte und verkörpert einen sittlichen Eigenwert, der unverlierbar und auch gegenüber jedem Anspruch der Gemeinschaft, insbesondere gegenüber allen politischen und rechtlichen Zugriffen des Staates und der Gesellschaft, eigenständig und unantastbar ist ». Zum Verbot grausamer Strafen gehören auch die Entmannung von Sittlichkeitsverbrechern und die Folter [21].

Die *Vernehmung von Personen* im Strafprozeß muß deren Menschenwürde achten. Danach sind Narkoanalyse, Lügendetektor, Plauderdrogen, Hypnose und Folter als Vernehmungsmittel im Hinblick auf die Menschenwürde verboten [22].

Strafgefangene in Einzelzellen dürfen nicht über längere Zeit völlig isoliert von der Außenwelt oder den Mitgefangenen gehalten werden, da es zur Menschenwürde gehört, daß der Mensch mit anderen Menschen Kontakt nehmen kann [23].

Die Garantie des *rechtlichen Gehörs* (Art. 103 Abs. 1 GG) wird als unmittelbare Folge aus der Würde des Menschen betrachtet [24]. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert

---

[19] Z.B. BGHSt 3, 110 (119); BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439); 45, 187 (228).

[20] BayVfGH 8, 52 (57).

[21] Art. 3 EMRK: Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

[22] § 136 f StPO i.d.F. v. 7.1.1975 (BGBl. I S. 129).

[23] BVerfGE 49, 24 (64).

[24] BVerfGE 7, 275 (279); 26, 66 (71).

« die Würde der Person, daß über ihr Recht nicht kurzerhand von Obrigkeitswegen verfügt wird; der Einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Worte kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können » ([25]).

Die Menschenwürde ist angetastet, wenn der Staat den Menschen zwangsweise in seiner ganzen *Persönlichkeit registriert* und *katalogisiert* und ihn damit wie eine Sache behandelt, die einer Bestandsaufnahme in jeder Hinsicht zugänglich ist ([26]). — Was im Hinblick auf die Datenerhebung nicht ermittelt und gespeichert werden darf, das darf auch durch biologische oder geistige Menschenzüchtung nicht angestrebt werden. Mit der Menschenwürde ist aber auch nicht vereinbar, die Menschen geistig so einzuspinnen, daß deren Mehrzahl nur noch in einer bestimmten Richtung handeln und denken kann.

b) Da das LEBEN als vitale Basis der Menschenwürde am Höchstwert der Menschenwürde teilhat, ist der Staat verpflichtet, das menschliche Leben auch gegen Angriffe Dritter wirksam zu schützen ([27]). Hierzu gehört der Einsatz des repressiv wirkenden Strafrechts, und soweit Angriffe gegen das Leben abgewehrt werden können, das präventiv wirkende Polizeirecht und die Unterhaltung einer aktionsfähigen Polizei.

Die Menschenwürde verlangt weiter, daß Reden und Schreiben, welches die Würde anderer Menschen verletzt, verboten und strafrechtlich sanktioniert wird. So wird die Menschenwürde angetastet durch intellektuelle Vorbereitung späterer Menschenvernichtung, indem z.B. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung (z.B. *Rassenhaß* oder *Klassenhaß*) aufgestachelt oder zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen gegen sie oder gegen Einzelne aufgerufen wird ([28]). Auch der strafrechtliche und zivilrechtliche Ehrenschutz ist im Kern Würdeschutz ([29]).

([25]) BVerfGE 9, 89 (95).

([26]) BVerfGE 27, 1 (6).

([27]) BVerfGE 45, 187 (254); zum werdenden Leben BVerfGE 39, 1 (42 f., 49 f.).

([28]) §§ 130, 130 a, 131 StGB.

([29]) BGHSt 11, 67 (71); BVerfGE 30, 173 (194).

c) Zumm enschenwürdigen Dasein gehören nach der Rechtsprechung nicht nur Eingriffsverbote (*a*) und (bezogen auf Würdeverletzungen durch Dritte) Verbots- und Sanktionsgebote an den Staat (*b*), sondern auch *Handlungsgebote*. Danach muß der Staat den Bürgern, die wegen körperlicher und geistiger Gebrechen an ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung gehindert und außerstande sind, sich selbst zu unterhalten, « jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern » ([30]). Im Hinblick auf die komplizierte und gefährliche technologische Entwicklung hat das Bundesverfassungsgericht im Vorfeld des Verbots- und Sanktionsgebots ein *Informationsgebot* entwickelt ([31]), das von den zuständigen staatlichen Stellen alle Anstrengungen verlangt, um mögliche Gefahren für die Menschenwürde frühzeitig zu erkennen, damit diesen mit den erforderlichen Mitteln begegnet werden kann.

II. Geistige Grundlagen der Menschenwürde

5. *Antike und Christentum.*

Das in der Menschenwürdegarantie zum Ausdruck kommende Menschenbild ist entwicklungsgeschichtlich aufs engste mit dem Christentum verbunden, auch wenn Menschenwürdeerklärungen und -garantien in der Geschichte erst in der neuesten Zeit auftreten, in der die Menschen weniger aus religiöser Kraft heraus leben. Die Grundlage für die besondere Würde jedes Menschen ist nach dem *Alten und dem Neuen Testament* der Umstand, daß der Mensch als Ebenbild Gottes geschaffen ist (z.B. Gen. 1, 27; Eph. 4, 24) ([32]). Daraus erwächst ihm ein auf Erden unverfügbarer Eigenwert, weshalb der Mensche nie zum bloßen Objekt oder Instrument gemacht werden darf. — Auch die *antike Philosophie* hat das ihre zur Entwicklung der Würde des Menschen zunächst des Bürgers, später aller Menschen in einem kosmopolitischen Sinne beigetra-

([30]) BVerfGE 40, 121 (133).

([31]) BVerfGE 49, 89 (132).

([32]) Ernst Wolf, *Die Freiheit und Würde des Menschen*, in *Recht, Staat, Wirtschaft*, Bd. IV (1953), S. 27, 32 ff.; Verdroß, *Die Würde des Menschen als Grundlage der Menschenrechte*, EuGRZ 1977, 207 f.

gen (33). Die besondere Würde des Menschen wird im Vernunftbesitz und in der Freiheit des Willens gesehen, die den Menschen vor allen anderen Lebewesen auszeichnen. Die mit der Würde verbundene antik-christliche Freiheitsidee ist in hohem Maße gemeinschaftsgebunden. Der Mensch wurde immer als auf den Mitmenschen angewiesen betrachtet. Diese Mitmenschlichkeit zeigt sich in der Polis, in der Gemeinschaft der Gläubigen, in der allgemeinen Brüderlichkeit und in der Solidarität. Die Freiheit des Menschen war eingebunden in das Gesetz Gottes, das Naturgesetz, das Sittengesetz.

Christlicher Glaube und christliche Lebenshaltung — die Bindung (religio) des Menschen an den Schöpfergott, an den Mittler und Erlöser Jesus Christus, sowie an die Gemeinschaft der Gläubigen (Kirche), die von Heiligen Geist geleitet wird, — überschreiten das Weltliche und Natürliche. In diesem Sinne wird von Transzendenz oder Metaphysik gesprochen. Diese Gründung des Menschen in der Metaphysik ist Fundament für dessen Freiheit sowie für Gleichheit und Brüderlichkeit, weil alle Menschen gleichermaßen Ebenbild Gottes sind. Menschenwürde bedeutet deshalb nicht einfach Selbstbestimmung des Menschen, sondern Selbstbestimmung auf der Grundlage des Eigenwertes jedes Menschen, also auch des anderen Menschen.

Gegen eine Herleitung der Menschenwürde aus dem Christentum könnten geschichtliche Ereignisse ins Feld geführt werden, vor allem die von der Kirche akzeptierte und geförderte ständische Gliederung der Gesellschaft, die von Theologen des Mittelalters übernommene antike Sklavenlehre sowie die Benutzung der weltlichen Macht durch die Kirche, um Gegner und Ungläubige zu verfolgen. Verfehlungen der christlichen Kirche gegen die Menschenwürde — auch durch mangelnde Toleranz — widerlegen nicht die Herkunft der Menschenwürde aus dem Christentum (34).

---

(33) FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechts*, 1. Bd. 1954, S. 127 ff., 163 ff., 191 ff., 215 ff.; WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 1962, S. 41 ff.

(34) HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte*, 1. Hälfte: *Die Vernunft in der Geschichte*, hrsg. v. J. Hoffmeister, 1955, S. 47 ff.; G. RITTER, *Ursprung und Wesen der Menschenrechte* (1949), in R. SCHNUR (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964, S. 205 ff.

Die ständische Gliederung der Gesellschaft, in die die Kirche einbezogen war, steht als historische Erscheinungsform gelebter Gemeinschaft nicht per se im Widerspruch zur Menschenwürde. Was die Sklavenlehre, die Intoleranz und die Verfolgung der « Ungläubigen » anbelangt, so wird eher deutlich, daß im Laufe der Geschichte weitere Ereignisse und geistige Entwicklungen hinzukommen mußten, um die Menschenwürde auszuformen. Ob es sich hierbei um eine Entwicklung des Christentums handelte (Hegel) oder um neue geistige Strömungen, kann unerörtert bleiben, weil sich dadurch an der biblisch-antiken Initialzündung der Idee der Menschenwürde nichts ändert.

6. *Die politische Philosophie.*

Menschenwürde in der Rechtspraxis und in der politischen Philosophie sind zweierlei. In der Rechtspraxis war zunächst Würde, die sich Respekt zu schaffen wußte, Grundlage für Freiheitsrechte, die in besonderen Habeas-Corpus-Pakten zugesichert wurden (35). In der politischen Philosophie wurde dagegen generell argumentiert, wobei die Menschenwürde deutlich ihre christliche Herkunft zeigt. So leitet Samuel PUFENDORF den für sein politisches Denken zentralen Begriff der Menschenwürde aus der von Gott geschaffenen sozialen Natur des Menschen ab (36). Menschenwürde sei die Grundlage für die sittliche gebundene Freiheit der Menschen (37) und für deren Gleichheit (38).

KANTS Würdebegriff folgt aus der sittlichen Autonomie des Menschen (39). Kant betont im Gegensatz zu Pufendorf weniger die Sozialität von Freiheit und Würde, sondern mehr die Individualität des Menschen. Dabei bleibt der Mensch aber an das Sitten-

---

(35) Ernst WOLF (Anm. 32), S. 27, 34 f.; B. DE JOUVENEL, *Über die Staatsgewalt*, 1972, S. 279 f.

(36) PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 1, cap. III § 1; lib. 2, cap. III § 20; lib. 3, cap. II § 1, siehe H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, S. 47 ff.

(37) PUFENDORF, *aaO.*, lib. 2, cap. I § 5.

(38) PUFENDORF, *aaO.*, lib. 3, cap. II §§ 1, 2.

(39) KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, hrsg. v. K. Vorländer, 1920, S. 56 ff.

gesetz gebunden, in dem die naturrechtliche Tradition enthalten ist. Kant spricht von der Pflicht gegenüber dem moralischen Gesetz. Die Menschen seien zwar gesetzgebende Glieder eines durch Freiheit möglichen und durch die praktische Vernunft vorgestellten Reichs der Sitten. Sie seien aber Untertanen, nicht Oberhaupt desselben. Die christliche Grundlage der in der sittlichen Autonomie ruhenden Würde zeigt sich an verschiedenen Stellen, so etwa wenn es bei Kant heißt: « Die Verkennung unserer niederen Stufe als Geschöpfe und Weigerung des Eigendünkels gegen das Ansehen des heiligen Gesetzes ist schon eine Abtrünnigkeit ... » [40]. — Auch die Antropologie, die seit der Renaisancezeit aus der theologisch orientierten metaphysischen Tradition allmählich herausgelöst wird, enthält als doctrina humanae naturae Naturbeschreibung und Lebenserfahrung, in denen das christliche Menschenbild lebendig bleibt [41]. Das ist freilich nicht durchgängig der Fall, wenn man an Hobbes denkt, der die Gleichheit der Menschen in dem Umstand begründet sieht, daß sie einander zu vernichten in der Lage sind [42], und der mit Würde eines Menschen dessen Wert als Bürger bezeichnet [43].

7. *Die Verweltlichung.*

Für HEGEL [44] sind « erst die germanischen Nationen ... im Christentum zum Bewußtsein gekommen, daß der Mensch als Mensch frei ist ». Dieses Bewußtsein sei zunächst in der Religion aufgegangen und habe in einem schmerzhaften Prozeß erst auf « die Weltlichkeit » angewendet werden müssen. Hegel sieht die Weltgeschichte als Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit: Reformation [45], Aufklärung [46], Revolution [47]. Die moderne Welt

---

[40] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, hrsg. v. K. Vorländer, 1929, S. 96 f.

[41] MARQUARD, Art. « Anthropologie », in *Hist. Wb. Philos.* I (1971), Sp. 363 ff.

[42] HOBBES, *Leviathan*, cap. XIII; DERS., *Vom Bürger*, cap. I 3.

[43] HOBBES, *Leviathan*, cap. X.

[44] HEGEL (Anm. 34), S. 62.

[45] HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte, zweite Hälfte*, hrsg. v. Lasson, 2. Auflage, unveränderter Nachdruck 1976, S. 877 ff.

[46] HEGEL (Anm. 45), S. 915 ff.

[47] HEGEL (Anm. 45), S. 920 ff.

und mit ihr das moderne Recht haben sich nach Hegel aus dem Keim des Christentums entwickelt. Das Christentum als Quelle, nicht als Hemmschuh der modernen Welt schließt zwei Vorstellungen aus: zum einen die Vorstellung, daß die moderne Welt dem Christentum abzutrotzen war; zum anderen die Vorstellung, daß das christliche Erbe gegen die moderne Welt zu verteidigen ist ([48]). Verweltlichung bedeutet Entfaltung des Keimes und dessen Realisierung in der Welt.

In diesem Sinne lag im Christentum aber auch der Keim für den sich später entwickelnden Individualismus, der in der unmittelbaren Beziehung des Menschen zu Gott letzten Endes theologisch begründet ist, sich aber weit darüber hinaus im gesellschaftlichen Leben auswirkte und in den Erklärungen der Menschenrechte gipfelte, die das Individuum mit dem Staat konfrontieren. Insoweit bewertet Ernst Wolf die Erklärung der Menschenrechte zutreffend als « Produkt der Religion des christlichen Abendlandes » ([49]). Dieser Produkt beruht auf einem klassischen Säkularisierungsvorgang. Ein rein theologisch begründeter Individualismus in der Beziehung des Menschen zu seinem Schöpfer wirkt ins soziale Leben, obgleich sich theologisch im sozialen Leben ein Individualismus gerade nicht begründen läßt, sondern Mitmenschlichkeit und Brüderlichkeit die Konsequenz wäre. Die Menschenrechte sind freilich als Rechte der Menschen gegen den Staat formuliert worden, der mit dem Geflecht gesellschaftlicher Bezüge nicht gleichgesetzt werden darf. Individualrechtliche Sphärenabgrenzung zwischen Bürger und Staat muß nicht automatisch die Beziehungen der Menschen untereinander beherrschen, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß sich der menschenrechtliche Individualismus in den praktischen Lebensvollzügen und im Zivilrecht verstärkt durchgesetzt hat.

8. *Liberalismus und Positivismus.*

Die politischen und juristischen Schriftsteller im 19. Jahrhundert gehen noch deutlich von einer auf der Menschenwürde — ohne

---

([48]) Vgl. LÜBBE, *Säkularisierung*, 2. Aufl., 1975, S. 38.

([49]) Ernst WOLF (Anm. 32), S. 27.

daß dieser Begriff verwendet würde — fußenden inneren Freiheit des Menschen aus. Carl v. ROTTECK ([50]) setzt ein Vermögen im Menschen voraus, « welches ihm die Wahl zwischen beiden Antrieben, d.h. die selbständige und willkürliche Entscheidung zwischen Sinnlichkeit und Vernunft möglich macht; und in diesem Falle ist er gleichmäßig frei, ob er für Sinnlichkeit oder für Vernunft entscheide. Die Annahme eines solchen Vermögens, worin allein das Wesen der metaphysischen, der absoluten inneren Freiheit bestehen kann, ist nun eben das Überschwengliche und Unbegreifliche, aber gleichwohl eine nothwendige Bedingung für die moralische Zurechnung, ... ». Der Radikaldemokrat Gustav v. STRUVE ([51]) sieht in seinem Artikel über Menschenrechte im Staatslexikon die ersten Keime des Gedankens der Menschenrechte in der « Lehre Christi, welche auf dem Grundsatze der gleichen Berechtigung aller Menschen beruht ». « Diese Lehre entfernte einerseits die Hindernisse, welche der Anerkennung ewiger und unveräußerlicher Menschenrechte in dem Wege standen, und gab zu gleicher Zeit auch eine kräftige Anregung, nach diesen Rechten zu forschen ». Trotz vieler Hemmnisse sei die Saat aufgegangen. Das Christentum auf der einen, Geschichte und Philosophie auf der anderen Seite hätten die Menschheit um eine Stufe höher gehoben.

Im Liberalismus war also die Menschenwürde noch hinreichend sichtbare Quelle für die Rechte der Menschen. Im darauf folgenden Positivismus sind die geistig-moralischen Grundlagen des Rechts ausgeblendet worden. Paul LABAND sah die Aufgabe der Rechtswissenschaft « in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen ». Danach sind « alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen ... für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang und dienen nur zu häufig dazu, den Mangel an konstruktiver Arbeit zu verhül-

---

([50]) In v. ROTTECK-WELCKER (Hrsg.), *Staatslexikon*, 2. Aufl., 1847, Bd. V, S. 180; ähnlich z.B. K. S. ZACHARIÄ, *Vierzig Bücher vom Staate*, 1820, 1. Bd., S. 33 ff.

([51]) In v. ROTTECK-WELCKER (Hrsg.), *Staatslexikon*, 2. Aufl., 1847, Bd. IX, S. 65.

len » ([52]). Solche Aussagen bekunden das Desinteresse einer selbstsicheren Generation an den geistigen Grundlagen des Rechts, ohne daß damit diese Grundlagen ausdrücklich geleugnet worden wären ([53]). Immerhin hat der Positivismus gesetzliche Sicherung der Grundrechte, Rechtsstaat, gerichtlichen Rechtsschutz und Gesetzmäßigkeitsprinzip gefördert oder begründet, die wesentliche praktische Elemente der Achtung menschlicher Würde sind. Mit der Perfektion der rechtlichen Sicherungen ist jedoch das Ziel der Sicherungen in Vergessenheit geraten.

Bei SCHOPENHAUER findet sich eine scharfe Kritik an der Verwendung des Begriffs der Menschenwürde ([54]). Er polemisiert gegen die Verwendung des Würdebegriffs bei Kant, indem er auf die Relativität des Wertbegriffs abstellt. Wert sei die Schätzung einer Sache im Vergleich zu einer anderen; deshalb könne Würde niemals ein unbedingter und unvergleichbarer Wert sein. Selbst wenn man berüchksichtigt, daß Schopenhauer eine Regel dafür aufstellt, wie man Sympathie und Liebe zu dem anderen Menschen gewinnt, wird nochmals deutlich, wie wenig das 19. Jahrhundert mit dem Begriff der Menschenwürde anfangen konnte und wie stark das Recht ganz allgemein seine ethischen Grundlagen verloren hat ([55]).

III. FORTLEBEN ODER ABSTERBEN DER WURZELN DER MENSCHENWÜRDE?

9. *Verneinung der metaphysischen Dimension des Menschen.*

Eine radikale Leugnung jeder religiös-metaphysischen Begründung der Menschenwürde findet sich u.a. bei Karl MARX: « Die Kritik der Religion endet mit der Lehre, daß der Mensch

---

([52]) LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vorwort zur 2. Auflage (1887), zitiert nach 5. Aufl., Bd. 1, S. IX.

([53]) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 441.

([54]) SCHOPENHAUER, *Sämtliche Werke*, hrsg. v. Löhneysen, 2. Aufl. 1968, Bd. 3, S. 695, 726; Bd. 5, S. 239 f.

([55]) LEGAZ Y LACAMBRA, *Das Recht aus religiöser Perspektive*, in *Festschrift für E. Voegelin*, 1962, S. 343, 354.

das höchste Wesen für den Menschen sei ». « Die Wurzel für den Menschen ist aber der Mensche selbst » ([56]). Damit hebt Marx wenigstens in der Theorie jederart Selbstentfremdung des Menschen auf, mit der schwerwiegenden Konsequenz, daß das Wesen des Menschen in der Gesamtheit der gesellschaftlichen Verhältnisse gesehen wird ([57]), die sich aus der Ordnung der Ökonomie ergäben, die wissenschaftliche lösbar sei. Der Mensch als wissenschaftlich lösbares Problem, seiner sittlich-metaphysischen Dimension entkleidet, mußte seine Würde opfern — nicht nur bei Marx ([58]). Die Menschenrechte — für Marx bloßer Schutz des menschlichen Egoismus — sieht Marx ebenfalls als Produkt des Christentums an und lehnt sie mit diesem ab ([59]).

In der modernen Verhaltenswissenschaft wird diese Sicht der Dinge ausdrücklich zum Thema erhoben. B. F. SKINNER betitelt ein Buch « Beyond Freedom and Dignity ». Dort vermerkt er ([60]): « Indem sie die Kontrolle, welche der ' autonome Mensch ' ausübt, in Zweifel zieht und indem sie die Kontrolle, welche die Umwelt ausübt, unter Beweis stellt, scheint eine Verhaltenswissenschaft auch die Vorstellung vom Wert oder von der Würde des Menschen anzuzweifeln ». Skinner setzt seine Hoffnung auf eine « Technologie des Verhaltens », die Begriffe wie Freiheit, Wert und Würde überflüssig mache. Freiheit und Würde seien keine operationalen Begriffe, sondern quasi-religiöse oder metaphysische Vorstellungen. Die Wissenschaft sei soweit fortgeschritten, daß sie auf operationelle Weise diejenigen Zustände von Personen beschreiben und verändern (!) könne, die durch jene Begriffe

---

([56]) Karl MARX, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie* (1844), in *Frühschriften*, hrsg. v. Landshut, 1964, S. 216; gegen « antiwissenschaftlichen », « metaphysischen Trödel » auch Adam SCHAFF, *Marxismus und das menschliche Individuum*, 1970, S. 28 f.; Karel KOSIK, *Die Dialektik des Konkreten* 1967, S. 23 ff, zu den Folgerungen für die Politik, S. 215 ff, zum Töten im höheren Auftrag, S. 231 ff.

([57]) A. SCHAFF (Anm. 56), S. 24.

([58]) Hierzu treffend KRIELE, *Befreiung und politische Aufklärung*, 1980, S. 53 ff., 250.

([59]) MARX, *Zur Judenfrage* (1843), in DERS., *Die Frühschriften*, 1964, S. 191 ff.

([60]) Zitiert nach der deutschen Ausgabe: *Jenseits von Freiheit und Würde*, 1973, S. 28.

ungenau angedeutet würden. Die Konsequenzen dieses Menschenbildes für einen (verfassungs)rechtlichen Würdeschutz zieht Skinner selbst, indem er bekennt, er setze für die Zukunft auf Rotchina, nachdem er zunächst auf die Sowjetunion gehofft habe ([61]).

Nicht alle Stellungnahmen sind so deutlich und in den Konsequenzen so bestimmt formuliert. Wenn der Mensch wissenschaftlich erklärbar ist, dann fällt die Würde des Individuums in sich zusammen. Warum soll ein Nervenbündel, das auf Reize in bestimmter oder bestimmbaren Weise reagiert oder durch Sensibilisierung in bestimmter Weise eingerichtet wird, Würde haben? Das ist unerklärbar. Man kann sie ihm ebensogut zuschreiben wie streitig machen. — Damit ist nichts gegen die Bemühungen der Psychologie, der Medizin, der Verhaltenswissenschaft usf. eingewandt, nur gegen deren philosophische und die Rechtsordnung beherrschende Ansprüche ([62]).

Der atheistische Humanismus verneint die metaphysische Dimension des Menschen und will etwas ganz Neues sein, « une association toute nouvelle du matérialisme et du spiritualisme, du pessimisme et de l'optimisme » (Merleau-Ponty). Was dies auch immer bedeuten soll, ein Maßstab für das Humanum dieses Humanismus ist nicht ersichtlich. Ausdrücklich werden das Göttliche ebenso wie die Natur als das Unmenschliche, als die Negation der Humanität bezeichnet. — Existentialistisches Denken, das beliebige Sinnstiftung des Menschen für möglich hält, diese aber folgerichtig durch die Freiheit jederzeit aufs Spiel gesetzt sieht, ist inhaltlich nicht fixiert und in die Geschichte hinein offen. Die Praktizierung der Skinnerschen Thesen ist danach ebenso legitim wie ein radikaler Egoismus. Auch solche Ansätze sind keine Interpretationshilfen für das Verständnis der (verfassungs)rechtlichen Würdegarantie. Denn das zu Schützende und zu Achtende muß bestimmt sein, wenn die Garantie nicht leer laufen oder als

---

([61]) SKINNER, *Futurum* II, 1972, S. 16.

([62]) Hierzu treffend R. DAHRENDORF, *Homo Sociologicus*, 15. Aufll., 1977 S. 83 ff., S. 85 gegen die Unbescheidenheit der Soziologie im Hinblick auf die Sicht des ganzen Menschen, S. 88, 92 gegen die Soziologie als Instrument der Unfreiheit und der Unmenschlichkeit.

bequemes Alibi für die jeweils den Menschen entwerfende Politik dienen soll.

10. *Metaphysische Dimension unterschwellig.*

Verdiesseitigung, Verweltlichung, Säkularisierung bedeuten allgemein die Befreiung der Kultur und damit auch des Rechts, als eines wichtigen Teils der Kultur, von der christlichen Religion. Dieser « Befreiungsprozeß » bedeutet freilich nicht die Irrelevanz des Christentums für Kultur und Recht heute, sondern Auseinandersetzung, Neubegründung und Fortentwicklung (63). Auch insoweit ist das Christentum für das moderne Recht bedeutsam. Eine humanistische Begründung der Menschenwürde soll nicht hinter dem überkommenen « Würdestandard » zurückbleiben. Ein « wissenschaftlicher Humanismus » i.S. Skinners wird ausdrücklich abgelehnt (64).

Man braucht den Versuch, Kultur und Recht diesseitig zu begründen, nicht als einen Gegensatz zur christlichen Grundlage von Kultrur und Recht zu betrachten, der kämpferisch durchgesetzt werden muß. Um solch einem fundamentalen Gegensatz geht es regelmäßig auch dann nicht, wenn Humanisten dem Christentum vorwerfen, es habe sich nicht genügend für die Würde des Menschen eingesetzt, und damit im Humanismus eine Weiterentwicklung oder gar Vollendung des Freiheits- und Würdegedankens sehen, und schon gar nicht, wenn kirchliche Zuständigkeiten bekämpft und auf eine Trennung von Staat und Kirche hingearbeitet wird. Denn die metaphysische, religiöse Begründung der Freiheit, aus der der Humanismus überhaupt erst erwachsen konnte (65), bleibt von dieser Kritik unberührt.

Nach HEIDEGGER (66) gründet jeder Humanismus entweder in einer Metaphysik oder macht sich selbst zum Grund einer solchen. Das hat SARTRE in seiner Schrift « Ist der Existentialismus

---

(63) H. LÜBBE (Anm. 48), S. 34 ff., S. 109 ff.

(64) So deutlich DAHRENDORF (Anm. 62), S. 95.

(65) Jacques MARITAIN, *Gesellschaftsordnung und Freiheit*, 1936, S. 64.

(66) *Platons Lehre von der Wahrheit mit einem Briefs über den Humanismus*, 1947, S. 63 f.

ein Humanismus? » ([67]) zugestanden. Selbst wenn der Grund der Menschenwürde innerweltlich-säkular gesucht wird, kommt der Zusammenhang mit der christlichen Auffassung deutliche darin zum Ausdruck ([68]), daß die Menschenwürde dem *konkreten* einzelnen Menschen *zukommt*; der so verstandene Humanismus weist alle Vorstellungen ab, nach denen der einzelne Mensch bloßes Mittel für Zwecke einer kollektivistisch oder technokratisch organisierten Gemeinschaft ist. Versuche einer metaphysikfreien Begründung der Menschenwürde gehen davon aus, daß der Mensch empirisch nicht voll erfaßbar ist, ordnen den Charakter des Menschen, der in seinem empirisch faßbaren Charakter nicht aufgeht, einer « immanenten Transzendenz » zu ([69]). Dabei hat man sich die Transzendenz zwar metaphysikfrei, aber wissenschaftlicher Erforschung unzugänglich vorzustellen. Aber woher nimmt man diesen unerforschlichen Charakter, diese « Rollentranszendenz », diese Offenheit des Menschen? Auf utilitaristischer Basis ist sie nicht zu begründen, auf dieser Grundlage kann man sie genauso gut bestreiten — etwa, wenn man über andere Menschen Macht ausübt. Dahinter steht eine Wertung, die wie folgt formuliert wird: « Wie eigentlich sollte es ohne diese Offenheit als Prinzip menschliche Freiheit, die Würde der Gewissensentscheidung und Verantwortung überhaupt geben können? » Die Wertung wird als immanent bezeichnet, was ihre metaphysische Dimension jedoch nicht beseitigt ([70]). Denn man kann mit Mitteln der Sprache Metaphysik nicht zur Immanenz machen. Dies muß auch gegen H. L. A. HART betont werden. In seiner Auseinandersetzung mit dem Naturrecht sagt er ([71]): « *Tatsache* ist, daß die Naturrechtslehre in der einen oder anderen Form immer wieder neu auf-

---

([67]) J. P. SARTRE, *Ist der Existentialismus ein Humanismus?*, 1947, S. 65 f.

([68]) MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, S. 26 ff.

([69]) Christian GRAF v. KROCKOW, *Glaube, Demokratie und Politische Erziehung*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 33-34 (1980), S. 25 unter Berufung auf DAHRENDORF (Anm. 62).

([70]) Vgl. hierzu die Auseinandersetzung mit Theodor Geiger bei STEINBERGER, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, 1974, S. 213 ff.; zum Mythos der Immanenz vgl. schon Jacques MARITAIN (Anm. 65), S. 65 ff.

([71]) H. L. A. HART, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 259; Hervorhebungen vom Verfasser.

gestellt wird und daß deren Sinn sowohl von göttlicher wie von menschlicher Autorität unabhängig ist; außerdem enthält sie trotz ihrer Terminologie und ihren metaphysischen Implikationen, die heute nur noch wenige annehmen können, *Wahrheiten*, die für das Verständnis von Sittlichkeit und Recht wichtig sind. Diese *elementaren Wahrheiten* wollen wir aus ihrer metaphysischen Einbettung befreien und mit einfacheren Ausdrücken neu formulieren ». Auch hier wird versucht, Metaphysik durch Sprache zu vertreiben. Die Naturrechtslehre wird im Sinne der analytischen Rechtstheorie als Tatsache genommen, weil sie vertreten wird. Die Wahrheiten, die in ihr stecken, müssen vorher gewußt sein; sie folgen offensichtlich aus dem überkommenen Menschenbild.

Eine psychologische Frage ist, ob die Menschenwürde — von ihren metaphysischen Wurzeln abgetrennt — für die Menschen erlebnisfähig bleibt und auch dann Überzeugung und Anspruch bleibt, wenn der verfassungsrechtliche Schutz wegfällt ([72]) oder, was näher liegt, durch Interpretationswandel in Vergessenheit gerät ([73]). Daß die metaphysisch entwurzelte Menschenwürde im Wege des Interpretationswandels den verfassungsrechtlichen Menschenwürdeschutz zur Wanderdüne zu machen in der Lage ist, läßt sich an der Verwendung des Wortes Menschenwürde im politischen Leben ablesen: So wird das « aus der Menschenwürde fließende Selbstbestimmungsrecht der Frau » dem Lebensrecht des (ungeborenen) Kindes vorgeordnet ([74]). Nicht selten wird Emanzipation ohne Folgenverantwortung, die Forderung nach immer stärkerer « glückbringender » Bevormundung und Bewirtschaftung des Menschen durch den Staat aus dem Schutz der Menschenwürde abgeleitet und der dergestalt interpretierte Wohlfahrtsstaat als Konsequenz der Menschenwürde gesehen ([75]). Nach

([72]) Dies als Frage an HÄBERLE, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR 99 (1974), S. 437 ff.; richtig dort S. 455; Normen brauchen die Hilfe des tätigen Menschen, so W. WEISCHEDEL, *Skeptische Ethik*, 1980, S. 147.

([73]) In dieser Richtung Besorgnis bei HERZOG (Anm. 5), S. XXX.

([74]) Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, 96. Sitzung, sten. Bericht, S. 6492; vgl. hierzu kritisch BVerfGE 38, 1 (43 f.).

([75]) Zur sozialstaatlichen Minimalgarantie, die in der Menschenwürde steckt, vgl. STARCK, *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. II, 1976, S. 480, 522.

einer soziologischen Interpretation der Würde, die sich aber unzweideutig auf den Würdeschutz im Grundgesetz bezieht, ist der Mensch nicht von Natur mit Würde ausgestattet, vielmehr müsse er die Würde erst selbst herstellen ([76]). Der verfassungsrechtliche Würdeschutz ist ausgehöhlt, wenn er von eigener Würdeleistung (wer entscheidet?) abhängig gemacht wird, wenn die Verantwortung für eigene Handlungen den Menschen mehr und mehr abgenommen wird oder wenn der Mensch frei über das Leben eines anderen (wenn auch noch ungeborenen) Menschen verfügen darf.

II. *Metaphysische Grundlage der Menschenwürde.*

Die Menschenwürdegarantie geht davon aus, daß der Mensch mehr ist, als er von sich weiß ([77]). Er kann mit den Mitteln der rationalen Wissenschaft nicht voll erfaßt werden ([78]), er ist metaphysisch offen ([79]). Aus den Grenzen wissenschaftlicher Erfaßbarkeit des Menschen folgen — ganz elementar gesehen — Grenzen für die rechtliche Verfügbarkeit über den Menschen. Diese Korrelation bedeutet nicht, daß nur wissenschaftlich erfaßbare Seiten des Menschen rechtlichen Regelungen unterworfen werden dürften. Auch wissenschaftlich nicht ergründbare Verletzungen anderer Menschen bedürfen der Sanktion. Das Recht muß wie eh und je gemeinverträgliches Verhalten sicherstellen und die Rechte anderer schützen. Dies ist die Konsequenz aus dem Umstand, daß Menschenwürde allen Menschen zusteht. Hieraus resultiert zu einem guten Teil die Allgemeinheit des Rechts. Die rechtlichen Sanktionen müssen aber immer einen letzten Bereich des Menschen unverfügbar lassen. Beispiele finden sich oben unter 4.

Die rechtlich garantierte menschliche Würde ist zwar von der eigenen Würdeleistung des einzelnen Menschen unabhängig, verlangt aber auf die Dauer den Glauben an die Würde des Menschen,

---

([76]) LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 1965, S. 68.

([77]) Dies ist eine Formel von Karl JASPERS, *Die geistige Situation der Zeit*, 1932, Nachdruck 1979, S. 135.

([78]) Am Beispiel von Thomas v. Aquin und Kant dargestellt bei STARCK, *Das Sittengesetz als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit*, in *Festschrift für W. Geiger*, 1974, S. 264 ff.

([79]) Vgl. Hans JONAS, *Organismus und Freiheit*, 1973, S. 69 ff.; Walter SCHULZ, *Philosophie in der veränderten Welt*, 1972, S. 642.

wenn diese nicht vergessen und der Würdeschutz ausgehöhlt werden soll (80). Der Umstand, daß Anthropologie und Philosophie heute wenig metaphysische Neigungen haben, nicht mehr das Wesen des Menschen erforschen, sondern — gewiß mit guten Gründen — menschliche Handlungen untersuchen (81), Begriffe analysieren (82) und differenzieren sowie Metaphysiken kritisieren (83), schlägt nicht unmittelbar auf die Rechtsordnung durch. Die Rechtsordnung ist nämlich nicht bloße Funktion der jeweiligen philosophischen Strömungen, sondern hat die eigenständige Aufgabe, das menschliche Zusammenleben unter Wahrung von Würde und Freiheit des Menschen zu regeln. Die Besinnung auf diese kulturelle Problematik ist die gemeinsame Aufgabe der Juristen und Philosophen (84). Was wissenschaftlich unlösbar ist, ist damit noch nicht aus der Welt. Das Recht, das hic et nunc mit dem Menschen zu tun hat, muß das Unergründliche des Menschen in Betracht ziehen, also das Fenster zur Metaphysik offenhalten (85). Darin besteht letztlich die große Errungenschaft der abendländischen Rechtskultur, die zwar barbarische Ausfälle nicht verhindert hat, aber Maßstäbe bereithält, die Barbarei als solche zu erkennen, um sie, wenn es nicht an Mut fehlt, bekämpfen zu können.

12. *Staat und Metaphysik.*

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß der moderne Staat mit seinem Recht von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann (86). Die Verweltlichung ist offenbar ein

(80) Ähnlich HÄBERLE (Anm. 72), S. 445; KRIELE (Anm. 58), S. 54 ff.

(81) Solches fordernd gegen metaphysische Neigungen Arnold GEHLEN, *Anthropologische Forschung*, 1961, S. 141 ff.

(82) Rudolf CARNAP, *Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache* (1931), in Janoska-Kauz (Hrsg.), *Metaphysik*, 1977, S. 50 ff.

(83) M. MERLEAU-PONTY, *Das Metaphysische im Menschen*, in *Metaphysik* (Anm. 82), S. 273 ff.; Günter PATZIG, *Ethik ohne Metaphysik*, 1971, S. 32 ff.; WEISCHEDEL (Anm. 72), S. 36 ff.

(84) Vgl. dazu von seiten der Philosophie SCHULZ (Anm. 79), S. 629 ff.

(85) Ähnlich KRIELE (Anm. 58), S. 91 ff., 98 f.

(86) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Festschrift für Forsthoff*, 1967, S. 75, 93; STARCK, *Vom Grund des Grundgesetzes*, 1979, S. 7, 21, 24 ff. 39 f.

Prozeß, der sich nur solange vollziehen kann, wie die Nabelschnur zur metaphysischen Quelle nicht abgerissen ist (87). Das ist im deutschen Staatsrecht anerkannt durch die Berufung auf Gott in der Präambel des Grundgesetzes, durch die Glaubensfreiheit, die garantiert ist, weil Menschen glauben, durch die Garantie des Religionsunterrichts in den öffentlichen Schulen sowie durch die schulischen Erziehungsziele in den Landesverfassungen (88).

Bei Schaffung der neuen staatlichen Grundordnungen der deutschen Länder und der Bundesrepublik nach 1945 hat man klar gesehen, daß der Staat ohne metaphysisch begründete Menschenwürde einen erheblichen Machtzuwachs gewönne. Ohne Metaphysik wäre der Mensch restlos der überlegenen staatlichen Macht ausgeliefert (89). Geriete die metaphysische Begründung von Menschenwürde und Freiheit in Vergessenheit, so ständen die Worte des Grundgesetzes beliebiger Deutung offen. Das Grundgesetz könnte als Heilsersatz die Bedeutung eines heiligen Textes erlangen (90). Die Verfassung als säkularisierte Bibel oder gar als Sakrament mit vagabundierenden, aus ihren Wurzeln gelösten Begriffen brächte den staatlichen Funktionsträgern einen unermeßlichen Machtzuwachs. Die Worte des von seinen geistigen Grundlagen gelösten, selbst geheiligten Grundgesetzes ständen beliebiger Deutung und damit jeder quasi-religiösen Reformpolitik offen: heute unter wohlfahrtsstaatlichem, morgen unter tugendstaatlichem Vorzeichen.

Die metaphysisch fundierte Menschenwürde ist der Schlüsselbegriff für das Verhältnis des Menschen zum Staat. Das Verhält-

---

(87) In eben diesem Sinne fragt BÖCKENFÖRDE am Ende seines Beitrages' *aaO.*, S. 94, « ob nicht auch der säkularisierte weltliche Staat letztlich aus jenen inneren Antrieben und Bindungskräften leben muß, die der religiöse Glaube seiner Bürger vermittelt ».

(88) Ebensowenig wie demnach aus dem Grundgesetz ist aus einem Geschichtgesetz abzuleiten, daß der Prozeß der Verweltlichung auf Atheismus hinauslaufen müsse.

(89) WELZEL (Anm. 33), S. 238 f.; STEINBERGER (Anm. 70), S. 217; HÄBERLE (Anm. 72), S. 445; KRIELE (Anm. 58), S. 55 f., 248 f. u.ö.; BARUZZI, *Europäisches Menschenbild und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1979, S. 27 ff.

(90) HÄBERLE (Anm. 72), S. 446 lehnt zu Recht eine « Verfassungstheologie » ab.

nis des Staates zur Metaphysik ist ambivalent. Der Staat muß die metaphysische Dimension des Menschen durch die Rechtsordnung achten und schützen. Darüber hinaus hat der Staat nichts mit Metaphysik zu tun, insbesondere darf er weder Glauben noch Metaphysik zur Pflicht machen, noch sich selbst unmittelbar metaphysisch begründen.

FRANÇOIS MONCONDUIT
Università di Rennes

PERSONNALISME ET SECULARISATION

(ÉDUCATION ET TRAVAIL)

A bien des égards l'évolution de la société moderne se fait contre la personne: on parle de massification, robotisation, d'emprise croissante des appareils collectifs et des contraintes de la technique. Par ailleurs la personne elle-même est en crise, en quête d'une figure perdue dans sa double dimension: horizontale, en ce qui qu'il y a une éxaspération de l'individu qui s'insurge contre la communauté et récuse les contraintes de la solidarité; verticale, du fait du rejet de toutes valeurs transcendantes, le sujet se livrant au vertige de son narcissisme dans lequel il croit voir l'expression suprême de sa liberté.

Mais simultanément, et, pour une part, du fait même de cette dépersonnalisation généralisée et en réaction contre elle, on perçoit les germes d'une évolution dans laquelle certaines valeurs du personnalisme ont leur place. Sous des formes extrêmement variables, non dépourvues d'une grande ambiguïté, s'expriment de nouvelles exigences au nom même de la personne: tout à la fois dans ses rapports avec le pouvoir politique, dans l'éducation, dans le travail, dans la vie culturelle, etc...

Il n'apparaît pas possible, dans le cadre limité de ce rapport, de prendre en compte l'ensemble des transformations juridiques et institutionnelles en France depuis l'après guerre pour évaluer ce qu'elles doivent au personnalisme. D'abord parce que le sujet est trop vaste: on s'en tiendra à deux questions qui en elles-mêmes sont significatives d'une évolution d'ensemble, l'éducation et le travail. Ensuite parce que le personnalisme lui-même ne constitue pas un système doctrinal édictant les prescriptions rigou-

reuses applicables aux différents domaines de la vie sociale. Il est plutôt une inspiration générale reposant sur un certains nombre de principes qui expriment les conditions auxquelles une communauté humaine doit répondre pour que toutes les personnes qui la constituent réalisent leur vocation singulière les unes avec les autres. Il importe alors de déceler les traces de cette inspiration, sachant toujours que les modalités concrètes de mise en oeuvre dépendront de la liberté créatrice des personnes et de leur capacité à vivre en tant que personnes.

Dans le *Manifeste au service du personnalisme*, Emmanuel Mounier définit celui-ci comme « toute doctrine, toute civilisation affirmant le primat de la personne humaine sur les nécessités matérielles et sur les appareils collectifs qui soutiennent son développement » (p. 40). Il n'est pas question par là de nier les contraintes matérielles ou sociales: le personnalisme ne se veut pas idéaliste, mais toujours soucieux des conditions concrètes de vie de chacun; il se démarque aussi de l'individualisme, en ce qu'il voit la personne animée d'un double mouvement de spécification propre et de socialisation, ne pouvant prendre sa véritable dimension qu'à travers la vie comunautaire. Mais c'est toujours la personne qui demeure la finalité ultime et le critère de référence.

Cette personne, comment la définir? Elle est « *une activité vécue d'auto-création*, de communication et d'adhésion, qui se saisit et se connaît dans son acte comme nouvement de personnalisation » (*Le personnalisme*, O.C., tome 3, p. 431). Ainsi la personne est-elle promesse, possible ouvert sur l'avenir, qui introduit un principe d'imprévisibilité interdisant toute codification régissant chaque chose à l'avance. Cette auto-création de la personne s'accomplit à travers un *double mouvement*. Elle est d'abord *recueillement*, afin de prendre distance par rapport à ce qui l'expulse d'elle-même, habitudes, appétits, fonctions: il faut, dit Mounier, rompre le contact avec tout ce qui fait la vie immédiate afin de se saisir autour d'un centre pour faire l'unité. Cela n'est pas repli sur soi, mais conversion des forces intérieures pour préparer le second mouvement, qui est la *sortie de soi*, la dépossession par la disponibilité à autrui. Ainsi la personne doit-elle être capable, tout en restant elle-même, d'assumer le destin de l'autre, de comprendre chacun, de donner dans la générosité et la gratuité. Ce

double mouvement s'effectue autour d'un pôle, qui est la *fidélité aux valeurs choisies*, ce « carré intérieur » dont nous devons être assurés qu'aucune menace ne peut prévaloir contre lui. Ainsi, la personne est-elle *puissance de refus* face à toutes les tentatives d'abaissement, toutes les formes d'avilissement du monde moderne; c'est la capacité de s'opposer et de résister « au vertige mental, ... à toutes les formes de l'affirmation collective, qu'elle soit théologique ou socialiste » (*Le personnalisme*, O. C., Tome 3, p. 437). A travers ce bref rappel d'une définition du personnalisme et de sa conception de la personne, on perçoit comment ce courant de pensée se distingue tout à la fois du libéralisme et du socialisme.

Le libéralisme est critiqué par Mounier comme faisant de l'homme un sujet isolé, replié sur ses défenses, défini hors de tout enracinement dans une communauté, titulaire d'une liberté à laquelle il n'est donné ni contenu ni sens. La société n'est conçue dans cette perspective que comme destinée à assurer à chacun le maximum de profit, en faisant en sorte que les différents égoïsmes qui la composent n'empiètent pas les uns sur les autres. « Le socialiste est un homme qui croit au salut temporel par le progrès indéfini de l'humanité », écrit Mounier dans la Pensée de Charles Péguy (O. C., Tome I, p. III). Cette horizontalité est à la fois illusoire et périlleuse. Sans doute faut-il rompre avec toute forme de spiritualisme irénique, et bien considérer que les conditions matérielles de vie de chacun conditionnent tout le reste: il n'y a d'esprit qu'incarné, et son développement peut être paralysé du fait de pesanteurs matérielles non résolues. Mais le spirituel est la condition la plus haute de la personne, sa destination véritable. Pour un chrétien, le politique est subordonné: à la morale d'abord, qui elle-même l'est à la métaphysique, qui elle-même l'est au surnaturel. Dans cette perspective, la préférence que le socialisme accorde aux appareils et aux actions de masse (avec tous les risques de perversion que ceux-ci comportent) se trouve relativisée et rééquilibrée. Plus encore: « il s'agit d'aller puiser directement dans l'évangile et dans les saints des exigences autrement plus violentes que tous les ressentissements et que tous les systèmes, plus violentes mêmes que la faim: car la faim trahit avec les fascismes, mais la foi dompte la faim »

(in appendices à la *Révolution personnaliste et communautaire*, O.C., Tome 1, p. 852). De par sa dimension spirituelle, la personne détient une liberté et une force de création qui lui permettent de s'affirmer contre toute domination des appareils.

Si l'évolution sociale récente de la France est indéniable, on devine à quel point elle est loin de répondre aux exigences du personnalisme, tandis que d'autres facteurs également nouveaux lui sont radicalement contraires (culte plus répandu de l'argent et du succès matériel; récusation de toute morale à la fois dans la politique, l'économie et les moeurs; crise de la famille ...). A titre d'illustration, et pour choisir des domaines révélateurs d'une situation assez contradictoire, on voudrait réfléchir sur deux problèmes à bien des égards déterminants pour toute une évolution générale, l'éducation et l'organisation du travail industriel: autrement dit la question du comment être d'une part, celle du comment faire d'autre part.

I. Comment etre: l'education

La réforme de l'éducation est, en France, une question continuellement posée, et jamais résolue: parce que c'est l'un des domaines dans lesquels l'absence de consensus est particulièrement manifeste, parce que c'est là aussi où les corporatismes sont les plus rigides, parce qu'enfin le problème est le plus souvent enfermé dans une vision à court terne, sans prendre en compte la dimension globale de la personne. Il reste que de nombreuses idées nouvelles ont surgi, notamment dans le bouillonnement du printemps 1968, et les réformes intervenues depuis ont tenté d'en mettre en oeuvre quelques unes. Avant de considérer celles-ci et de les évaluer, il faut préciser notre repère, c'est à dire l'exigence personnaliste.

A. *L'exigence personnaliste.*

L'éducation de la personne comporte deux finalités: la préparation à la vie personnelle, et la préparation à l'action.

1) *Le but de l'éducation* en effet n'est pas seulement de préparer à une fonction économique, ou à un rôle social; il n'est pas non plus de façonner tel type de citoyen, mais « d'éveiller des personnes capables de vivre et de s'engager comme personnes » (*Manifeste,* O. C., Tome 1, p. 550), c'est à dire, d'une manière plus générale, de les préparer à leur être métaphysique. Ceci implique à la fois une méthode et un contenu.

La méthode ne consiste pas à fabriquer des êtres, mais à les éveiller: il ne s'agit pas de dresser, mais de susciter une conscience et une liberté en lui faisant appel. Autrement dit il s'agit d'aider une personne à découvrir sa vocation: cela implique le respect de sa liberté, mais aussi une exigence. Celle-ci apparaît à travers le contenu de l'éducation. Contre la neutralité libérale, le personnalisme revendique la nécessité d'une hiérarchie des valeurs et d'un choix. Seule la personne a compétence pour établir ceux-ci, mais il y a des principes de base sans lesquels il n'y a pas de véritable éducation: « aucune école ne peut justifier de couvrir l'exploitation de l'homme par l'homme, la prévalence du conformisme social ou de la raison d'Etat, l'inégalité morale ou civique des races ou des classes, la supériorité, dans la vie privée ou publique, du mensonge sur la vérité, de l'instinct sur l'amour et sur le désintéressement » (*Manifeste,* O.C., Tome 1, p. 552).

Il importe d'autre part que l'éducation s'adresse à l'homme tout entier. La découverte de sa vocation doit l'obliger d'aller au-delà des visées à court terne, intérêt ou réussite. Elle doit lui permettre de s'accomplir en tant que personne, telle qu'elle a été définie, dans sa double dimension d'intériorité unifiée et de mouvement gratuit vers autrui. Ainsi peut-elle accéder à la plénitude, condition de création, « car l'homme ne va bien que là où il va avec tout lui-même » (*Le personnalisme,* O.C., Tome 3, p. 468). Condition d'action également.

2) *La préparation à l'action.*

La capacité d'action dépend à la fois d'une acceptation de l'imparfait et d'une fidélité aux valeurs.

On ne peut attendre que toute cause soit pure et les moyens choisis irréprochables. « Nous ne nous engageons jamais que dans

des combats discutables sur des causes imparfaites »: le refuser, « c'est refuser la condition humaine » (id., p. 504). En réalité, on est déjà impliqué, et toute abstention est illusoire.

Ce consentement aux « sollicitations du réel » ne doit pas empêcher la fidelité absolue aux valeurs, qui maintient en état de « vigilance critique » (id. p. 505). Il n'y a pas d'action personnaliste sans référence à des principes, mais il s'y glisse toujours quelque impureté. On découvre ainsi l'insécurité, l'opacité relative de tout choix: cela guérit du fanatisme, et enseigne la dépossession en même temps que la hardiesse, conditions nécessaires à toute véritable entreprise. Autrement dit en prenant la mesure de la « structure tragique de l'action », on découvre un antidote à toutes les formes de l'embrigadement, et l'on apprend « que le camp du bien et le camp du mal s'opposent rarement en noir et blanc, que la cause de la vérité ne se distingue parfois de la cause de l'erreur que de l'épaisseur du cheveu » (id.). Or l'éducation la plus souvent répandue prépare mal à cette forme d'action: soit les éducateurs spirituels poussent au scrupule moral, soit l'école diffuse un savoir fragmentaire et formaliste qui débouche trop souvent sur l'utilitarisme ou le dogmatisme. Dans quelle mesure les récentes réformes intervenues répondent-elles davantabe à l'inspiration personnaliste?

B. *Les réformes de l'enseignement.*

En effet il s'agit beaucoup plus d'enseignement que d'éducation au sens où elle vient d'être entendue. Il faut distinguer l'enseignement secondaire de l'enseignement supérieur, la problématique et la réforme intervenue étant chaque fois nettement distinctes.

1) *L'enseignement secondaire: la réforme Haby de Juillet 1974.*

Pour n'en retenir que l'essentiel, la réforme Haby entend se référer à trois idées dans lesquelles on peut trouver une correspondance avec l'inspiration personnaliste.

On cherche d'abord à tenir compte de la spécificité de l'enfant: dans ce sens le rythme scolaire devra être modulé en fonction de

ses rythmes propres d'acquisition et de maturation, en même temps qu'on s'appuiera sur les curiosités et les intérêts personnels de chacun. Sur 28 heures d'enseignement par semaine, 6 à 7 heures seront consacrées à des options choisies en fonction des goûts et des besoins de l'élève. Dans le cas où celui-ci ne parviendrait pas à suivre le rytme collectif dans les matières fondamentales, il trouvera dans l'horaire optionnel la possibilité de reprendre ce qu'il n'aura pas bien assimilé, et ainsi de remonter son handicap: c'est ce qu'on appelle les actions de soutien. Des groupes spécifiques d'aide psychopédagogique, constitués de psychologues et de rééducateurs, sont prévus, mais restent encore trop peu nombreux. Enfin à partir de la classe de 5e (12 ans environ), des formations professionnelles courtes sont offertes par ceux qui ne peuvent pas ou ne veulent pas poursuivre davantage leur scolarité.

La seconde idée de la réforme Haby correspond au désir de lutter contre l'inégalité: c'est le développement du « tronc commun ». Pour favoriser l'égalité des chances, on cherche à retarder le plus longtemps possible le moment de la première orientation vers des programmes spécifiques. On considère en effet que, tant que celui-ci n'a pas eu lieu, il est encore possible de rattraper les handicaps provenant des différences d'origine sociale. Ainsi de la classe de 6e (11 ans) à celle de 3e (14 ans), le programme et les méthodes de formation sont identiques pour tous, sauf si l'intéressé choisit la formation professionnelle courte à partir de la classe de 5e. Dans ce cas le tronc commun reste au minimum de 2 ans.

Enfin, dernière idée, on veut rapprocher l'école de la réalité extérieure pour mieux préparer les enfants à l'affronter. D'où l'introduction de disciplines nouvelles, dites « humanités modernes »: études du milieu pour que l'élève prenne conscience « des phénomènes naturels, scientifiques dont l'homme acquiert peu à peu la connaissance et la maîtrise, des équilibres économiques, sociaux, politiques et écologiques »; activités manuelles, initiation technologique.

Cette réforme a été critiquée par des courants de pensée très divers: on voudrait seulement l'apprécier dans la perspective qui est la nôtre. Tout d'abord elle ne permet pas de réellement

corriger les inégalités. Au-delà du tronc commun il faudrait remonter en amont vers l'école maternelle pour corriger plus tôt les handicaps culturels résultant du milieu familial. D'autre part donner la même formation à tous les enfants de 10 à 12 ans au moins ne tient pas compte de maturités et de rythmes d'acquisition qui sont déjà très différenciés selon les sujets. Enfin il y aura déception pour ceux partant vers la formation professionnelle courte, après l'expérience d'un tronc commun dont ils se sentiront exclus.

Plus profondément, la réforme est critiquable en ce qu'elle ne pose pas les conditions d'une véritable éducation, tant pour ce qui relève du contenu que de la relation pédagogique. Dans les programmes, la part des humanités classiques (philosophie, histoire et géographie) a diminué au profit de celle des humanités modernes: or les premières ont un rôle déterminant dans le développement de la personne. On privilégie le savoir-faire au détriment du savoir-être. D'autre part il est indiqué que la pédagogie doit respecter les principes d'objectivité et de tolérance: ces valeurs, de toute évidence, ne suffisent pas à constituer une véritable morale de l'éducation dans le sens où l'entend le personnalisme. Une neutralité aussi vague et prudente ne peut suffire à éveiller des vocations et des libertés. Il manque un projet référé à une certaine conception de l'humanité de l'homme. Quant à la relation pédagogique, elle demeure profondément marquée par le modèle autoritaire et hiérarchique caractéristique de la société française: ce thème se retrouve à propos de la réforme de l'enseignement supérieur.

2) *L'enseignement supérieur: la réforme E. Faure.*

Cette réforme a été précédée de l'effervescence du printemps 1968 à travers laquelle de nombreuses idées ont été discutées. Avant de l'évoquer, on voudrait en poser la problématique, étant bien entendu qu'il ne s'agit pas de traiter du problème de l'enseignement supérieur dans son ensemble, mais seulement des aspects qui correspondent aux thèmes personnalistes déjà suggérés.

a) Problématique.

Il s'agit de substituer au rapport d'autorité entre un supérieur et un subordonné une relation entre deux personnes, enseignant et enseigné, ayant un statut et des fonctions différents. Toute une partie de la contestation de 1968, en réaction contre le modèle qui avait prévalu jusqu'alors, a consisté en une dénégation pure et simple du rôle du professeur qui n'était plus là qu'à titre de témoin passif que l'enseigné consultait à son seul gré, celui-ci étant supposé capable de s'auto-enseigner sans entraves. A la dénégation précédente du statut de l'un (étudiant), succédait la dénégation nouvelle du statut de l'autre (professeur). Un excès n'en corrige pas un autre.

On voudrait résumer ici l'analyse que fit Paul Ricoeur, dans le feu même de l'événement (*Réforme et révolution dans l'université. 'Esprit'*, Juin 1968, p. 989). Il y a au départ, dans la relation pédagogique, une dimension non symétrique qui tient à ce que l'enseignant détient une compétence et une expérience que l'enseigné, par définition même, ne possède pas, puisqu'il vient la rechercher. Dans cette situation, le professeur a spontanément tendance à considérer que l'étudiant va, grâce à lui, passer du désert de l'ignorance à la forêt du savoir. Or, dit Ricoeur, « l'enseigné apporte quelque chose: des aptitudes et des goûts, des savoirs antérieurs et des savoirs parallèles, et surtout un projet d'accomplissement personnel ». Ainsi si le rapport pédagogique est bien non symétrique, il n'est pas à sens unique: l'acte d'enseigner est commun au maître et à l'élève, celui-ci apprenant aussi quelque chose à celui-là.

Autrement dit il y a *réciprocité*: on parle habituellement de la finalité pour l'enseigné, mais il y a également celle poursuivie par l'enseignant. C'est ainsi que Ricoeur parle d'un véritable affrontement enseignant-enseigné, car le premier n'est pas un service public à la disposition de l'administré que l'on consulte à loisir. Ce rapport entre deux personnes doit être pensé en vérité, chacune ayant son projet spécifique. Le professeur a aussi le sien, qui est d'apporter « un vouloir, un vouloir-savoir, un vouloir-dire, un vouloir-être ». Il en résulte inévitablement conflit, et l'équilibre est instable: il faut sans cesse le repenser au nom de cette

finalité qui dépasse les deux partenaires, l'éveil et le développement de la personne.

b) La réforme E. Faure (Novembre 1968).

La mission attribuée à l'enseignement supérieur comporte, au moins au niveau des intentions, la volonté d'un projet éducatif global. L'Université, est-il dit, doit tout à la fois élaborer et transmettre le savoir, développer la recherche, et former des hommes. Il lui incombe de faciliter « les activités culturelles, sportives et sociales des étudiants, condition essentielle d'une formation équilibrée et complète ». Enfin, d'une manière plus générale, l'enseignement supérieur « concourt à la promotion culturelle de la société et par là même à son évolution vers une responsabilité plus grande de chaque homme dans son propre destin » (at. 1er du titre I de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur). L'application de ces principes dépend, pour une grande part, des décisions prises par chaque Université dans le cadre de son autonomie particulière. Mais du moins deux règles générales devaient partout contribuer à leur mise en oeuvre, la participation et la pluridisciplinarité.

La participation implique la présence des étudiants, ainsi que des représentants des différentes catégories de personnel qui concourent au fonctionnement des établissements, au sein des instances responsables de l'administration des Universités. Ceci devait être l'occasion d'un apprentissage des responsabilités collectives, obligeant à rompre avec l'attitude de consommateur passif de prestations offertes par un service public. Deux éléments, parmi d'autres, ont empêché de donner toutes ses virtualités à cette réforme. Tout d'abord la mise en place des structures paritaires requiert une véritable conversion des mentalités, de la part des étudiants habitués soit au silence, soit à la vociférération, mais aussi de la part des professeurs qui ont à sacrifier des privilèges qu'ils détenaient jusqu'alors en propre. La pratique universitaire antérieure y préparait mal, et il faut bien dire que, dans la relation quotidiennement vécue entre enseignants et enseignés, cette conversion n'est pas facilitée par l'inégalité de compétence et d'expérience qui, elle, est irréductible. L'autre obstacle vient des étudiants qui, dans leur grande majorité, soit s'enfer-

ment dans l'indifférence passive (en se refusant notamment trop souvent aux exigences d'une pédagogie pour eux plus créatrice), soit tombent dans les excès du radicalisme et de l'idéologisation systématique.

La pluridisciplinarité procède de deux motifs: un motif scientifique, du fait de l'interdépendance croissante des savoirs, un motif d'éducation, l'objectif étant de former la personne dans sa globalité. Des réalisations ont été effectuées, principalement dans les cycles supérieurs des études, mais il y a eu ici deux obstacles. D'une part, au cours de la première étape de la réforme, on a assisté à un mouvement de repli des différentes disciplines sur elles-mêmes qui ont profité de l'autonomie pour renforcer leur particularité et le cloisonnement: ce premier mouvement a très souvent bloqué les évolutions ultérieures. D'autre part beaucoup d'Universités ont été obsédées par la concurrence avec les grandes écoles, et ont succombé aux sirènes de la professionnalisation des études, entendue comme spécialisation croissante. Vision à trop court terme, qui oublie que la meilleure façon de préparer un être à son rôle social est d'en faire une personne, avec toutes les virtualités de création et de responsabilité que cela comporte.

Au-delà de ces difficultés, des besoins nouveaux sont ressentis, un mouvement a été donné. Il reste à savoir si l'on permettra aux semences plantées de porter leur fruit. Tout cela se retrouve à propos d'une autre dimension de la personne, celle du travail, pour lequel les chances d'évolution sont peut-être plus grandes.

II. Comment faire: l'organisation du travail

La politique sociale se caractérise en France par une plus grande ouverture aux idées nouvelles et par la volonté d'une transformation permettant une meilleure adaptation aux besoins sociaux. Ainsi y a-t-il acceptation d'une autocritique, la désignation des défaillances d'une société (inégalités trop grandes, dévalorisation du travail manuel, robotisation de l'homme au travail ...). La question des conditions de travail, que l'on voudrait retenir comme exemple, a fait l'objet de nombreux débats, et plusieurs réformes ont été engagées. Avant d'évoquer celles-ci, il faut in-

diquer qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un débat plus général qui concerne l'entreprise, débat où l'on retrouve certains échos de l'inspiration personnaliste.

A. *La conception personnaliste du travail*

Le travail, pour Mounier, n'est pas toute la vie: au-dessus de lui, il y a la vie de l'âme, celle de l'intelligence, celle de l'amour. Il ne faut pas tomber dans l'hérésie travailliste. Mais il reste qu'il faut travailler, et cela pour plusieurs raisons: pour assurer les conditions d'une vie pleinement humaine; comme instrument de discipline qui permet d'arracher l'individu à lui-même (« abnégation créatrice qui ne doit perdre l'individu que pour affirmer la personne ». *Révolution personnaliste et communautaire*, O.C., T. 1, p. 280); comme source d'une camaderie qui prépare des rapports communautaires plus profonds. Ainsi le travail n'a pas seulement un sens par rapport à l'économique, mais, plus encore, par rapport à l'humain, et c'est en fonction de ce sens humain qu'il doit être organisé.

Dans cette perspective l'économie personnaliste implique une nouvelle hiérarchie de principes: elle règle « le profit sur le service rendu dans la production; la production sur la consommation, et la consommation sur une éthique des besoins humains replacée dans la perspective totale de la personne ». (*Manifeste au service du personalisme*, O.C., T. 1, p. 592). Ce nouvel ordre de valeurs implique deux primautés.

Primauté du travail sur le capital, qui est celle des facteurs personnels sur les facteurs impersonnels. Le capital, en soi, n'est pas susceptible de fécondité: mais il faut distinguer entre le capital d'appoint et le capital personnel, « qui participe à la vie de l'entreprise par le travail de son possesseur et à ses risques » (id. p. 596).

Primauté de la responsabilité personnelle sur l'appareil anonyme: c'est l'instauration de la démocratie économique. Le travailleur ne doit plus être salarié, mais « mis à même d'exercer au maximum les prérogatives de la personne: responsabilité, initiative, maîtrise, création et liberté, dans le rôle qui lui est assigné par ses capacités et par l'organisation collective » (id. p. 599).

Dans cette nouvelle organisation de l'entreprise, il importe de toujours tenir compte de la valeur personnelle de chacun: « l'accession au titre et aux fonctions d'associé à la gestion devra être une promotion ouvrière décidée par les organismes ouvriers responsables, sur de sérieuses garanties de valeur personnelle, de compétence et d'attachement à l'entreprise » (id. p. 601). Ainsi y aura-t-il une sorte d'optimisation généralisée: « dans une organisation personnaliste, il y a de la responsabilité partout, de la création partout, de la collaboration partout ».

On voit ici que l'on n'est pas loin de l'utopie. Si lointaine qu'elle soit, elle peut être un ferment d'idées qui nourrissent les débats et mûrissent les changements.

B. *Le débat sur la réforme de l'entreprise*

Ce débat est engagé en France depuis plusieurs années pour différentes raisons: parce que l'entreprise est au coeur de la société moderne et qu'elle subit directement les effets de l'évolution de celle-ci, parce qu'on est à la recherche de moyens permettant d'en améliorer le fonctionnement, parce qu'aussi on entend répondre à la contestation dont elle est l'objet et mieux prendre en compte les problèmes humains qu'elle soulève. Après l'esquisse d'une problématique générale, on trouvera l'expression de ces différents thèmes dans le rapport SUDREAU, établi à la demande du chef de l'Etat en 1975.

1) *Problématique générale.*

Il s'agit de trouver un compromis entre trois exigences distinctes: une exigence morale tenant à une certaine conception de la personne, une exigence organisationnelle résultant des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, une exigence politique faisant apparaître la responsabilité sociale de l'entreprise. Equilibre difficile à trouver, car chaque exigence a sa propre logique qui l'incite à nier celle des deux autres; mais peut-être, plus profondément, sont-elles étroitement interdépendantes. Sans doute ces idées ne sont-elles pas répandues et acceptées partout, mais elles sont dans l'air du temps, prises en charge notamment par un

certain nombre d'organisations patronales ouvertes à la réforme ou diffusées par l'intermédiaire d'organismes spécialisés en formation continue.

L'idée générale dont on peut partir est que le souci de l'humain ne doit plus seulement être surajouté à l'approche technique et économique: il doit en fait remettre en cause la manière dont on considère les facteurs techniques et économiques, sans pour autant méconnaître les contraintes qui pèsent sur l'entreprise. Il résulte de cette nouvelle perspective deux conséquences.

Tout d'abord une nouvelle conception de la gestion de l'entreprise: elle ne doit pas être la conduite d'un processus technique plus ou moins perturbé par le jeu des facteurs humains; elle est la prise en charge d'un groupe d'hommes qui sont engagés dans une activité à dimension technique.

D'autre part on est en train d'assister à une sorte de renversement dans la relation entre l'homme et les machines. Jusqu'à présent l'amélioration des performances de l'entreprise a consisté à réduire la part du facteur humain au profit des machines. Un seuil nouveau semble avoir été franchi: du fait de la complexité croissante des processus techniques de fabrication et de la gestion de l'ensemble « entreprise », l'optimisation du fonctionnement du système passe par la valorisation du facteur humain, et non pas par la diminution de son influence. Autrement dit la recherche de l'efficacité se conjugue avec un véritable souci de l'humain. Cette conjugaison n'est pas sans ambiguïté: le souci de l'humain peut-être utilisé au service de l'efficacité. Le risque existe, mais il se trouve limité par une mutation essentielle qui tient à ce que l'optimisation recherchée vise de plus en plus, non pas tellement l'augmentation de la quantité du travail, mais celle de sa qualité. Or cette qualité concerne l'initiative, la responsabilité, la compétence, l'intelligence de l'homme: ce sont là des composantes essentielles de la personne, qui donnent à son rôle un caractère irremplaçable au coeur même du processus du production.

2) *Le rapport Sudreau sur la réforme de l'entreprise* (1975).

Ce rapport, demandé par le Président de la République pour préparer une nouvelle législation, entend faire de l'entreprise un

système social, et pas seulement un système économique. Dans ce but il pose le principe de l'obligation pour chaque entreprise d'avoir une politique sociale: chaque année elle doit établir un *bilan social* à partir d'indicateurs représentatifs de la situation sociale et des conditions de travail. Une telle politique doit se faire à travers une double promotion.

Promotion de la personne d'abord. Il faut reconnaître à chaque salarié la faculté de s'exprimer sur le contenu de son travail. « L'insuffisance d'expression individuelle sur le tas, est-il écrit dans le rapport, fausse les rapports humains et peut conduire à l'arbitraire de ceux qui disposent d'un pouvoir de commandement ». Il est bien précisé que cette expression doit être le fait, non pas des appareils censés être représentatifs, mais de chaque personne elle-même: « la reconnaissance du droit à l'expression qui est proposée porte sur le vécu quotidien de chaque personne et ne vise pas la défense d'intérêts collectifs ».

Cette promotion de la personne implique également que l'on associe très largement à la préparation, à l'exécution et au contrôle des décisions tous ceux que leurs compétences et leurs attributions mettent en mesure d'y participer. Enfin il faut déconcentrer la prise de décision de telle sorte qu'elle se prenne au niveau le plus proche possible de son exécution.

Promotion ensuite de la négociation avec les syndicats. Ceux-ci étant reconnus comme véritables partenaires, il faut développer la procédure de négociation collective. Plus précisément, le rapport Sudreau propose une voie nouvelle pour la participation: la cosurveillance. Il s'agirait d'introduire à titre obligatoire, et dans la proportion d'un tiers, des représentants des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance des entreprises d'une certaine importance. Le rapport précise que cette idée devrait être mûrie et préparée à travers un débat préalable.

Ce dernier point touche à la question centrale qui est au coeur de la réforme de l'entreprise, celle du pouvoir. La plupart des partenaires sociaux se refusant à la cogestion, on pense que la dynamique de la cosurveillance aidera à lever les obstacles qui empêchent son instauration. En fait le problème demeure d'un *pouvoir à partager*: « il n'y aura pas de démocratie dans la République, écrivait Marc SANGNIER, tant que la monarchie règnera

dans l'usine ». Pour aller dans ce sens il faudrait, pour le moins, que les uns (syndicats) acceptent toutes les responsabilités de l'exercice du pouvoir, et que les autres (patrons) considèrent que le travail constitue avec le capital qui apporte les machines, un fondement légitime pour partager le commandement dans l'entreprise. En toute hypothèse le rapport Sudreau exclut ce partage: la cosurveillance « ne porte pas atteinte à l'unité de direction et demeure compatible avec la plénitude des responsabilités de gestion qui doit être conservée au chef d'entreprise ».

3) *Les réformes réalisées dans le domaine des conditions de travail.*

Les conditions de travail sont prises à titre d'exemple de l'évolution générale de la politique sociale dans la mesure où elles sont essentielles pour la réalisation de la personne: soit elles l'aideront à s'accomplir si elle peut exprimer dans une oeuvre sa personnalité et sa capacité de créer, soit elles la déshumaniseront si le travail répétitif enferme dans la stéréotypie mécanique, et si surtout ce travail est défini par une organisation à laquelle la personne ne participe pas. Plusieurs facteurs ont joué simultanément dans le sens d'une prise en compte croissante des besoins de la personne dans son travail. Tout d'abord les *recherches théoriques* (HERZBERG) critiquent la conception purement mécaniste de l'organisation scientifique du travail qui stérilise une grande partie des aptitudes des individus en les enfermant dans des tâches répétitives d'éxécution. Il faut permettre aux travailleurs de se réaliser dans ce qu'ils font, et pour cela tenir compte de leurs motivations: besoin de s'accomplir dans une oeuvre, reconnaissance par autrui de cet accomplissement, exercice de responsabilités, espoir de progrès et de changement. D'autre part, autre facteur d'évolution, *l'élévation générale du niveau culturel* de la population rend de plus en plus inacceptable l'exercice de fonctions dans lesquelles ne rentre aucune part de réflexion et de créativité. Il y a enfin la *pression des faits*: 25% d'absentéisme, près de 100% de turn over par an, la nécessité d'aller chercher la main d'oeuvre à 50 ou 100 km à la ronde, l'appel massif aux travailleurs immigrés.

Dans ce contexte est intervenue une double innovation juridique. D'une part la Loi du 27 décembre 1973 relative à l'amé-

lioration des conditions de travail: le comité d'entraprise examinera chaque année les problèmes concernant celles-ci, notamment à travers le bilan social établi par l'employeur (cf. infra). Est créée une Agence pour l'amélioration des conditions de travail, qui a pour mission de rassembler et diffuser les informations sur les expériences effectuées dans ce domaine, en même temps que de susciter des actions-pilotes. D'autre part une convention collective conclue entre les différents partenaires sociaux (à l'exception de la CGT et de la CFDT) du 17 mars 1975, qui est un accord-cadre interprofessionnel prévoyant des accords ultérieurs par branche d'industrie. Un certain nombre d'orientations intéressantes y sont indiquées: « la charge de travail supportée par les salariés doit être compatible avec les exigences de leur santé physique et morale » ... « il est souhaitable qu'un effort particulier soit engagé en matière d'enrichissement des tâches » ... « il est nécessaire (à propos de l'encadrement) de développer les fonctions de coordination, d'animation et de conseil ».

Les réalisations effectuées sur le terrain dépendent, pour l'essentiel, de chaque entreprise. La présentation globale que l'on peut en faire ne permet donc pas d'en préciser exactement la portée, faute d'élément statistique. Du moins perçoit-on les lignes générales d'un mouvement commencé. On peut distinguer deux types de réforme: l'un qui porte sur le contenu du travail, l'autre sur la définition de ce contenu.

L'action sur le contenu du travail peut être tout d'abord en quelque sorte négative, en ce qu'elle cherche à corriger les inconvénients d'une forme de travail qui, en elle-même, n'est pas modifiée. Il s'agit là du travail posté qui s'effectue en équipes successives fonctionnant par rotation: son développement s'explique pour des raisons techniques (difficulté à arrêter les machines) ou économiques (amortissement plus rapide des investissements); mais il présente de graves inconvénients pour la santé ainsi que pour la vie familiale et sociale du travailleur. Tout en cherchant à obtenir sa limitation progressive, la législation et les conventions collectives non seulement prévoient des avantages pécuniaires, mais cherchent des compensations pour en réduire les inconvénients: repos et congés supplémentaires, droit à mutation dans

un emploi moins pénible après un certain nombre d'années de travail posté.

D'autres réformes cherchent à modifier le contenu même du travail. C'est *l'élargissement des tâches*, qui présente différents degrés: simple juxtaposition de tâches élémentaires précédemment décomposées; changement de poste de travail, par exemple chaque semaine; ensemble de tâches constituant un tout et impliquant des éléments de responsabilité (réglage, contrôle, entretien du matériel, amélioration des méthodes). *L'enrichissement des tâches* est plus ambitieux: à un travail d'exécution on ajoute la responsabilité de sa préparation et de son contrôle. Par exemple dans une grande entreprise un ouvrier spécialisé conduit une balayeuse: on le transformera en responsable de la propreté de l'usine en lui confiant le soin d'organiser son travail. Ce n'est plus alors seulement le contenu du travail qui change: c'est la personne qui participe à sa définition.

Un rapport sur les ouvriers spécialisés établi en 1971 par le Centre national du patronat français (CNPF) indiquait que la participation du personnel devait encourager les travailleurs à prendre part aux processus de décision. Plusieurs formules sont concevables: on prévient à l'avance les salariés des changements et on leur en donne les explications; on pose un problème, et on demande au personnel de proposer des solutions (en matière de sécurité par exemple); enfin, phase ultime « encore largement théorique »: les salariés eux-mêmes identifient les problèmes, discutent les solutions possibles, et parviennent ensuite à des décisions communes. Ici les relations ne seraient plus, est-il écrit, de supérieurs à subordonnés, et ne se caractériseraient pas par l'antagonisme et l'anxiété. Il y aurait à la fois confiance et responsabilité dans un contexte où « les objectifs de l'organisation correspondraient aux objectifs de l'individu ». Deux exemples de réforme constituent une approche de cette dernière idée.

Les groupes autonomes de production d'abord. Par exemple au lieu de faire monter des postes de télévision par 100 exécutants effectuant des opérations distinctes, l'ensemble d'un poste est assemblé et réglé par un groupe de 7 personnes (Philips). Ou encore chez Peugeot à Mulhouse, 600 ouvriers des forges et fonderies travaillent en brigades de 5 personnes qui s'organisent

entre elles pour la répartition des tâches. Ainsi à l'intérieur du groupe, les différents problèmes de l'organisation du travail sont résolus en faisant appel à l'initiative et à la responsabilité de ses membres: gestion d'un budget pour la quantité des matières premières, consommation d'énergie, heures de travail, qualité des produits finis, une partie de l'entretien des machines. Il y a de cette manière non seulement rupture avec la parcellisation des tâches puisque chacun accède à une activité globale de production, mais on sort du rôle de pur exécutant puisque chacun est participant à l'organisation même du travail du groupe auquel il appartient. Par ailleurs on tend à développer à l'intérieur d'un groupe restreint, les échanges et les communications qui faisaient la richesse humaine de la société pré-industrielle, et que nous avons perdus du fait d'une trop grande obsession du progrès technique. *La direction participative par objectifs* consiste, à l'intérieur de délégations d'autorité, à mobiliser les intéressés pour la définition de finalités. Ainsi seront-ils incités à rassembler leurs énergies et à faire preuve d'initiative pour atteindre des buts dont ils seront les co-auteurs.

Ces différentes modalités nouvelles d'organisation du travail ne sont pas, en soi, obligatoires pour les entreprises. En revanche le bilan annuel, qui est la seule proposition du rapport Sudreau à avoir reçu une traduction juridique par la Loi du 12 juillet 1977, rend obligatoire, pour les entreprises de plus de 750 salariés à partir de 1979, et pour les entreprises de 300 à 750 salariés à partir de 1982, une politique sociale portant notamment sur les conditions de travail. En effet les domaines dans lesquels l'information que doit donner le bilan social obligatoire sont les suivants: emploi, rémunérations et charges accessoires, conditions d'hygiène et de sécurité, autres conditions de travail, formation, relations professionnelles, ainsi que les conditions de vie des salariés et de leurs familles dans la mesure où ces conditions dépendent de l'entreprise. Le bilan est d'abord étudié par le comité d'entreprise, qui émet un avis, au vu duquel le texte peut être modifié. Une fois définitivement arrêté, il est communiqué à tout salarié qui le demande, à l'inspection du travail, et aux actionnaires. Ainsi la France est-elle le premier pays à rendre obligatoire un document qui permet d'apprécier la situation de l'entreprise

dans le domaine social, d'enregistrer les réalisations effectuées et de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée. Sans doute la pratique est-elle trop récente pour qu'on puisse en mesurer la portée. Jusqu'à présent, il s'agit surtout d'un bilan de santé de l'entreprise, qui met en particulier l'accent sur les efforts faits pour maintenir l'emploi. Mais on entend poursuivre des finalités plus ambitieuses, en faisant de ce document un instrument pour la concertation avec les représentants des travailleurs.

Si l'on cherche à évaluer les effets des différentes mesures prises ces dernières années pour l'amélioration des conditions de travail, on se trouve incontestablement en présence d'éléments positifs: sécurité physique accrue, travail plus varié, plus grande autonomie, meilleure prise en considération des facultés intellectuelles des individus, développement des compétences, allègement du poids de l'organisation et de la hiérarchie ... Les travailleurs, réticents au départ, ne veulent plus revenir en arrière ensuite. D'autre part, contrairement à la crainte initiale des patrons, la productivité monte en flèche: augmentation du rendement jusqu'à 20% ou 30%, qualité bien supérieure de la production (diminution des rebuts et des déchets), amélioration du prix de revient (allègement des charges d'encadrement, réduction de l'absentéisme). Ces résultats n'ont rien de surprenant: en prenant en compte une dimension plus globale de la personne, on utilise une plus grande partie de son potentiel de création et de travail.

Mais on se trouve alors confronté à l'*ambiguïté* de cette évolution: est-ce qu'à travers ces différentes réformes on aboutit à une meilleure expression de la personne, ou bien s'agit-il d'une nouvelle forme de sa subordination aux impératifs de l'entreprise, impliquant notamment un surcroit de travail? Il ne semble pas douteux que, dans la plupart des cas, la prise en compte du facteur humain dans l'organisation du travail est beaucoup plus inspirée par la volonté d'optimiser la production que par une conversion généreuse et soudaine à l'inspiration personnaliste. Quoiqu'il en soit des intentions, il me semble essentiel de remarquer que toute cette évolution est bien faite pour engendrer une *dynamique de l'influence de la personne* qui ira en croissant, puisqu'on veut lui donner tout à la fois un rôle plus grand et une compétence plus grande pour l'exercer (formation continue obligatoire).

Reste le problème du pouvoir, sur lequel viennent buter jusqu'à présent toutes les réformes, puisqu'il n'est pas question de toucher à son unité entre les mains de ses détenteurs traditionnels. La question qui se pose là encore est celle de la dynamique de l'évolution engagée. En effet à partir du moment où tout travailleur, pour ce qui concerne son propre travail, est reconnu comme pouvant être plus compétent que son supérieur (puisque l'on valorise son propre avis, puisque l'on veut rapprocher le niveau de la prise de décision de celui de l'éxécution), c'est tout le système d'autorité fondé sur la plus grande compétence de la hiérarchie qui se trouve mis en question. D'autre part, puisque l'on reconnait au travailleur la faculté de contester les modalités de la production, est-ce qu'il ne va pas aussi chercher à en contrôler le contenu et les finalités, c'est à dire tenter d'agir sur la décision qui engage l'ensemble de l'entreprise?

Au terme de cette esquisse, on sera peut-être tenté de poser cette question simple: l'évolution de ces dernières années est-elle, de façon globale, une chance ou un échec pour la personne? Il me parait impossible de répondre, tellement la réalité est ambivalente et contradictoire (pour ne prendre qu'un exemple, le développement du temps de loisir est incontestablement un acquis positif: mais de quoi ce temps est-il rempli, la sottise et la manipulation n'en sont-elles pas les marques les plus frappantes si l'on considère le grand nombre)?

Pour choisir un repère, il me semble que la condition première à l'avènement d'un monde de personnes, est leur *mutation intérieure*: changer le coeur de votre coeur, s'écriait Mounier en reprenant l'appel socratique (μετανοητη). Dans ce sens il voit combien la généralisation du bien-être peut faire obstacle à cette conquête spirituelle qui commande le reste:

> « la démocratisation du bien-être a et aura de plus en plus cet avantage de démasquer le conflit profond qui est au coeur du bien-être: à savoir que le bien-être ou le bonheur, au sens de l'accumulation et de la sécurité bourgeoises, sont les *antagonistes directs de la liberté spirituelle*, dans les sociétés comme dans les individus » (1938).

Si la contestation de 1968 s'est, pour une part, révélée impuissante, c'est parce qu'elle dénonçait une société de jouissance au nom d'une jouissance qui se voulait libérée. Des formules telles que « jouissez sans entraves », « le sacrifice est contre-révolutionnaire » témoignent tout à la fois d'un aveuglement stérile et de l'immense désert spirituel de notre époque.

A cet absolu du vide, il faut répondre avec l'absolu de la plénitude, qui est celle de la sainteté:

> « Dans ce monde inerte, indifférent, inébranlable, la sainteté est désormais la seule politique valable et l'intelligence, pour l'accompagner, doit garder la pureté de l'éclair ».
>
> (*Révolution personnaliste et communautaire*)

CHRISTOPH LINK
Università di Göttingen

CHRISTENTUM UND MODERNER STAAT

ZUR GRUNDLEGUNG EINES FREIHEITLICHEN STAATSKIRCHENRECHTS IM AUFKLÄRUNGSZEITALTER

Wir Deutschen haben ein eigentümlich gebrochenes Verhältnis zur Aufklärung. Anders als etwa in Frankreich ist man hierzulande nicht ohne weiteres geneigt, sie zu den großen Epochen unserer Geistesgeschichte zu rechnen. Das liegt sicher nicht nur daran, daß wir wenige wirklich bedeutende « Aufklärer » hervorgebracht haben — auch nicht nur daran, daß sich bei uns die Aufklärung nicht in so spektakulärer Weise in Geschichte umgesetzt hat, wie in der Französischen Revolution. Freilich hängt die negative Bewertung in gewisser Weise doch mit dem letzteren Umstand zusammen: Die Aufklärung hat sich in Deutschland unter und im Bunde mit der absoluten Monarchie durchgesetzt. Der « aufgeklärte Absolutismus » ist eines ihrer historisch wirksamsten Ergebnisse. So nimmt es nicht wunder, daß gerade der aufstrebende Liberalismus, eine der prägenden politischen Strömungen des 19. Jahrhunderts, der Aufklärung mit deutlicher Reserve gegenüberstand. Andererseits war auch der Konservativismus keineswegs geneigt, das Erbe aufgeklärter Geistigkeit anzutreten. Zu eng schien sie mit den Assoziationen von Revolution, Entmachtung der Stände, « Demokratismus » — bis hin zur Guillotine — verbunden. Die Romantik brach mit ihrem Verdikt von der « flachen Aufklärung » den Stab über eine Epoche, die mit KANT und HEGEL, mit FICHTE und SCHELLING endgültig in einer « höheren Gesittung » überwunden schien.

Dabei ist es im Bewußtsein des deutschen Bürgertums — so scheint mir — bis heute geblieben. Selbst neomarxistisches Aufklärungspathos in neuester Zeit hat den historischen Befund eher

verdunkelt, sieht man von wenigen Ausnahmen ab. — Im kirchlich-theologischen Bereich kommt noch ein weiteres hinzu. Zwischen Tridentinum, Reformation, Orthodoxie und Gegenreformation auf der einen Seite, Erweckung und Neokonfessionalismus auf der anderen scheint die Aufklärung als eine Epoche des Verfalls, der Verflachung, der Säkularisierung und Rationalisierung des christlichen Glaubens zu liegen. Die Apotheose der Vernunft, der Glaube an die « Allmacht des menschlichen Vermögens » (Karl BARTH) scheint in der Tat die Substanz des Christlichen ausgezehrt, die Transzendenz in der Immanenz aufgelöst zu haben.

Das Schreckbild der Predigten über Bienenzucht, Kartoffelanbau und Feuerbekämpfung hat die Erinnerung an die theologische Aufklärung ebenso geprägt, wie der theologische Rationalismus. Vollends die Beziehung von Kirche, Staat und Obrigkeit — um die es uns hier geht — erscheint durch ein reines Subordinationsverhältnis geprägt, ein Verhältnis, in dem die Kirche zur Staatsanstalt im Dienste der Machtpolitik aufgeklärter Monarchen denaturierte. Sie soll allein dem Staatszweck dienstbar gemacht worden sein, dazu bestimmt, Untertanengehorsam und Sozialmoral zu verinnerlichen. Der Kollegialismus soll noch dazu das Postulat des Gesellschaftsvertrages auf die Kirche übertragen, sie als Verein konstruiert haben. Wir alle kennen das düstere Tableau, das ich hier — zugegeben — in groben Strichen reproduziert habe.

Ich möchte nun keineswegs behaupten, daß alles daran falsch ist. Theorie und Staatspraxis — im josephinistischen Staatskirchentum ebenso wie im kirchenpolitischen System des preußischen Allgemeinen Landrechts — lassen in der Tat manche der geschilderten Tendenzen erkennen. Aber das ist nur die halbe Wahrheit. Bei genauerem Zusehen erweist sich, daß der historische Befund komplizierter, mehrschichtiger ist, daß sich hinter den plakativen Formeln differenzierte Wirklichkeiten verbergen. In Österreich jährt sich 1981 zum 200. mal der Erlaß des Toleranzpatentes, das die Jahrhunderte gegenreformatorischer Verfolgung des Protestantismus beendete.

An einem Wiener Bürgerhaus findet sich die Inschrift:

> « Vergänglich ist dies Haus, doch Josephs Nachruhm nie.
> Er gab uns Toleranz - Unsterblichkeit giebt sie ».

Auch dies, die Abschaffung der Verfolgung Andersgläubiger, von Folter und Hexenprozessen, von Ketzerrecht und Inquisition ist eine Facette des aufgeklärten Absolutismus — und man kann sie keineswegs nur mit agnostizistischem Desinteresse aufgeklärter Geistigkeit an religiösen Phänomenen erklären. Vielmehr zeigen sich hier praktische Ergebnisse jener tiefgehenden Wandlungen im Staats- und Rechtsverständnis — Wandlungen, die bis in die Gegenwart ausstrahlen.

Ich möchte deshalb die These aufstellen, daß unser modernes, freiheitliches Staatskirchenrecht zu wesentlichen Teilen auf eben jenen Fundamenten von Staat und Kirche, von den Grenzen der Staatsgewalt beruht, wie sie im 18. Jahrhundert gelegt wurden. Ich möchte zeigen, wie sich mitten und unter absolutistischer Omnipotenz Neuansätze herausbilden, die unser kompliziertes System von grundrechtlich gesicherter individueller und kollektiver Religionsfreiheit maßgeblich mitbestimmt haben.

1. *Die Wandlungen der Staatszwecklehre.*

Entscheidend für die Veränderung, die die Stellung der Kirchen im Modernen Staat erfahren hat, ist die Wandlung des Staatszwecks (1). Diese Verschiebung gehört zu den tiefgreifendsten und folgenreichsten im Staatsverständnis der Neuzeit. Bis weit in das 17. Jahrhundert hinein war es als selbstverständliche, ja primäre Staatsaufgabe angesehen worden, für das Seelenheil der Bürger zu sorgen.

THOMAS V. AQUIN hatte es in das Bild von Staatsschiff gekleidet, das der Herrscher als Steuermann nach den Weisungen des göttlichen Schiffsherrn leitet — um die Fracht, die ihm anvertrauten Menschen, unversehrt an ihr eigentliches Ziel zu bringen (2).

Streitig war zwar, ob die göttlichen Kursbestimmungen durch den Mund der kirchlichen Autorität erfolgten, oder ob der Herrscher

---

(1) Dazu eingehend LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Die Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, 1979, S. 132 ff.

(2) *De regimine principum ad Regem Cypri* (um 1266), hier nach d. Ausg. Taurini-Romae 1948, hg. v. J. Matthis, XIV (p. 17a ss.).

in unmittelbarer Verantwortung Gott gehorcht, aber *daß* letztlich die weltliche Ordnung für das Heil des Bürgers einzustehen hat, stand außer Frage. Ich möchte hier nicht auf die differenzierte Stellung der Reformatoren zu diesem Problem eingehen. Ihre Absage jedenfalls an alle Heilsvermittlung durch staatliche Hoheitsgewalt fand in dieser Form auch in der protestantischen Staatstheorie des konfessionellen Zeitalters keine Gefolgschaft.

Fast gleichzeitig waren es dann PUFENDORF (3) in Deutschland und John LOCKE (4) in England, die den neuen Gedanken mit aller Prägnanz formulierten: Die Staaten sind nicht um der Religion willen gegründet, deshalb gehört die Sorge für das Seelenheil der Untertanen nicht zu den legitimen Staatsaufgaben. Das bedeutet aber zugleich — und hier liegt auch der Unterschied zu den Reformatoren —, daß auch die Durchsetzung der wahren Religion — ebensowenig die Unterdrückung der falschen Religion (beides nach dem jeweiligen Verständnis des Landesherrn) — kein rechtlich zulässiger Staatszweck sein kann.

Die Begründung liefert die im Vordringen begriffene Naturrechtslehre. Danach haben sich die Menschen um ihrer äußeren Sicherheit und Wohlfahrt willen zur Gesellschaft vereinigt (5), zum Schutz von Leben, Freiheit und Eigentum. Zur Sicherung dieser Rechtsgüter haben sie sich dann — in einem zweiten Rechtsakt — einem Souverän unterworfen und ihm das gesellschaftliche Ordnungsrecht übertragen. Dessen Rechtsgewalt reicht aber nicht weiter als der Wille der gewaltübertragenden Gesellschaft. Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Die Gesellschaft selbst ist nur um diesseitiger Ordnungsaufgaben willen gegründet, also kann sie auch nicht ein darüberhinausgehendes Recht auf den Herrscher übertragen. Die Religion bedarf keiner Zwangsord-

---

(3) *De Jure Naturae et Gentium* (1672), hier nach d. v. G. Mascov mit den Kommentaren von J. N. Hert und J. Barbeyrac hg. Ausg. Francofurti et Lipsiae 1759 (Neudr. 1967), lib. 7 cap. 2 § 8 (II p. 136 s.); vgl. auch Christian THOMASIUS, *Summarischer Entwurff Derer Grund-Lehren, Die einem Studioso Juris zu wissen und auff Universitäten zu lernen nötig*, 1699, p. IV, cap. 7, §§ 5 f. (S. 250 f.).

(4) *A letter concerning Toleration* (1689), Ed. J. Ebbinghaus, 1966, p. 42, vgl. auch p. 12-14.

(5) Nachw. bei LINK (Anm. 1), S. 134 ff., 297 f.

nung. Deshalb hat sich hier der Einzelne seinen ursprünglichen Freiheitsstatus, seine libertas naturalis vorbehalten. Die religiöse Freiheit wird m.a.W. nicht vergesellschaftet, sie kann deshalb auch nicht verstaatlicht werden.

Eine solche Theorie mag zunächst angesichts eines Staatskirchentums etwa josephinistischer Prägung lebensfremd erscheinen. Ich komme auf diesen scheinbaren Widerspruch noch zurück. In Wahrheit haben wir aber hier das Herzstück der Staatstheorie der Aufklärung vor uns, und so wird es auch vorbehaltlos selbst von den extremen Verfechtern staatlicher Kirchenhoheit bejaht.

Zwei Mißverständnissen gilt es freilich zu wehren:

a) Diese Grundsätze treten nicht plötzlich zutage. PUFENDORF und LOCKE haben sie nur mit besonderer Prägnanz formuliert. Sie klingen bereits in der älteren Naturrechtslehre (etwa bei HOBBES (6)) an — und sie setzen sich keineswegs unangefochten durch. Auch später finden wir noch voraufklärerische Denkmuster. Es ist ein langsamer, sich dann freilich beschleunigender Prozeß, der dazu führt, daß Gegenmeinungen zunehmend in Außenseiterpositionen geraten. Vor allem aber werden diese Lehren in den einzelnen Territorien zu unterschiedlichen Zeitpunkten historisch wirksam. Bestimmte Grundströmungen des Zeitgeistes werden durch die Religionspolitik einzelner Herrschergestalten überlagert. In Österreich kann man die Zäsur etwa zwischen MARIA THERESIA und JOSEPH II. erkennen, in Preußen beim Regierungswechsel von FRIEDRICH WILHELM I. zu FRIEDRICH D. GR... Der Prozeß wird weiter durch den größeren oder geringeren Grad konfessioneller Homogenität eines Landes beeinflußt, er verläuft in katholischen Territorien anders als in evangelischen. Und doch sind — bei aller Verschiedenheit im einzelnen — früher oder später überall die gleichen Argumentationsmuster erkennbar, die es erlauben, von einer relativ einheitlichen naturrechtlichen staatskirchenrechtlichen Theorie zu sprechen.

b) Das zweite Mißverständnis könnte sich ergeben, wollte man von der Säkularisierung des Staatszwecks auf eine Entchristlichung des Denkens schließen. Die Beschränkung der staatlichen Herr-

(6) *Leviathan*, London 1651, II chap. 27 (p. 151), III cap. 42 (p. 299).

schaftsgewalt auf die diesseitige Gemeinwohlverantwortung bedeutet gerade im Bereich des Hl. Römischen Reiches keineswegs, daß sich die Staatslehre von den Fundamenten einer christlichen Sozialethik löst. In der Geschöpflichkeit des Menschen liegt begründet, daß auch die Grundstrukturen des menschlichen Gemeinschaftslebens ihren Ursprung im göttlichen Rechtswillen haben. Es ist der beherrschende Gedanke der *deutschen* Aufklärung, daß Vernunft und Glaube nicht antithetisch gegenübergestellt, sondern als eine Einheit gesehen werden, die ihren Urgrund in Gott als dem Schöpfer einer nach rational faßbaren Gesetzen erhaltenen Welt hat. Obwohl der Gedanke eines aus der Vernunft nicht ableitbaren verbindlichen Offenbarungsrechts zurücktritt, bleibt doch das Bestreben deutlich spürbar, den biblischen Geboten und sozialen Verhaltensmustern als naturrechtlichen, mithin — auch — als rational einsichtigen Normen in der Staatswirklichkeit Geltung zu verschaffen (7). So wird etwa viel gelehrter Scharfsinn darauf verwendet, die alttestamentarischen Strafgebote, biblisch begründete Ehehindernisse, Scheidungsverbote u.a.m. naturrechtlich zu begründen und damit zu rationalisieren — oder aber sie als göttliches Gebot für eine bestimmte ethnographisch und historisch punktuelle Situation zu relativieren. Unbezweifelt bleibt indes, daß sich in der naturrechtlichen Ordnung des Gemeinschaftslebens Gottes gnädiger Erhaltungswille gerade über der gefallenen Welt manifestiert, daß die Nichtverstaatlichung des religiösen Gewissens keinen Freibrief zu souveräner Beliebigkeit darstellt, sondern daß dem Gebot Christi, dem Anspruch des Evangeliums Folge zu leisten ist — nur eben ohne die Nachhilfe staatlicher Zwangsgewalt.

2. *Toleranz und Staatsraison.*

Die prinzipielle Freigabe des Gewissensbereichs hat nun auch einschneidende Konsequenzen für die naturrechtlichen Forderungen an ein staatliches Religionsrecht. Keinesfalls bedeutet sie,

---

(7) Dazu näher LINK (Anm. 1), S. 203 ff.; DERS., *«Jus divinum» im deutschen Staatsdenken der Neuzeit*, in *Festschr. U. Scheuner*, 1973, S. 377 ff.

daß dieser Bereich des Religiösen von Staat ignoriert oder auch nur in die Privatsphäre abgeschoben wird. Das vielzitierte Wort FRIEDRICHS D. GR., jeder solle nach seiner Façon selig werden, darf nicht im Sinne eines staatlichen Desinteresses mißverstanden werden. Hier liegen auch die Grenzen der individuellen Religionsfreiheit. Da das Naturrecht, das Fundament jeder gerechten Staatsordnung, seinerseits seinen Urgrund im göttlichen Rechtswillen hat, kann eine loyale Beachtung nur von denjenigen Untertanen erwartet werden, die Gott als ihren Herrn anerkennen. Grundlage des Staates ist daher nicht eine bestimmte Konfession, wohl aber die sog. natürliche Religion. Dieser staatstheoretische Zentralbegriff legitimiert, aber begrenzt zugleich auch die staatliche Einflußsphäre im religiösen Bereich (8).

Es mag befremdlich erscheinen, einer theologischen Kategorie eine solche juristische Bedeutung zuzumessen — noch dazu einer für moderne Theologen recht dubiosen Sache. Der Ausdruck stammt — wenn ich recht sehe — von dem polnischen Theologen Andreas WISZOWATY, der 1665 ein Buch « Religio naturalis » herausgab. Wiszowaty fand aber damit nur eine griffige Formel für eine theologische Richtung, die es seit längerer Zeit gab (bei seinem Lehrer Fausto SOZZINI (9) und Herbert VON CHERBURY (10) etwa). In diesem Sinn bezeichnet der Begriff « natürliche Religion » die Beschränkung der Dogmatik auf « rationale Glaubenswahrheiten ». Er hat insofern eine ausgesprochen deistische, antikirchliche Spitze. Von all dem kann bei der staatsrechtlichen Adoption des Begriffs keine Rede sein. Keiner der Juristen und Philosophen in Deutschland leugnet die Relevanz und Heilsbedeutung von Offenbarung, von Evangelium und christlicher Kirche. Nur eben, daß sich deren Wahrheits- und Verbindlichkeitsansprüche nicht ohne weiteres durch die staatliche Rechtsordnung verwirklichen lassen. Sie sind aber auch — und das ist die Kehrseite — grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzogen. Anders die Religio

---

(8) Vgl. LINK (Anm. 1), S. 298 ff.

(9) *De Jesu Christo Servatore*, 1594.

(10) *De veritate, prout distinguitur a revelatione, a verisimili, a possibili et a falso*, Paris 1624.

naturalis. Sie ist integrierender Bestandteil des naturrechtlichen Fundaments aller menschlichen Sozialordnung.

Dazu gehört der Glauben an einen persönlichen Gott, der sich — so eine gängige Formel der Zeit — um die menschlichen Angelegenheiten kümmert und dem der Mensch in öffentlichem Kultus Anbetung schuldet. Christian WOLFF (11) entwickelt daraus ein ganzes System naturrechtlich gebotener religiöser Einrichtungen und Pflichten, die allesamt — weil naturrechtlich begründet — der staatlichen Obsorge bedürfen. Er will aus diesem Grund nicht nur einen Rechtszwang zum Gottesdienstbesuch eingeführt wissen, sondern versteigt sich sogar zur Konstruktion einer Naturrechtspflicht « componendi et canendi hymnos ». Aber lassen wir diese eher seltsamen Blüten einer bis ins Extrem getriebenen Systemwut beiseite. Jedenfalls ist unstreitig, daß der Staat in den Grenzen des Naturrechts zur Religionspflege verpflichtet und berechtigt ist: Schutz des Kirchenguts, Sorge für Ausbildung und Unterhalt der Kirchendiener, religiöse Kindererziehung etc (12). Gerade bei letzterer macht aber THOMASIUS eine wichtige Unterscheidung: Originäre Staatsaufgabe ist die Unterrichtung im Bereich der natürlichen Religion. Als guter Christ und Lutheraner weiß er natürlich, daß dies noch keinen christlichen Religionsunterricht ausmacht, den er ja nicht abschaffen will. Aber, so fährt er fort, soweit darüberhinaus im Unterricht positive Glaubenswahrheiten der geoffenbarten Religion vermittelt werden, dependiere dieses von der Commission der Eltern (13). Hier liegen die Anfänge unserer Verfassungsregelung des Religionsunterrichts.

Die natürliche Religion hat aber staatsrechtlich noch einen anderen, für die Zeit besonders wichtigen Aspekt: Ihr entsprechen

---

(11) *Jus naturae methodo scientifica pertractum*, P.I. (1741), Ed. et cur., M THOMANN, Neudr. 1968, §§ 1220, 1223, 1229 ss., 1241 s., 1243, 1244 ss.; dazu auch allg. G. GMACH, *Staat und Kirche bei Christian Wolff*, Diss. jur., München 1975 *passim*, und demnächst Ch. LINK, *Die Staatstheorie Christian Wolffs*, in *Studien zum 18. Jh.*, Jahrb. d. Deutschen Gesellschaft z. Erforschung des 18. Jh. s., Bd. IV, 1981.

(12) Nachw. vor allem für GROTIUS, Ulrich HUBER, PUFENDORF, THOMASIUS, WOLFF, J. H. BOEHMER bei LINK (Anm. 1), S. 238 ff., 248 ff., 293 ff., 308 ff.

(13) Christian THOMASIUS - Enno Rudolph BRENNEYSEN, *Das Recht evangelischer Fürsten in Theologischen Streitigkeiten*, 1696, V. Satz. § 1 (S. 34).

zumindest nach einhelliger Auffassung der Zeit die drei großen reichsrechtlich anerkannten Bekenntnisse. Grundsätzlich besteht daher ein Naturrechtsgebot zu deren Toleranz. Die im Westfälischen Frieden vorsichtig ausgesprochene Mahnung, nachsichtige Duldung auch außerhalb der Schutzbestimmungen zu gewähren (14), erstarkt nun zur Rechtspflicht. Allerdings unter dem Vorbehalt, daß sich in den Dogmen der jeweiligen Religionspartei nichts Staatsgefährdendes (und damit wiederum Naturrechtswidriges) findet. John LOCKE wird hier sehr konkret: Nicht anerkannt sollen Kirchen werden, wenn sie die Überordnung eines kirchlichen Souveräns über den weltlichen auch im Temporalienbereich lehren, die Exemption kirchlicher Einrichtungen vom staatlichen Gesetz, oder sich anmaßen, von diesem zu dispensieren (15). Er dachte also noch nicht an eine Katholikenemanzipation in England.

Noch PUFENDORF äußert auch im Reich in dieser Hinsicht Bedenken (16). Dann aber bricht sich hierzulande eine liberalere Auffassung Bahn. Die Folge ist in Österreich etwa das Toleranzpatent von 1781, die prinzipielle Gleichstellung der Bekenntnisse im vielgeschmähten Wöllnerschen Religionsedikt von 1788 und im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 u.a.m. Aber die natürliche Religion steckt zugleich auch die Grenzen der Toleranz ab. Da bei anderen Glaubensrichtungen, insbes. bei Sekten, die Kongruenz ihrer Lehren mit dem Naturrecht fraglich erscheint, ist ihre Unterdrückung legitimes Herrscherrecht (17). Darum ist es

---

(14) IPO Art. V § 34 (K. ZEUMER, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 2. Aufl. 1913, S. 410), § 36 gestattete jedoch weiterhin die Ausweisung nichtgeschützter Andersgläubiger.

(15) *Letter concerning Toleration* (Anm. 4) p. 90 ff.

(16) *De habitu religionis ad vitam civilem* (1687), abgedr. in: Christian THOMASIUS, *Vollständige Erläuterung der Kirchen-Rechts-Gelahrtheit*, I, 1740, § 53 (p. 369 s.), vgl. auch § 44 (p. 311 s.). Die katholische Kirche wird hier zwar nicht ausdrücklich genannt, doch ist klar, wer mit der Religionsgemeinschaft, deren Lehren der herrscherlichen Gerechtsame zuwiderlaufen, gemeint ist. Noch schärfer H. CONRING, *Exerc. politica De Majestate ejusque Juribus circa Sacra et Profana potissimis* (1669), in *Opera*, hg. v. Joh. Wilh. Göbel, vol. IV, 1730 (Neudr. 1970), § 110 (p. 636 s.). Dazu auch W. LANG, *Staat und Recht bei Hermann Conring*, Diss. jur., München 1970, S. 134 ff.

(17) Nachw. bei LINK, *Herrschaftsordnung* (Anm. 1), S. 299 ff.

auch kein Zufall, daß zugleich mit den Toleranzgesetzen JOSEPHS II. die Strafbestimmungen gegen « Sektierer » verschärft werden. Das markiert die Grenzen zum modernen Prinzip der Gewissensfreiheit. Aus dem gleichen Grunde steht für die deutsche Publizistik zunächst fest, daß auch der Atheist nicht auf Duldung rechnen kann. Primär wird dies mit dem Argument der sozialen Unentbehrlichkeit einer irgendwie gearteten religiösen Bindung begründet. Im Hintergrund aber steht jener Restbestand gemeinchristlichen Minimalkonsenses, den die deutsche und englische Aufklärung als Gemeinschaftsgrundlage nicht aufzugeben bereit ist. Nicht grundsätzlich ist der Staat von jeder Einflußnahme auf die religiöse Sphäre des Individuum ausgeschlossen, sondern nur insoweit, als diese Sphäre über den Bereich der Rationalität hinausgreift. Mit anderen Worten: Es ist dem Staat nicht gleichgültig, ob seine Bürger religiös sind. *Daß* sie es sind, liegt in seinem vitalen Interesse. Nur *wie* sie es zu sein haben, die religiöse Wahrheitsfrage zu stellen, das liegt außerhalb seiner Kompetenz. Erst im Laufe des 18. Jhs. setzt sich dann die Erkenntnis durch, daß auch der Atheist ein loyaler Bürger sein kann, daß also Atheismus für sich kein strafwürdiges Crimen darstellt, wohl aber seine militante Ausbreitung ([18]).

Festzuhalten ist indes für die deutsche Staatsrechtslehre, daß die « natürliche Religion » ihre Wurzeln im Christentum hat. Sie ist keine Ersatzideologie, und insofern nicht etwa gleichbedeutend mit der réligion civile ROUSSEAUS. Sie bietet den Rechtstitel für die Toleranz der großen reichsrechtlichen Religionsparteien. Insofern hat die Lehre einen nicht zu unterschätzenden Anteil an der Beendigung der Gegenreformation ebenso, wie an der Entstehung einer konfessionellen Friedensordnung in den Territorien.

3. *Die Stellung der Kirche im Staat.*

Die geschilderten Argumentationsmuster führen nun im Bereich der staatlichen Religionsverfassung zu ganz spezifischen

---

([18]) Eingehende Nachw. über die Entwicklung des Atheismusproblems in der Staatsrechtslehre bei LINK (Anm. 1), S. 35, 38, 219, 245 f., 261, 286, 289 f., 296 ff., 316 f.

Ergebnissen. Hier müssen wir zunächst an das vorhin Gesagte anknüpfen, daß nämlich das Naturrecht die Grundlage des Staatswesens bildet, und daß daraus die Fiktion [19] des Gesellschafts- und Herrschaftsvertrages folgt. Im Herrschaftsvertrag hat die Gesellschaft dem jeweiligen Herrscher — dem Monarchen in der Monarchie, einem Optimatengremium in der Aristokratie, der Mehrheit in der Demokratie — die souveräne Direktionsgewalt über alle vergesellschafteten Sozialbereiche, d.h. über das gesamte äußere Gemeinschaftsleben übertragen. Der dadurch entstehenden souveränen Staatsgewalt kommt damit ein umfassendes, von keiner weltlichen Macht abhängiges Leitungs-, Aufsichts- und Kontrollrecht über alle jene Lebensbereiche zu, die nicht dem Gewissensbereich oder sonst der Privatsphäre zugehören. Damit sind auch alle Externa religionis, alle äußeren Angelegenheiten der Religion dieser souveränen Leitungsgewalt unterworfen. Der Herrscher übt diese Gewalt nicht etwa — im evangelischen Bereich — als summus episcopus, oder — im katholischen Bereich — als advocatus ecclesiae aus, also kraft kirchlicher Rechtstitel. Grundlage ist allein die staatsrechtliche, naturrechtlich begründete Machtstellung als Souverän [20].

Länger als in anderen Bereichen hat sich hier aber zunächst die Vorstellung gehalten, daß damit dem Herrscher kein Freibrief zu einem beliebigen Umgang mit dem Kirchenwesen seines Landes ausgestellt wird. Gott hat ja nicht nur durch die rational erfaßbare Natur seinen Rechtswillen kundgetan, sondern auch in der Offenbarung bestimmte Weisungen selbst oder durch Christus gegeben, wie seine Kirche auszugestalten sei. Dieses Jus divinum steht in der Rechtsquellenhierarchie an oberster Stelle und bindet auch den Souverän. Aber: Er ist ja selbst Christ, deshalb wendet sich Gott unmittelbar an ihn als Adressaten. Keineswegs ist er an die Mitwirkung der Theologen gebunden. Er soll

---

[19] Dazu F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 267 (« Staatsvertragssymbol »).

[20] Dazu und im folgenden M. HECKEL, *Territorialsystem*, in *Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts*, 1968 (Anhang) S. 241 ff.; K. SCHLAICH, *Der rationale Territorialismus*, ZRG Kan. Abt. 54 (1968), S. 269 ff.; LINK (Anm. 1), S. 308 ff., jeweils mit Nachw.

ihren Rat hören. Ein institutionelles Kooperationsgebot folgt aber daraus nicht. Würde man den Herrscher an den Konsens menschlicher Institutionen, und sei es auch kirchlicher binden, dann wäre er nicht mehr independens a voluntate alterius, mithin nicht mehr souverän. Ein Staat mit zwei Souveränen — wohlgemerkt: immer im äußeren Bereich — wäre wie ein Kalb mit zwei Köpfen. Einen prinzipiell von der staatlichen Souveränität ausgenommenen Sozialbereich kann es nicht geben — eine Vorstellung, die auf staatlicher Seite noch im preußischen Kulturkampf des 19. Jahrhunderts eine wichtige Rolle spielt.

Allerdings macht Christian WOLFF (21) hier einen beachtlichen Vermittlungsvorschlag. Zwar — so sagt er — könne es nur *eine* Souveränität im Gemeinwesen geben. Aber nichts stehe dem entgegen, daß diese zum Vollzug auf mehrere Personen aufgeteilt werde. Warum sollte die Gesellschaft nicht eine pars potentialis imperii etwa auf ein kirchliches Oberhaupt übertragen? Diese Lehre ermöglichte es, Papst und Bischöfen zumindest einen Teil der kanonischen Jurisdiktion systemimmanent zu erhalten. Dieser Umstand hat nicht zuletzt entscheidend zur Popularität WOLFFS im katholischen Lager (22) beigetragen.

4. *Die Doppelgestalt des Josephinismus: Staatskirchentum und Koordination.*

Die einflußreiche josephinistische Partei argumentiert etwas anders. Doch auch hier, wo die extremsten staatskirchlichen Positionen verteidigt werden, kann keine Rede von einer völligen Unterwerfung der Kirche unter den Staatszweck sein (23).

---

(21) *Jus nat.* (Anm. 11), P. VIII, § 955, vgl. allg. auch § 64 s.

(22) Dazu M. THOMANN, *Christian Wolff*, in M. STOLLEIS (Hg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jh.*, 1977, S. 261 ff.; DERS., *La pensée politique de l'absolutisme éclairé*, 1969, p. 11 ss.

(23) Ich verweise auf meine Untersuchung (Anm. 1), S. 211-221 mit eing. Nachw., vgl. auch LINK, *Staatskirchenhoheit*, ZevKR 20 (1975), S. 1 ff. (11 ff.). Eine gute Darstellung für das Ende des Berichtszeitraums bei E. PLASSMANN, *Staatskirchenrechtliche Grundgedanken der deutschen Kanonisten an der Wende vom 18 zum 19. Jh.*, 1968; neuerdings K. WALF, *Das bischöfliche Amt in der Sicht*

Angriffsziel ist zunächst der umfangreiche Privilegienbestand der Kirche, ihre Exemtionen, Personal- und Realimmunitäten und ihr Anspruch, im CorpIC unter einer eigenständigen, der herrscherlichen Souveränität entzogenen Rechtsordnung zu stehen, über eigene Legislativgewalt, Gerichtsbarkeit und Exekutivkompetenz im Temporalienbereich zu verfügen. Kurz: Der moderne Staat macht seine Impermeabilität gegen eine — aus seiner Sicht — konkurrierende Herrschaftsorganisation auf seinem Gebiet geltend. Das eingangs geschilderte Denkmodell wird auch hier deutlich: Umfassende, natur- und damit auch göttlich-rechtliche Kompetenz der weltlichen Gewalt in allen äußerlichen, die sphaera huius vitae berührenden Bereichen. Von dieser Gewalt kann es keine Exemtionen geben, die nicht ihren Rechtsgrund im Herrscherwillen haben. Deshalb gilt das kanonische Recht, soweit es « äußere » Angelegenheiten regelt, kraft Zulassung durch den Herrscher, bischöfliche und päpstliche Legislativgewalt kann verbindlich nur kraft herrscherlicher Ermächtigung geübt werden.

Was uns heute an dieser Konstruktion irritiert, ist die extensive Interpretation der « äußeren Angelegenheiten ». Sie umfassen praktisch den Gesamtbereich des Wirksamwerdens der Kirche in der Welt, bis hin zu theologischer Ausbildung, ja bis zur Anzahl der am Altar anzuzündenden Kerzen. — Bei der Regelung dieser äußeren Angelegenheiten ist der Souverän aber keineswegs frei. Er ist, das zieht sich wie ein roter Faden durch die josephinistische Literatur, an das Jus divinum gebunden, das Christus für seine Kirche gegeben hat ([24]). Aber eben: Dieses Jus divinum

---

josephinischer Kirchenrechtler, 1975, bes. S. 118 ff. (dazu K. SCHWARZ, ZevKR 24, 1979, S. 435 ff.).

([24]) Noch immer streitig ist die Frage, ob das Theresianische, insbes. aber das Josephinistische Staatskirchentum stärker von reformkatholischen oder staatsabsolutistischen Tendenzen geprägt — oder gar als persönliches Willkürregiment zu deuten ist (so G. HOLZKNECHT, *Ursprung und Herkunft der Reformideen Kaiser Joseph II. auf kirchlichem Gebiet*, 1914). Den ersten Standpunkt vertreten vor allem H. v. VOLTELINI, *Die naturrechtlichen Lehren und Reformen des 18. Jh. s.*, HZ 105 (1910), S. 65-104, und F. MAASS, *Der Josephinismus*, 5 Bde, 1951-61 (bes. I, S. XIX ff., III, S. 23 ff., IV, S. XXII ff., V, S. XVII ff.). Dagegen im zweiten Sinn E. WINTER, *Der Josefinismus, Die Geschichte des Reformkatholizismus 1740-1848*, 2. Aufl., 1962, der freilich den reformkatholischen Ansatz ebenso einseitig

festzustellen obliegt nicht dem kirchlichen Lehramt, das hier Anwalt in eigener Sache wäre, sondern dem, dem Gott die Sorge für das diesseitige Gemeinwohl anvertraut hat, dem weltlichen Souverän. Und hier zeigt sich — so die « Staatskanonistik » weiter — daß eine göttliche Rechtsweisung nicht erkennbar ist, die den kirchlichen Instanzen eine weltlich wirksame Gewalt übertragen hätte. All das ist, ebenso wie die Behauptung einer prinzipiellen Immunität vom staatlichen Gesetz, eine widerrechtliche Usurpation der « Klerisei ».

Interessant und für die Zukunft bedeutsam ist aber, daß diese Lehren auf dem Fundament einer prinzipiell zugestandenen Koordinationstheorie ruhen: Staats- und Kirchengewalt, oder — wie es bei einem repräsentativen Autor heißt — Geistlicher und Weltlicher Staat ([25]) — stehen sich als Herrschaftsorganisationen eigenen Rechts in prinzipieller Unabhängigkeit gegenüber. Keine von beiden leitet ihren Rechtsgrund von den anderen her. Geistliche und weltliche Herrschaft sind jeweils in ihrer Sphäre souverän. Beide haben ein spezielles mandatum divinum, das zugleich — für jede Seite legaliter unüberschreitbar — die beiderseitigen Ordnungsbereiche markiert. Die Verfassungsgestalt der Kirche iure divino, der Kernbestand ihres geistlichen Lebens, die Sphäre von Dogma und theologischer Ethik (also der gesamte

---

verabsolutiert, wie die Indienstnahme der Religion für die « ideologische » Festigung des Untertanenverbandes. Sicherlich abzulehnen ist die *Holzknechtsche* Position (so bereits mit Recht VOLTELINI in seiner Rezension ZRG Kan. Abt. 5, 1915, S. 545 ff.). Die verbleibende Kontroverse kann nicht im Sinne eines entweder-oder entschieden werden. Beide Motivreihen durchdringen und ergänzen sich vielmehr. Von allen Parteigängern des Kaisers wird gerade die Identität von naturrechtlicher Staatslehre und « wahrer » Religion eindringlich betont. Ebenso verfolgen die praktischen Maßnahmen sicher auch den Zweck, geistliche Versorgung und Frömmigkeit zu heben. Diese Ambivalenz ist namentlich im Spätjansenismus angelegt, der die Reformen in Österreich (nicht so stark in Bayern) maßgeblich beeinflußt hat. Dazu jetzt eingehend P. HERSCHE, *Der Spätjansenismus in Österreich*, 1977. - Eine ausgewogene und zu recht vermittelnde Deutung bei G. KLINGESTEIN, *Staatsverwaltung und kirchliche Autorität im 18. Jh.*, 1970, S. 88 ff.

([25]) J. G. NEUBERGER (= Heinrich BRAUN), *Abhandlung von den Einkünften der Klöster und dem Amortizationsgesetze*, 2. Aufll., 1768, S. 64; ähnlich Joh. Casp. BARTHEL, *Institutiones Juris Ecclesiastici* ..., 1774, p. 60.

Spiritualienbereich) sind für den Staat prinzipiell unverfügbar. Ein jus sacrorum des Landesherren wie in protestantischen Territorien kann es gegenüber der katholischen Kirche nicht geben. Das zu versichern werden auch die eifrigsten Apologeten josephinistischen Staatskirchentums nicht müde. Der Grund liegt in der prinzipiellen Unterschiedenheit von Staats- und Kirchenzweck: Hier die zeitliche, dort die ewige Wohlfahrt — oder, wie die Jünger Christian WOLFFS unbekümmert formulieren: zeitliche und ewige Glückseligkeit (26).

Allerdings entgeht auch ihnen nicht, daß das Problem ja darin liegt, daß sich beide Sphären nicht säuberlich scheiden lassen, daß, weil die Kirche in der Welt lebt, ihre Botschaft auch im irdischen Leben wirksam wird, oder, zeittypisch ausgedrückt, daß kirchliches Handeln « effectus civiles » hat. Hier ist die Kirche keineswegs von einer Ordnungsgewalt ausgeschlossen, aber diese steht, und das ist der Pferdefuß, unter dem josephinistischen Vorbehalt: Ein zeitgenössischer Autor formuliert es typisch:

Da die genuine Wirkungssphäre der potestas ecclesiastica nach Wirkungsbereich und Wirkungsweise ausschließlich geistlich ist, entfällt eine eigenständige Anordnungskompetenz im Bereich der Temporalien. Die Folge ist, daß « alle zeitlichen und natürlichen Dinge, welche mit den Spiritualien nur zufälligerweise verbunden sind und nicht wesentlich dazugehören, vermischte Dinge sind, welche an sich selbst zwar, weil sie ihrer Natur nach zeitliche Dinge sind, zum Umfang der souveränen weltlichen Gewalt gehören, wobei aber die geistliche Macht wegen ihres dabei habenden Interesses dergestalt concurriret, daß sie darüber verordnen und disponiren kann. Solche Verordnungen aber haben nicht eher Gesetzeskraft, als bis sie von der weltlichen souverainen Macht genehm gehalten werden » (27).

---

(26) NEUBERGER, *aaO.*; J. J. N. PEHEM, *Jus ecclesiasticum universum*, 1786, I, p. 422 s.; Joh. Val. EYBEL, *Einleitung in das katholische Kirchenrecht* (1777), dt. Ausg. 1779, II, S. 15 f., 44; Veremund v. LOCHSTEIN (= P. VON OSTERWALD), *Gründe sowohl für als wider die geistliche Immunität in zeitlichen Dingen* (1766), 2. Aufl., 1767, II, S. 62 ff.; W. X. A. Frhr. v. KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem* (1757 ff.), neue unv. Aufl., 1844, 5. Th., cap. 19, § 36 (V. S. 455).

(27) LOCHSTEIN, *aaO.* (Anm. 26), II, S. 80; ähnlich der führende Josephinist

Die Grenze des « Genehmhaltens » liegt letztlich in der Staatsraison. Hier finden wir die Rechtstitel für die umfangreichen Aufsichts- und Genehmigungsvorbehalte bis hin zu Plazet und Recursus ab abusu.

Der Josephinismus ist also durch eine extreme Spiritualität des Kirchenbegriffs gekennzeichnet. Er leugnet die Religionsfreiheit nicht, umgrenzt sie aber auf einen eng umschriebenen Spiritualienbereich. Was ihn von modernen Spielarten dieser Grundrechtskonzeption unterscheidet, ist die selbstverständlich festgehaltene Bindung der Staatsgewalt an das Jus divinum bei allen Eingriffen in das « äußerliche » Rechtsleben der Kirche.

5. *Staatskirchliche und freiheitliche Impulse in der evangelischen Staatsrechtslehre.*

Etwas anders liegen die Dinge im evangelischen Bereich. Auch hier die Abwehr der Gefahr, daß die Kirche zu einem Staat im Staat wird ([28]). Auch hier wird daraus ein ganzes Arsenal an Eingriffs- und Aufsichtskompetenzen entwickelt. Auch hier prinzipielle Scheidung von Staats- und Kirchenzweck — und damit in der Tiefe ein Auseinandertreten des geistlichen und des staatlichen Lebensbereiches, ein Erbe, das wir der Aufklärung verdanken — mit allen, auch freiheitlichen Konsequenzen. Aber in zweierlei Hinsicht unterscheidet sich die Argumentation von derjenigen der Kanonisten und katholischen Staatsrechtslehrer.

a) In der deutschen Publizistik hat Christian THOMASIUS in Halle einen entscheidenden Schritt vollzogen. In seinem zweiten Hauptwerk mit dem bezeichnenden Titel « Fundamenta Juris naturae et gentium ex sensu communi deducta » von 1705 ([29]) bricht er mit der Lehre, daß das göttliche Recht « Recht » im eigentli-

---

P. J. RITTER v. RIEGGER, *Institutiones Jurisprudentiae Ecclesiasticae* (1765 ff.) neue Aufl., 1780, P. I, cap. IV, § 174 s. (p. 256 s.).

([28]) Zum älteren Territorialismus J. BOHATEC, *Das Territorial-und Kollegialsystem in der holländischen Publizistik des 17. Jh. s*, ZRG Kan. Abt. 35 (1948), S. 1 ff.; M. HECKEL, *Staat und Kirche* (Anm. 20), S. 109 ff.; LINK (Anm. 1), S. 228 ff., 292 f.; DERS., *Staatskirchenhoheit* (Anm. 23), S. 7 ff.

([29]) Hier nach d. Ed. 4 (1718), Neudr. 1963.

chen Sinne — und damit in eine Kategorie mit dem menschlichen Recht falle. Ihm ermangle das Zwangsmoment. Es sei eine Weisung an das Gewissen, seine Verletzung Sünde, seine Sanktion Strafen, die « occulte veniunt » (30) — aber eben dies alles unterscheide es grundsätzlich vom menschlichen Recht als autoritativ gesetzter Zwangsregel (31). Als guter Protestant verweist er auf die Reformation und erhebt zugleich den gewiss nicht unbescheidenen Anspruch, diese zuende zu führen (32). Dies hat nun schwerwiegende Folgen nicht nur für das Strafrecht, das Eherecht u.a., sondern in ganz besonderer Weise auch für das Staatskirchenrecht. Der Herrscher ist auch hier als Christ zwar im Gewissen verpflichtet, den Weisungen Christi für eine Gestaltung des Kirchenwesens zu folgen. Eine Rechtspflicht folgt daraus nicht. An ihre Stelle tritt das naturrechtliche Gebot der « Natur der Sache » (33). Der Herrscher hat das Kirchenwesen seines Landes so zu ordnen, wie es den Grundsätzen der jeweiligen Religionspartei entspricht, allerdings unter Beachtung der unabdingbaren Anforderungen des Gemeinwohls, der wohlverstandenen Staatsraison (34). Freilich ist ihm nur ein Teil der deutschen Staatsrechtslehre darin gefolgt. Aber auch dort, wo man die traditionellen Strukturen festhält, wird der uralte Rechtsbegriff des Jus divinum veräußerlicht, formalisiert (35). In der Sache kommt es auf dasselbe heraus, wenn etwa Johann Stephan PÜTTER den Herrscher auf die Verbindlichkeit des jeweiligen Jus divinum einer Religionsgesellschaft ver-

---

(30) *AaO.*, p. 153; dazu eingehend LINK (Anm. 1), S. 120 ff., 265 ff.; DERS., « *Jus divinum* » (Anm. 7), S. 388 ff.; W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik. Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius*, 1971, S. 258 ff., 262 ff., 273 ff.

(31) THOMASIUS, *aaO.*, p. 6.

(32) *Dreyfache Rettung des Rechts Evangelischer Fürsten in Kirchen-Sachen* (1699), hier nach d. Ausg., 1707, II, § 5 (S. 59).

(33) Dazu K. SCHLAICH, *Kollegialtheorie, Kirche, Staat und Recht in der Aufklärung*, 1969, S. 58 ff.

(34) Dazu eingehend SCHLAICH, *Kollegialtheorie* (Anm. 33), S. 118 ff.; DERS., *Rationaler Territorialismus* (Anm. 20); LINK (Anm. 1), S. 292 ff. - Die Sichtweisen von Schlaich und mir unterscheiden sich teilweise, vgl. meine Bespr. ZevKR 17 (1972), S. 436 ff.

(35) M. HECKEL, *Parität*, I, ZRG Kan. Abt. 49 (1963), S. 261 ff. (311); LINK (Anm. 1), S. 271 ff.; DERS., « *Jus divinum* » (Anm. 7), S. 392 ff.

pflichtet, auch « erdichtete Offenbarungen », wie Talmud oder Koran (36) könnten insoweit eine Quelle besonderer Rechte und herrscherlichen Pflichten werden. Wir dürfen das nicht nur mit reformatorischer Nostalgie bedauern. Der freiheitliche Impuls, der gerade in einem Verzicht auf staatliche Durchsetzung religiöser Wahrheit gegenüber Dissentierenden liegt, ist ein Erbe dieser Relativierung konfessioneller Absolutheitsansprüche.

b) Der Territorialismus hätte sich im protestantischen Raum nicht so stark durchgesetzt, wenn in ihm nicht zugleich auch ein eminent theologisches Anliegen begründet gewesen wäre. Es ist die mit großem Pathos vorgetragene Lehre von der gewaltfreien Struktur der Kirche (37). Christus und die Apostel haben keinen Staat gegründet, vielmehr eine Liebesgemeinschaft, in der sich das Evangelium ohne Zwang, allein durch die Predigt verwirklicht. Das reformatorische « sine vi humana, sed verbo » (38) wird in die Formel gebracht, die Kirche sei keine Gemeinschaft von Herrschenden und Beherrschten, sondern von Lehrern und Zuhörern. Da indes die Kirche ohne eine gewisse Ordnungsgewalt nicht auskomme, falle diese in den Kompetenzbereich der Staatsgewalt, die aber ihrerseits nur den äußeren Frieden zu wahren habe, die Voraussetzungen für sachgerechtes kirchliches Leben zu schaffen, für Gemeinwohlverträglichkeit zu sorgen habe, dies alles aber ohne Gewissensbeschwerung. Im Unterschied zum katholischen Verständnis wird also jede geistlich-theologisch begründete Kirchengewalt abgewiesen.

6. *Die Kontroversen zwischen Territorialisten und Kollegialisten.*

An diesem relativ einheitlichen Argumentationsmuster entzünden sich nun die großen staatskirchenrechtlichen Kontroversen

---

(36) *Neuer Versuch einer Juristischen Encyklopädie und Methodologie*, 1767, S. 11 f.

(37) THOMASIUS-BRENNEYSEN, *Recht ev. Fürsten* (Anm. 13), XIII. Satz, § 2 (S. 151 f.); weiter Nachw. bei LINK (Anm. 1), S. 312 f.; SCHLAICH, *Kollegialtheorie* (Anm. 33), S. 123 ff.

(38) *Confessio Augustana* (1530) Art. 28 (Bekenntnisschriften d. Evangelisch-Lutherischen Kirche, hg. v. Deutschen Ev. Kirchenausschuß, 4. Aufl., 1959, S. 124).

der Zeit. In der Tat lassen sich daraus zwei verschiedene Konsequenzen ziehen.

a) Sieht man die Kirche wegen ihrer herrschaftsfreien Natur als Gesellschaft an, « die sonst nichts zu gebieten hat » ([39]), dann kann sie nicht als eigenständige Korporation in Erscheinung treten ([40]). Bis zur unübersteigbaren Schranke des Gewissens strömt in das dadurch entstandene Vakuum vollständig die staatliche Ordnungsgewalt ein. Eigentümlicherweise ist es gerade der theologisch begründete Kirchenbegriff, der hier zur Grundlage des Staatskirchentums wird. Dabei könne es keine Unterscheidung zwischen Jura circa und in sacra geben. Beide beruhen ja auf dem gleichen Rechtstitel der äußeren Gemeinwohlverantwortung. Das ist die Position des Territorialsystems, wie es vor allem von THOMASIUS vertreten wird. Hier liegt aber zugleich die Inkonsequenz in einem rational-naturrechtlich konstruierten Staatsdenken, an der es letztlich scheitern mußte.

b) Dagegen machen die Kollegialisten Front ([41]). Es sei ein Denkfehler, so sagen sie, aus der richtigen Erkenntnis, daß die Kirche als Gemeinschaft von Lehrern und Zuhören bestehe, mithin aus dem Fehlen einer geistlich begründeten Herrschaftsstruktur den Schluß zu ziehen, daß die Kirche der Fähigkeit zur Selbstorganisation ermangele. In der Gesellschaft tritt sie als « Collegium », d.h. als Personenvereinigung in Erscheinung, mit dem Recht, ihre inneren Angelegenheiten selbständig zu regeln, wie andere Korporationen auch. Für den säkularen Staat erscheint das als bloße Korporationsautonomie, während die Kirche nach eigenem Verständnis durch schriftgemäße Organisation den Willen Christi vollzieht. Keine Rede davon, daß die Kirche theologisch als Verein konstruiert, auf einem religiösen Gesellschaftsvertrag gegründet wird. Dieses Mißverständnis übersieht die komplizierte Dialektik

---

([39]) THOMASIUS, *Dreyfache Rettung* (Anm. 32), I, § 23 (S. 21).

([40]) Dazu eingehend SCHLAICH, *Kollegialtheorie* (Anm. 33), S. 49 ff., 123 ff.; LINK (Anm. 1), S. 318 ff.

([41]) Zum folgenden SCHLAICH, *Kollegialtheorie* (Anm. 33), S. 133 ff.; DERS., *Kirchenrecht und Vernunftrecht, Kirche und Staat in der Sicht der Kollegialtheorie*, ZevKR 14 (1968-69), S. 1 ff.; LINK (Anm. 1), S. 322 ff., alle mit eing. Quellen- u. Lit.nachw.

in der Argumentation der großen Kollegialisten (PFAFF, MOSHEIM). Sie ist im Wesen des modernen Staates begründet. Ihm wird nicht zugemutet, theologische Vorfindlichkeiten seiner Rechtsordnung zugrundezulegen. Vielmehr wird ihm gegenüber rational-naturrechtlich argumentiert. Alle kirchlichen Ordnungsprinzipien werden daher in doppelter Weise entwickelt ([42]): Nach außen, d.h. in der Sicht des Staates, naturrechtlich und unter Anlehnung an die zeitgenössische Korporationslehre. Für ihn (den Staat) ist die Kirche ein Kollegium mit eigener Korporationsgewalt. Nach innen, d.h. aus der Sicht der Kirche, werden die Ergebnisse streng theologisch-biblisch begründet, ohne Anleihen beim rationalen Naturrecht.

Die staatliche Kompetenz ist aber nach beiden Sichtweisen auf die Aufsichtsfunktion beschränkt. Der Souverän hat darüber zu wachen, daß von der Autonomie nicht in sozialschädlicher Weise Gebrauch gemacht wird. Wo — wie in evangelischen Territorien — der Herrscher als Summus episcopus eine darüberhinausgehende Stellung in der Kirche hat, dort nicht kraft seiner staatlichen Souveränität, sondern kraft eines kirchlichen Mandats.

Mit seinem Eintreten für eine eigenständige kirchliche Ordnungskompetenz hat der Kollegialismus das theoretische Fundament für das moderne Staatskirchenrecht gelegt. Wir dürfen aber auch nicht übersehen, daß von ihm die Herauslösung der Kirche aus der Salus publica konsequenter vollzogen wird, als bei seinen territorialistischen Gegnern. Der Staat ist damit endgültig aus seiner Verantwortung für die Salus publica christiana entlassen. Auch das ist ein Erbe der Aufklärung, das der Liberalismus vom Kollegialismus übernommen hat. Es ist zugleich die Grundlage unserer heutigen staatskirchenrechtlichen Verfassungsordnung.

([42]) Nachw. bei LINK (Anm. 1), S. 326 ff.

MARTIN HECKEL
Università di Tübingen

DAS SÄKULARISIERUNGSPROBLEM IN DER ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN STAATSKIRCHENRECHTS

I. « Säkularisierung » (*) hat sich als *staatskirchenrechtlicher* Terminus verbreitet, seit dieser Anfang Mai 1646 durch den französischen Gesandten auf dem Westfälischen Friedenskongreß, den Herzog von Longueville, benützt worden war, um die Einziehung des Kirchenguts durch die weltlichen Obrigkeiten der Protestanten zu bezeichnen (1). Aus dieser speziellen juristischen Bedeutung aber hat sich seit dem Ende des 19. Jahrhunderts « Säkularisierung » fast uferlos erweitert zu einem allgemeinen *geisteswissenschaftlichen* Zentralbegriff, der die Entwicklung der Neuzeit insgesamt charakterisieren soll (2).

(*) Die Linien dieser Skizze sind weiter ausgearbeitet und fortgeführt in einer umfangreichen Abhandlung, welche unter dem Titel *Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie* in der *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 97. Bd., Kanonistische Abteilung 66, 1980, S. 1-163 erscheint; sie soll durch den hiesigen Beitrag — vor allem in den Partien zur Reformation — zugleich eine gewisse historische Ergänzung und Abrundung erhalten. Auf sie wird auch hinsichtlich der wissenschaftlichen Belege und der näheren Begründung der Thesen verwiesen.

(1) Johann Gottfried VON MEIERN, *Acta Pacis Westphalicae*, 2. Teil, Hannover 1734, S. 637. Nach Auskunft von Herrn Kollegen Hans-Wolfgang STRÄTZ, Konstanz, soll der Begriff vereinzelt schon vor dieser bekannten Äußerung nachweisbar sein.

(2) Vgl. etwa Hermann LÜBBE, *Säkularisierung*, 2. A., Freiburg-München 1975; Hans BLUMENBERG, *Säkularisierung und Selbstbehauptung*, 2. A., Frankfurt 1979. Ferner Friedrich GOGARTEN, *Verhängnis und Hoffnung der Neuzeit. Die Säkularisierung als theologisches Problem*, Stuttgart 1953; Friedrich DELEKAT, *Über den Begriff der Säkularisation*, Heidelberg 1958; Wilhelm HAHN, *Säkulari-*

Vielfältig schillernd pflegt damit umrissen zu werden, daß sich einerseits Religiöses in weltlichen Erscheinungsformen darbietet und verändert, auswirkt und auch verliert, und daß sich andererseits Weltliches aus Bindungen der Religion und Kirche löst. Schlechthin entscheidend ist dabei stets die *Definitionsfrage*: Was ist jeweils im besonderen Sachzusammenhang unter « Religion » und « Welt » zu verstehen? Und wie ist die spezifische Beziehung zwischen ihnen zu bestimmen, um die es bei den mannigfachen und so überaus verschiedenen Säkularisierungsphänomenen jeweils geht?

« Säkularisierung » ist eine Globalbezeichnung, die das Problem weniger löst als weiterreicht. Sieht man näher zu, so zerfällt sie in eine Fülle divergenter Säkularisierungsbegriffe: Je nach der geistigen Tradition und Sinnrichtung wird sie verwendet als Kampfbegriff in bewußter Einseitigkeit oder als Friedensformel in Distanz und Neutralität. Sie erscheint hier als ideologische Parole der Kulturpolitik, und dort als wissenschaftlicher Terminus von dezidierter (bzw. prätendierter) Objektivität. Sie verbindet sich einerseits mit emanzipatorischem Fortschrittsglauben und andererseits mit geschichtsphilosophischen Verfallstheorien und mit prinzipieller Kultur- bzw. Zivilisationskritik. Sie dient einmal der wertneutralen Analyse, ein andermal der betonten — positiven oder auch negativen — Bewertung und der mit diesen Wertungen begründeten Aktion. Als wissenschaftlicher Begriff bedeutet sie in den Fachwissenschaften — von der Theologie bis zur Historie, Soziologie und Philosophie — sehr Verschiedenes je nach dem Stand ihrer spezifischen Problemstellung und Methodendiskussion; und sie ist doch wiederum eine typische Kategorie der interdisziplinären Kooperation und der fächerübergreifenden Gemeinsamkeit, die freilich auch die Verführungskraft und (Selbst-)

---

sierung und Religionsverfall, Kerygma und Dogma, 5. Jg., 1959, S. 83 ff.; Martin STALLMANN, *Was ist Säkularisierung?*, Tübingen 1960; Wilhelm DANTINE, *Säkularisierung, Wort und Wahrheit*, 22, Wien 1967; Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, 2. A., Stuttgart 1966; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Säkularisation und Utopie*, E. Forsthoff z. 65. Geburtstag, Stuttgart 1967; Hermann ZABEL, *Verweltlichung, Säkularisierung, Phil. Diss.*, Münster 1968.

Täuschungen der wissenschaftlichen Begegnung über die Grenzen hinweg offenbart. So kann es nicht verwundern, daß in der erstaunlich breiten und umfassenden Säkularisierungs-Diskussion eine verwirrende, manchmal chaotische Vielfalt der Stimmen zu vernehmen ist, die einander nur teilweise erreichen und weiterführen.

Nüchterner Analyse, wie sie zu Lust und Last insonderheit dem Juristen aufgegeben ist, wird es vor allem um die Differenzierung und Präzisierung der vielfältig vorgebrachten Thesen und Argumente gehen. Der Rechtswissenschaft ist es insbesondere um die spezielle Frage zu tun, was aus ihnen für die spezifisch juristische Definition und Funktion des Säkularisierungsbegriffs zu lernen und eventuell auch zu übernehmen ist? Dabei erscheint in methodischer Hinsicht besondere Distanz und Vorsicht angebracht. Das kritische Verstehen muß die allgemeinen (und auch die persönlich motivierten) Verwerfungen oder Bestärkungen der religiösen oder ideologischen Positionen zu überwinden suchen; sie haben bei der juristischen Arbeit im konfessionell und weltanschaulich neutralen Rechtssystem zurückzutreten, so berechtigt auch z.B. im Nachbarfeld der besonderen theologischen Säkularisierungsdiskussion die maßgebliche Einbringung der theologischen Positionen ist.

Die Rechtswissenschaft ist eben durch das Säkularisierungsproblem vor besondere Aufgaben gestellt, die die spezifische Antwort der Rechtsordnung auf die einschlägigen Herausforderungen betrifft, und sie benötigt dafür einen besonderen Säkularisierungsbegriff. Dieser juristische Säkularisierungsbegriff ist zwar einerseits nur im Zusammenhang mit dem allgemeinen und umfassenden Prozeß der Säkularisierung der Neuzeit zu verstehen, welcher sich gerade auch in den Normen des Rechts äußert und objektiviert. Andererseits aber hat der juristische Prozeß und Begriff der Säkularisierung seine besonderen historischen und normativen Konturen, Funktionen und Zusammenhänge, wie die Geschichte des Staatskirchenrechts seit der Glaubensspaltung lehrt. So ist mit Nachdruck hervorzuheben: Der allgemeine geisteswissenschaftliche und der besondere juristische Säkularisierungsbegriff sind keineswegs identisch; sie sind deshalb weder beliebig austauschbar noch in pauschaler, undefinierter Verweisung zu verwenden, wie dies weithin üblich geworden ist.

II. Deshalb muß nachdrücklich gewarnt werden vor der *unkritischen Anlehnung* des allgemeinen geisteswissenschaftlichen Säkularisierungsbegriffs an den Säkularisierungsvorgang der Rechtsordnung — zumal wenn dabei willkürlich und zufällig eine einzelne Rechtsfigur minderen Ranges aus dem breiten Spektrum des juristischen Säkularisierungs-Instrumentariums herausgegriffen wird und sinn- und funktionswidrig zum allgemeinen Leitbild der Säkularisierung verabsolutiert werden soll. Erstaunlicherweise wird in der geistesgeschichtlichen und kulturphilosphischen Diskussion der Gegenwart eben dieser — methodisch wie sachlich gleichermaßen irreführende — Fehlgriff als das Heilmittel propagiert, das ein Auswabern und Zerfließen der allgemeinen Säkularisierungsdebatte verhindern soll: Es ist dort zur communis opinio geworden, daß sich die allgemeine Säkularisierung der Neuzeit überhaupt mit Hilfe des juristischen Begriffs speziell der *Kirchengutssäkularisierung* aufschlüsseln lassen soll! (3). Die Begriffsmerkmale der Kirchengutssäkularisierung sollen also (in Analogie bzw. Verallgemeinerung bzw. « Hintergrundmetaphorik ») auch die innere Struktur des allgemeinen geisteswissenschaftlichen Säkularisierungsbegriffes bestimmen (4). In (quasi-)juristischer Präzisierung und Konzentration soll so das hermeneutische Korsett für den « sozusagen verluderten philosophischen Wortgebrauch » (5) gewonnen werden können. Die rechtshistorische und rechtsdogmatische Betrachtung wird sich freilich solcher Umarmung lieber in skeptischer Distanzierung entziehen, auch wenn sie sich durchaus zum ansonsten üblichen, freundlich - nüchternen Gespräch zwischen den Fakultäten in Bereitschaft hält.

Die Ausrichtung auf die Kirchengutssäkularisationen hat den geisteswissenschaftlichen Säkularisierungsbegriff der neueren Untersuchungen in einseitiger und folgenschwerer Weise verbogen und verengt. Säkularisierung wurde zum Gegensatz-, ja Kampf-

---

(3) STALLMANN (Anm. 2) S. 5 ff., 12 ff.; LÜBBE (Anm. 2) S. 23 ff., 34 ff., auch ausdrücklich bestätigt im Vorwort der 2. Aufl., 1975, S. 8; BLUMENBERG (Anm. 2) S. 27 ff., auch S. 17 ff.; DANTINE (Anm. 2) S. 658 ff. - a.A. nur die materialreiche Diss. von ZABEL (Anm. 2) S. 11 ff., 23 ff., 264.

(4) BLUMENBERG (Anm. 2) S. 31 f.

(5) LÜBBE (Anm. 2) S. 14.

begriff (6), mit dem sich Phänomene der bruchlosen Wandlung und Sinnverschiebung sowie des Kompromisses und Ausgleichs nicht mehr erfassen ließen. Das Moment der Konkordanz und der Konkordate, das im Staatskirchenrecht zwischen so verschiedenen, religiösen und säkularen Kräften von unverzichtbarer Bedeutung ist, wurde aus dem Säkularisierungsbegriff ausgeschieden. Und wenn Säkularisierung des Näheren als Kampf des Staates gegen die Kirche begriffen wurde, ließen sich innerreligiöse und innerkirchliche Prozesse damit nicht mehr umschreiben. Auch wurde die Kategorie in unangemessener Weise materialisiert und auf das modische Syndrom der Herrschaftsfrage reduziert, wenn Säkularisierung als Entzug von Sachen bzw. von Herrschaft über Sachen galt (7), wie man an den Kirchengutssäkularisationen abzulesen meinte. Der Gegensatz von Herrschaft (der Kirche) und Freiheit (der Welt), Gebundenheit (durch Religion) und Emanzipation (durch Säkularisierung) schien dann im sinnfälligen Gegenüber von Kirche und Welt, Religion und Säkularisierung einzuleuchten und « kritischer Hinterfragung » nicht weiter zu bedürfen. Überdies wurde die Säkularisierungs-Kategorie weiter verengt und vereinseitigt durch die Verknüpfung mit dem Kriterium des Rechtsbruchs (8), das die staatlichen Kirchengutssäkularisationen mit sich brachten. Das Charakteristikum der gewaltsamen Beseitigung bisher geltender kirchlicher (und z.T. auch staatlicher) Rechtsnormen und Rechtsverhältnisse ließ Säkularisierung als Instrument der « illegitimen Liquidation geistlicher Herrschaft » bzw. der « Liquidation illegitimer geistlicher Herrschaft » erscheinen (8); damit büßte die Kategorie ihre Tauglichkeit zur juristischen Durchführung und Erklärung friedlicher und gerechter rechtlicher Veränderungen im übergreifenden Konsens aller Beteiligten ein. — Aber mit dem Modell der Kirchengutssäkularisierung läßt sich weder der allgemeine Säkularisierungsprozeß der Geistes- und Sozialgeschichte zutreffend charakterisieren, noch auch die überaus komplexe Säkularisierung des modernen Rechts auf dem Gesamtgebiet der staatlichen Verfassung,

(6) LÜBBE (Anm. 2) S. 40 f.; BLUMENBERG (Anm. 2) *passim*.
(7) LÜBBE (Anm. 2) S. 23 ff., 40; BLUMENBERG (Anm. 2) S. 32.
(8) LÜBBE (Anm. 2) S. 29, 40 ff.; BLUMENBERG (Anm. 2) S. 27, 32.

Verwaltung und Ordnung der Gesellschaft hinreichend definieren, wie aus der Geschichte und Systematik unserer Rechtsordnung auf Schritt und Tritt erkennbar ist.

III. Schließlich ist einleitend noch auf die leidige und verwirrende Diskrepanz zwischen der *Begriffsgeschichte* und der « *Sachgeschichte* » hinzuweisen, die — wenn wir es recht sehen — gerade die Lösung des Säkularisierungsproblems belastet und vielleicht auch in die Irre geführt hat: Die Begriffsgeschichte der Säkularisierung setzt erst sehr spät ein, viel später als der Vorgang der Säkularisierung selbst, der schon Jahrhunderte zuvor beginnt — erst in der Dämmerung macht sich die Eule der Athene auf den Flug. Und dann ist die begriffsgeschichtliche Diskussion der « Säkularisierung » nach ihrem eigenen Rhythmus verlaufen, der sich mit der realen Entwicklung der Säkularisierung auf den verschiedensten Lebensbereichen nur teilweise und sporadisch deckt, wie insbesondere am Beispiel der Rechtsentwicklung deutlich wird. Der — vorher nur gelegentlich gebrauchte — Begriff der Säkularisierung kam erst gegen Ende der Zwanziger Jahre des Zwanzigsten Jahrhunderts so recht in Mode und wurde damals rasch zum Schlagwort hitziger kirchen- und kulturpolitischer Diskussionen (9). Seit dieser Zeit wurde der Begriff « Säkularisierung » auf die Übersetzung des englischen « secularism », der Selbstbezeichnung einer englischen Freidenkerbewegung seit etwa 1850, zurückgeführt und mit der Vorstellung der « Ent-

(9) Vgl. den Aufsatz von Pfarrer Lic. Wilhelm SCHOLZ, *Säkularisation, Säkularismus, Entchristlichung, Zeitschr. f. Theologie und Kirche*, N.F. 11, 1930, S. 290 ff., 294, mit dem Bericht über die Weltmissionskonferenz von 1928 in Jerusalem. Diese Weltmissionskonferenz brachte für die begriffsgeschichtlichen Untersuchungen zur Säkularisierung eine ganz erstaunliche, doppelte Weichenstellung: Seit dem Referat von Rufus M. JONES 1928 auf dem Ölberg über « Säkularismus » wurde offenbar erstmals der *Säkularisierungsbegriff von dem kulturpolitischen Programm des « secularism »* der von George HOLYOAKE 1846 gegründeten Londoner Secular society abgeleitet. Und seit etwa 1930 wurde sodann dieser antireligiöse, kulturpolitische Säkularisierungsbegriff als kulturpolitische Generalisierung bzw. Analogie des juristischen Säkularisierungsbegriffs verstanden. Z.B. SCHOLZ, *a.a.O.*, S. 294, vgl. ZABEL (Anm. 2) S. 14 ff., 264, 391 Anm. 38; LÜBBE (Anm. 2) S. 49 ff., 89 ff., 100.

christlichung » bzw. Entkirchlichung verbunden: Sei es, daß man Säkularisierung im Sinne des kulturpolitischen Agnostizismus bzw. Atheismus als Emanzipation verstand und vorantrieb, oder sei es, daß man damit den großen Abfall und den Weg ins Verderben brandmarkte und bekämpfte. So enthüllt die jüngere geisteswissenschaftliche Begriffsgeschichte eine auffallende Aufspaltung der Säkularisierungsdiskussion, die in der Sache schon im 19. Jahrhundert anzutreffen ist: Sie teilt sich einerseits in einen kirchlich-theologischen (kulturpessimistischen) Zweig der Säkularisierungskritik und andererseits in einen solchen der kulturpolitischen Säkularisierungstendenzen. Die Begriffsgeschichte der Säkularisierung erscheint deshalb wesentlich bestimmt durch das Moment der Konfrontation. Aber es ist die Frage, ob auch die Sachgeschichte der Säkularisierung insgesamt auf allen Lebensgebieten im gleichen Maße vom Gegensatz und Kampf geprägt ist, wie es die jüngere geisteswissenschaftliche Begriffsgeschichte mit ihrer Ableitung des Säkularisierungsbegriffs aus jener antikirchlichen Freidenkerbewegung suggeriert, die sich durch die (gleichzeitige) Orientierung an den Kirchenguts-Säkularisationen noch verstärkte.

Diese Diskrepanz der Begriffsgeschichte und des tatsächlichen Entwicklungsgangs der Säkularisierung selbst ist freilich schon ein älteres Problem. In der deutschen Fassung « Verweltlichung » begegnet der Begriff der Säkularisierung schon seit Hegel und den Hegelianern (vorab der linken Provenienz) in zentraler Stellung und Wirkung auf die Philosophie- und Ideengeschichte und mit weitreichenden kultur- und kirchenpolitischen Postulaten (10). Aber der Versuch der rechtlichen Realisierung und Konkretisierung ihrer hochfliegenden Ideale der Verweltlichung ist im Rahmen der Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts eklatant gescheitert, wie sich aus den Debatten der Paulskirche paradigmatisch ergibt (10). So hat sich — speziell im Felde des Rechts — eine tiefe Kluft aufgetan zwischen dem philosophie- und geisteswissenschaftlichen Säkularisierungsbegriff (von Hegel bis Nietzsche) und der Entwicklung der Säkularisierung selbst: Das deutsche Staats-

(10) S. unten S. 905 ff.

kirchenrecht hat sich zwar seit Jahrhunderten in fortschreitendem Maße säkularisiert. Aber seine Entwicklung ist aus anderen Ursprüngen, in anderen Phasen und nach anderen Prinzipien verlaufen, als sie die allgemeinphilosophische und geistesgeschichtliche Begriffsentwicklung bestimmt haben. Die begriffsgeschichtlichen Untersuchungen zur Säkularisierung spiegeln den Entwicklungsgang der Säkularisierung des Rechts nur in vermittelter und gebrochener Weise wider; die Begriffsgeschichte darf deshalb — wie auch sonst — nicht isoliert und nicht überinterpretiert werden. Sie bedarf der Kontrolle und der Korrektur aus der Forschung am Phänomen der Säkularisierung selbst, und sie bedarf der Differenzierung nach den Maßstäben der besonderen Wissenschaften, die nicht durch eine generalisierende Bezugnahme auf philosophische oder kulturpolitische Definitionen ausgeschaltet oder verfremdet werden dürfen.

IV. Den Ursprung der Säkularisierung im Bereich des Staates und des weltlichen Rechts haben namhafte Stimmen der historischen und — ihr folgend — der juristischen Wissenschaft im *Investiturstreit* gefunden ([11]). Die Trennung von « geistlich » und « weltlich » habe die geistliche Hauptwaffe der theologischen Wissenschaft und Kirche gebildet. Sie habe den Kaiser und das Herrscheramt überhaupt « aus der neuen ecclesia hinausgewiesen » und « in die Weltlichkeit entlassen ». So habe sie « das reichskirchliche Weltganze » von innen her aufgelöst, die politische Ordnung als solche aus der sakralen und sakramentalen Sphäre verstoßen und also « entsakralisiert und säkularisiert ». Als « Entwertung » geplant, sei dies in der Dialektik historischen Geschehens zur « Emanzipation » geworden.

Jedoch: Schon diese Ursprungsfrage macht die Vielseitigkeit und Vieldeutigkeit der Aspekte der Säkularisierung deutlich, die jene Datierungsprobleme zur Definitionsfrage werden lassen: Die

---

([11]) Z. B. BÖCKENFÖRDE (Anm. 2) S. 77 ff., 79: Der Investiturstreit habe die Politik « als eigenen, in sich stehenden Bereich » konstituiert, der nun nicht mehr einer geistlichen, sondern einer weltlichen, naturrechtlichen Begründung « fähig und bedürftig » geworden sei, auch wenn die religiöse Fundierung christlicher Herrschaft noch nicht schlechthin beseitigt wurde.

Cluniazenser Kirchenreform hat in ihrem Kampf gegen das ottonisch-salische Königskirchentum und gegen die Laienherrschaft den Versuch gemacht, die weltlichen Herrschaftsrechte über die Kirche abzuschütteln und die weltliche Überfremdung der Kirchenverfassung zu beseitigen. Insoweit hat sie freilich die « Säkularisierung » der Kirche entschlossen bekämpft und zurückgedrängt, wie es ihrer theologischen Definition und Abgrenzung von « Geistlich » und « Weltlich » entsprach: Sie wollte die illegitime Verweltlichung gerade auch in der Form der weltlich usurpierten Sakralisierung weltlicher Gegebenheiten und Rechte bekämpfen! Darum ist sie deren Kompetenzerstreckung in den geistlich-kirchlichen Bereich entgegengetreten. Aber indem sie das Königskirchentum angriff und die weltliche Herrschaft der sakralen Weihe entkleidete, hat sie doch — in gewissem Sinn — eine « Säkularisierung » der Welt beabsichtigt und bewirkt. So läßt es sich jedenfalls dann formulieren, wenn man den Terminus « Säkularisierung » am Anspruch und am Maßstab der überkommenen Sakralbedeutung des Herrscheramtes ausrichtet ([12]). Das deutsche Königtum und Kaisertum hat sich von jener « Säkularisierung », die ihm die Kirche von außen aufzwang, nicht mehr erholt. So ist es kraft dieser « Säkularisierung » unterlegen im Kampf gegen die « säkulare » Weltherrschaft des Papstes. Aber auch diese letztere ist unter das Verdikt der « Säkularisierung » der Kirche geraten, wenn man « Säkularisierung » wiederum nach anderen Kriterien der modernen theologischen, historischen, philosophischen Richtungen bestimmt. In welchem Sinn hat also der Investiturstreit « die » Säkularisierung hervorgebracht? In der Welt und bzw. oder in der Kirche? Gegensätzliche theologische Konzeptionen von Welt und Kirche, Sakralität und Prophanität, Verweltlichung und Verchristlichung stoßen hier beziehungsreich und ambivalent aufeinander.

Aber von « Säkularisierung » im modernen Sinne kann eigentlich doch nicht die Rede sein: Die Idee einer grundsätzlichen

---

([12]) Und wenn man also damit die völlig anderen Kriterien und Definitionen des « Säkularisierungs » -Begriffs sowohl aus der mittelalterlichen wie aus der modernen Theologie und Geistesgeschichte, die die Weltlichkeit und Verweltlichung des Herrscheramtes ganz anders bestimmen, beiseite schiebt.

Scheidung, Entleerung und Neutralisierung des weltlichen Rechts von den religiösen Grundlagen und Bindungen liegt jedenfalls der weltlichen Seite damals noch unvorstellbar fern. Und ebenso hat das kirchliche Weltherrschaftsprogramm der Cluniazenser Reformpartei, wie es sich im dictatus Papae Gregors VII. ([13]) programmatisch enthüllt, nicht daran gedacht, die Welt aus der Herrschaft der Kirche und aus der geistigen Bestimmung der Theologie zu entlassen und so die geistlich-weltliche Einheitskultur des Mittelalters aufzuspalten und aufzugeben, wie dies durch die Säkularisierung der Neuzeit geschah. Die Weltlichkeit, auf die die weltliche Gewalt zurückgedrängt und beschränkt werden sollte, stellte eben eine theologisch definierte und reduzierte Form der Weltlichkeit dar, die die Kirche der Welt zumaß, um als bracchium saeculare ecclesiae eine ganz begrenzte, kirchlich diktierte und instrumentalisierte Form von Weltlichkeit im Dienste der theokratischen Weltsicht zur Geltung zu bringen. Von der theologisch entbundenen, emanzipierten und säkularisierten Weltlichkeit der Moderne war sie weltenweit geschieden.

Diese Vollendung der Theokratie läßt sich deshalb kaum mit dem Begriff der Säkularisierung charakterisieren, der heute diametral entgegengesetzte Assoziationen weckt. Und auch die faktische Verwilderung und Verweltlichung, die die Erschütterungen des Papst-Kaiser-Konflikts mit sich brachten, ist nur sehr mangelhaft mit diesem Begriff zu bezeichnen, mit dem überwiegend ein prinzipieller ideenpolitischer Gehalt verbunden zu werden pflegt.

V. Die *Reformation* als den Ursprung der modernen Säkularisierung anzusehen, führt zu ähnlich prekären Fragen des Aspekts und der Definition. In der Tat hat die Reformation Luthers eine neue *Wertschätzung und Eigenständigkeit des « Weltlichen »* proklamiert und diese politisch wie kirchenpolitisch verfochten. Unter dem Sichwort « Entklerikalisierung » ([14]) ist dies oftmals um-

---

([13]) *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, 6. A., hrsg. v. Carl MIRBT und Kurt ALAND, Tübingen 1967, S. 282.

([14]) Statt anderer: SCHOLZ (Anm. 9) S. 298; Ernst WOLF, *Verantwortung in der Freiheit*, in *Peregrinatio*, II, München 1965, S. 253.

schrieben worden, nicht erst seit der kirchenpolitischen Säkularisierungsdebatte der Zwanziger Jahre, sondern schon in der Aufklärung und in der liberalen Kirchengeschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts: Die Welt wurde aus der Bevormundung der Kirche, und d.h. der hierarchischen Kirchengewalt, gelöst.

So wurde das Eigenrecht der *weltlichen Obrigkeit* und Ordnung gegenüber der kirchlichen Gewalt betont, die Selbständigkeit ihrer rechtlichen Begründung als Gottes Einsetzung und Amt hervorgehoben, die Eigenverantwortung ihrer Amtsausübung vor Gott eingeschärft und gesichert ([15]). Der Kreis der weltlichen Aufgaben der Obrigkeit wurde entscheidend erweitert; ihre Kompetenzen wurden auf weite Bereiche erstreckt, die bisher von der Kirchengewalt beansprucht waren. So hat die Reformation die Weltherrschaft des Papstes und der Hierarchie bestritten und insbesondere die Überordnung der kirchlichen Jurisdiktion über die weltliche Obrigkeit verneint. Ja sie hat die kirchlichen Gewalten in den weltlichen Dingen der Straf- und Ordnungsgewalt der weltlichen Obrigkeit unterworfen, das privilegium fori et immunitatis beseitigt und die Ausübung der kurialen Finanzgewalt als Raub und Übergriff in den Bereich des weltlichen Obrigkeitsamtes unterbunden. Der Bereich und die Rechtsstellung des « Weltlichen » wurden umstürzend anders definiert und normiert.

([15]) Grundlegend in der Schrift Martin LUTHERS, *Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei, 1523, Luthers Werke,* Weimarer Ausgabe (i.f. WA) Bd. 11, S. 245 ff. - Aus der umfangreichen Literatur vgl. Karl MÜLLER, *Kirche, Gemeinde und Obrigkeit nach Luther,* Tübingen 1910, S. 12 ff., 49 ff.; Karl HOLL, *Luther und das Landesherrliche Kirchenregiment, Gesammelte Aufsätze zur Kirchengeschichte,* Bd. 1, Tübingen 1927, S. 326 ff.; DERS., *Der Neubau der Sittlichkeit, a.a.O.,* S. 251 ff.; DERS., *Die Kulturbedeutung der Reformation, a.a.O.,* S. 479 ff.; Gustav TÖRNVALL, *Geistliches und weltliches Regiment bei Luther,* München 1947, S. 9 ff., 69 ff., 117 ff., 185 ff.; Franz LAU, *« Äußerliche Ordnung » und « Weltlich Ding » in Luthers Theologie,* Göttingen 1933, S. 12ff., 23 ff., 84, 94; DERS., *Luthers Lehre von den beiden Reichen,* Berlin 1952, S. 33 ff., 53 ff.; Johannes HECKEL, *Lex Charitatis. Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luthers,* 2. A., Köln-Wien 1973, S. 35 ff., 55 ff., 160 ff., 255 ff.; DERS., *Im Irrgarten der Zwei-Reiche-Lehre Luthers, Lex Charitatis,* Anhang S. 317 ff., 322 ff.; Ulrich DUCHROW, *Christenheit und Weltverantwortung,* Stuttgart 1970, S. 495 ff.; ferner den Sammelband *Luther und die Obrigkeit,* hrsg. v. Gunther WOLF, Darmstadt 1972.

Neben dieser Verselbständigung und Aufwertung der weltlichen Gewalt hat die « Entklerikalisierung » — die weithin als Form der Säkularisierung gilt — zu tiefen Einbrüchen in die *Kirchenverfassung* geführt. Die Zahl der kanonischen Sakramente wurde drastisch beschnitten ([16]). Der sakramentale Charakter des Priesterstandes und damit die sakramentale Grundlage der kirchlichen Jurisdiktion wurde beseitigt, die fundamentale Scheidung von Klerus und Laien aufgehoben, das allgemeine Priestertum proklamiert, das kanonische Ehesakrament bestritten, die Ehe als « weltlich Ding » der weltlichen Obrigkeit überliefert. Auch das Kirchenrecht selbst wurde in weiten Teilen als « weltliches Recht » verstanden und seine Setzung und Anwendung als Aufgabe der weltlichen Vernunft betrachtet ([17]). So wurde der sakrale Charakter des kirchlichen Rechts in Abrede gestellt, die gleichsam dingliche, habituelle Heiligkeit der kirchlichen Normen ebenso bestritten wie die Heiligkeit der heiligen Sachen, Stätten und verdienstlichen Werke; als heilig sollte nur der Mensch anzusehen sein, und nur solange er glaubt. Entsprechend wurde der Bereich des göttlichen Rechts, welches der menschlichen Ordnung unumstößlich und verpflichtend vorgegeben ist, eng restringiert auf die Einsetzung des ministerium verbi divini und der Taufe wie des Abendmahls; die äußere Kirchenorganisation und Kirchengewalt fiel damit aus dem ius divinum heraus. Der Anspruch und die Anerkennung der Amtsgewalt des Papstes und der Bischöfe waren für die Evangelischen zu Fragen des menschlichen, « weltlichen » Kirchenrechts geworden, die dem brüderlichen Konsens

---

([16]) Johannes HECKEL, *Initia iuris ecclesiastici Protestantium*, Sitzungsberichte d. Bayer. Akademie der Wissenschaften, Jg. 1949, München 1950, S. 22 ff., 34 ff., 47 ff., 52, 59, 82, auch in: Johannes HECKEL, *Das blinde, undeutliche Wort « Kirche », Ges. Aufsätze*, Köln-Graz 1964, S. 132 ff.; DERS., *Kirche und Kirchenrecht nach der Zwei-Reiche-Lehre, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (i.f.ZRG), Bd. 79, Kanonistische Abteilung 48, Weimar 1962, S. 222ff., 239 ff., 260 ff., 271 ff., auch in: *Lex Charitatis*, Anhang S. 354 ff.; Hans v. CAMPENHAUSEN, Heinrich BORNKAMM, *Bindung und Freiheit in der Ordnung der Kirche*, Tübingen 1959, S. 5 ff., 26 ff.

([17]) Martin LUTHER, *Von den Konziliis und Kirchen 1539*, WA Bd. 50, S. 559, Z. 31; S. 579, Z. 28; Johannes HECKEL, *Kirche und Kirchenrecht*, ZRG Bd. 79, Kan. Abt. 48, S. 267.

in der Gemeinde und dem zeitbedingten menschlichen Ermessen zugewiesen wurden (18). Wo die Bischöfe versagten, habe die Gemeinde das Recht der Reform. Im Notfall habe der Träger des obrigkeitlichen Amtes (aber nicht als weltlicher Herrscher kraft weltlich-staatlichen Herrscherrechts, sondern als Bruder und vornehmstes Glied der Gemeinde, als membrum praecipuum ecclesiae) ein notbischöfliches Hilfs- und Dienstamt zur Vermittlung von Lehrstreitigkeiten, zur Veranstaltung von Visitationen, zur Berufung, Unterhaltung und Beschützung der Prediger des wahren Evangeliums wahrzunehmen (19).

Das neue Verständnis der Welt und Weltlichkeit und die neue Grenzziehung zwischen temporalia und spiritualia äußerte sich auch an zahlreichen anderen Fragen: Der reformatorische Neuansatz des *Kirchenguts* unterschied die « Säkularisation » des kirchlichen Guts von seiner « Possession », « Reformation » und « Innovation »: « Säkularisationen » (20) konnte man geschehen lassen, ja sogar christlich gutheißen, soweit das reiche (« weltliche »!) Kirchenvermögen für die (vorrangig zu berücksichtigenden) Gottesdienst-, Seelsorge- und anderen kirchlichen Bedürfnisse entbehrlich war; sie durften jedoch nicht zur privaten Bereicherung, sondern nur zum gemeinen Nutzen erfolgen, mochten dann etwa zur steuerlichen Entlastung des geschundenen gemeinen Volkes, zur Versorgung des verarmten Adels, zum Ausbau des Verkehrs- und Verteidigungswesens im Lande verwendet werden. Auch und gerade in Blick auf das weltliche Vermögen mußte die übermäßige, theologisch ungerechtfertigte Erstreckung der kirchlichen Gewalt in den Bereich des Weltlichen selbst als Verweltlichung der Kirche erscheinen, die von der weltlichen Herrschaft zu korrigieren war. So hat dieser Vorwurf der Verweltlichung der Kirche weit-

---

(18) Johannes HECKEL, *Initia* (Anm. 15) S. 48 ff.; DERS., *Kirche und Kirchenrecht* (Anm. 16) S. 249 ff.

(19) Karl HOLL, *Luther und das landesherrliche Kirchenregiment* (Anm. 14) S. 349 ff.; Johannes HECKEL, *Lex Charitatis* (Anm. 14) S. 307 ff.; DERS., *Kirche und Kirchenrecht* (Anm. 16) S. 248, 250-253.

(20) Hans LEHNERT, *Kirchengut und Reformation*, Erlangen 1935, S. 20 ff., 126 ff., 135; dazu die Bespr. von Joh. HECKEL, ZRG Bd. 56, Kan. Abt. 25, 1936, S. 570 ff.

hin zur Verweltlichung des Kirchenguts durch die weltliche Gewalt geführt. Und diese weltliche Gewalt hat in der Praxis auch eine Entscheidungsrolle bei den anderen Formen des Kirchenguts ausgeübt: Sie entschied über die « Possession » (21), wenn die Evangelischen für ihr Kirchenwesen ein vermögensrechtliches Institut der Papstkirche ohne Änderung seiner kirchlichen Zweckbestimmung und seiner überkommenen Rechtsform weiter in Anspruch nahmen, wie es beim ortskirchlichen Kirchenfabrik- und Pfründegut, bei den Hospitälern, Schulen, Universitäten, z.T. auch bei den Dom- und Kollegiatstiftern, ja selbst bei manchen Klöstern geschah. Ebenso stand es bei der « Reformation » (22), durch die zwar die Rechtsform des alten kirchenrechtlichen Instituts erhalten blieb, aber einer veränderten kirchlichen Zweckbestimmung gewidmet wurde, was bei der Unwandlung mancher Klöster in Klosterschulen, mancher Stifter in Konsistorien der Fall war. Erst recht spielte die weltliche Gewalt die entscheidende Rolle bei den « Innovationen », bei denen das alte kirchliche Rechtsinstitut aufgehoben und das erledigte Kirchenvermögen umgewidmet wurde für andere, aber gleichfalls kirchliche Zwecke (im Unterschied zur Säkularisation!), wobei es in besonderen geistlichen Stiftungen, Fonds oder Anstalten zum Dienst an Schulen, Hospitälern, Armenhäusern Verwendung fand, während bei der « Kumulation » die Zentralisierung und Fusionierung des Kirchenvermögens in neuerrichtete Spezial- oder Generalfonds, einen « Gemeinen Kasten » oder einen Klosterfond erfolgte (23).

An diesen rechtlichen Formen der weltlichen Obrigkeit, der Kirchenverfassung und des Kirchenguts zeigt sich eben jene neue Wertschätzung des Weltlichen, die auch die *Stellung des Christen in der Welt* bestimmt: Der Eigenwert der weltlichen Ordnung äußert sich vor allem in dem reformatorischen *Berufsgedanken* (24). Die weltlichen Berufe und Ämter, die Ehe und die

---

(21) LEHNERT, *a.a.O.*, S. 59 ff.

(22) LEHNERT, *a.a.O.*, S. 91 ff.

(23) LEHNERT, *a.a.O.*, S. 99 ff., 114 ff.

(24) Karl HOLL, *Neubau der Sittlichkeit* (Anm. 14) S. 239 ff., 259 ff.; DERS., *Kulturbedeutung* (Anm. 14) S. 471 ff.; Gustav WINGREN, *Luthers Lehre vom Beruf*,

Familie werden als Formen weltlicher Bewährung des christlichen Glaubens und Ethos gepriesen. Christliche Weltgestaltung und Weltverantwortung haben so die christliche Weltflucht und Weltentsagung verdrängt. Sie haben die Ideale des Mönchtums und die Rechtsformen des Ordenswesens zerstört. Das Ethos der geistlichen Kontemplation und Mildtätigkeit wurde durch das der weltlichen Pflichterfüllung im weltlichen Beruf ersetzt. Der Vorrang und die Weihe des geistlichen Standes vor dem weltlichen Beruf und Amt war ja zerbrochen, da jedes Gemeindeglied das allgemeine Priestertum besaß. Der geistlich-kirchliche Bereich reduzierte sich mit der Reduktion der katholischen Kultformen auf den evangelischen Wort- und Sakramentsgottesdienst der Gemeinde, der die riesige Masse der Seelenmeßpfründen ebenso funktionslos werden ließ wie das Klostergut.

VI. Hier wie an vielen andern Fragen enthüllt sich das gleiche Bild: Der Bereich der Welt wurde einerseits aus der Gebundenheit und Leitung durch die kirchliche Gewalt und die kirchliche Rechtsordnung gelöst und mithin « verweltlicht », andererseits aber in verstärktem Maße *religiös durchwaltet* und *in Pflicht genommen* ([25]). Das weltliche Amt und der weltliche Beruf erscheint — im Angesichte Gottes geführt — selbst als ein Gottes-

---

München 1952, S. 15 ff., 52 ff.; Ernst WOLF, *Reformatorische Religiosität und neue Weltlichkeit*, in *Peregrinatio*, II (Anm. 14) S. 306 ff.; auch Ernst TROELTSCH, *Protestantisches Christentum und Kirche in der Neuzeit*, in *Kultur der Gegenwart*, hrsg. v. P. HINNEBERG, 2. A., Teil I, IV I, S. 465 ff.

([25]) Mit der — früher vielberufenen — « Eigengesetzlichkeit » oder « Autonomie » der weltlichen Ordnungen und Lebensbereiche (etwa des Staates, der Kultur, der Wirtschaft, des Krieges etc., vgl. etwa Karl HOLL, *Kulturbedeutung* (Anm. 15) S. 468 ff.; dagegen Ernst WOLF, *Menschwerdung des Menschen?*, in *Peregrinatio*, II (Anm. 14) S. 128) läßt sich die neue Sicht der Weltlichkeit nur sehr mißverständlich und beschränkt beschreiben, insofern eben ihr Eigenwert als Gottes Schöpfung und Erhaltungsordnung und die Eigenständigkeit und Eigenverantwortung des Christen in der Welt gegenüber einer (ihrerseits verweltlichten) klerikalen Herrschaft zum Ausdruck kommt. Die religiöse Unbedingtheit und Ausschließlichkeit der Bindung wie der Freiheit des Christen aus dem Gesetz und Evangelium Gottes aber ist dadurch nicht aufgegeben und gelockert, sondern strenger noch gefaßt. Vgl. Ernst WOLF, *a.a.O.*, S. 137 und DERS., *Toleranz nach evangelischem Verständnis*, in *Peregrinatio*, II, S. 287, 292.

dienst. So ist es eine Spiritualisierung und geistliche Verinnerlichung nicht nur der Kirche und des Glaubenslebens, sondern insbesondere auch der Welt gewesen, die durch die Reformation verkündet und zum Teil verwirklicht worden ist. Sie hat die alten Abgrenzungen der scholastischen Theologie und des kanonischen Rechts zwischen Kirche und Welt, geistlicher und weltlicher Gewalt, geistlicher und weltlicher Rechtsordnung äußerlich zerstört, vor allem aber innerlich überspielt und in einer neuen Unterscheidung und Zuordnung der geistlichen und weltlichen Momente abgelöst und eingeschmolzen. Auch die alten Institute des Kirchenrechts wurden zumeist nicht einfach beseitigt, sondern im Sinne der reformatorischen Theologie neu interpretiert und spiritualisiert (Priestertum, Bischofsamt, Kirchengewalt, Kirchenbann, Konzil usw.); ebenso sind die weltlichen Sozialgebilde und Rechtsformen (Obrigkeit, Ehe, Berufsordnung) tiefgreifend theologisch neubestimmt worden, so daß sie zugleich verweltlicht (entklerikalisiert) und vergeistlicht erscheinen. Die Welt ist Gottes Schöpfung und Ordnung, steht unter Gottes Gesetz und wartet auf Gottes Gericht. Das Ziel aller weltlichen Ordnung ist die Erhaltung der gefallenen Welt im Dienste der Erlösung und des Heils. Aber in ihrer Weltlichkeit kann die Welt das Heil nicht selbst durch « weltliche » Werke und Gewalt erringen, sondern sie ist angewiesen auf die Verkündigung des Evangeliums durch die geistliche Gewalt, d.h. auf die durch sie bewirkte Gnade Gottes, die im Glauben als Geschenk zuteil wird. Diesem Erlösungswerke Gottes in Jesus Christus ist auch die Welt in ihrer Weltlichkeit zum Dienst bestimmt ([25]).

Kann dies mit « Säkularisierung » bezeichnet werden? Wenn überhaupt, dann ist dies nur mit Vorbehalten und mit einer Sinnbestimmung statthaft, die den weltweiten Abstand zum geläufigen, ganz andersartigen Sinngehalt des Begriffs in der Moderne deutlich macht: Die « *Weltlichkeit* » der Welt in der reformatorischen Theologie ist ein strikt *theologisch definierter* Begriff. Er ist begründet und begrenzt durch die zentralen theologischen Lehren der Reformation über Gott den Vater, den Sohn und den Heiligen Geist, Schöpfung, Fall und Erlösung der Welt, Gesetz und Evangelium, die Rechtfertigung des Sünders allein aus Gnade im Glauben, das Reich Gottes und das Reich der Welt, den Be-

griff der Kirche und der Kirchengewalt, die weltliche Obrigkeit, die Unterscheidung und Zuordnung der beiden Reiche und der beiden Gewalten in der lutherischen Zwei-Reiche-Lehre bzw. in den reformierten Positionen.

Diese neue « Weltlichkeit » der Welt meint keineswegs die Lösung von Gottes Willen und Gottes Wort, auch nicht die Lösung von der Kirche und die Distanzierung von ihrer (reformatorisch verstandenen) geistlichen Gewalt. Sie umschließt im Gegenteil eine außerordentlich verschärfte und vertiefte geistliche Bestimmtheit der Kirche wie auch der Welt, die in der Bindung und Befreiung des Glaubenden zum Glauben an Gottes Evangelium und zum freien Dienste gerade an der Welt wirksam wird. In dieser Unbedingtheit des Anspruchs und Zuspruchs ihrer Botschaft hat ja die Reformation der katholischen Kirche vorgeworfen, das Evangelium und die Kirche ihrerseits verweltlicht zu haben: Sie versuche der Bergpredigt ihre Verpflichtungskraft für die Christen insgemein zu nehmen und sie zur mönchischen Vollkommenheitsregel zu relativieren ([26]); sie predige weltliche Werkgerechtigkeit als falsches geistliches Mittel der Heiligung und Erlösung; sie übernehme im hierarchischen Verfassungsaufbau der Kirche weltliche Herrschaftsformen ([27]) und benutze sie zur klerikalen Weltbemächtigung. Auch der Verweltlichung des Naturrechts in der scholastischen Tradition hat die Theologie der Reformation scharf widersprochen; sie hat versucht, das göttliche Naturgesetz und das weltliche Naturrecht in theologisch vertiefter Neubesinnung zu erfassen ([28]). Das Kirchenrecht insonderheit sollte sich nach Luthers Lehre freihalten von weltlicher Herrschaftsordnung und Zwangsgewalt, die für das Reich der Welt, nicht für das Reich Gottes und die wahre Kirche Christi Geltung habe. Evangelische Kirchenordnung sollte sich lege cha-

---

([26]) LUTHER, *Von weltlicher Obrigkeit* (Anm. 15) S. 249, Z. 9.

([27]) LUTHER, *Von weltlicher Obrgikeit* (Anm. 15) S. 252, Z. 12, 34; S. 254, Z. 12, 31; S. 258, Z. 12, 25; DERS., *Von den Schlüsseln*, WA 30, 2, S. 465, Z. 23; DERS., *Briefe*, WA Br. 5, S. 492, Z. 12, 27; WA Br. 3, S. 152, Z. 82; Johannes HECKEL, *Initia* (Anm. 16) S. 50 ff.; DERS. *Kirche und Kirchenrecht* (Anm. 16) S. 246 ff., 253.

([28]) Ausführlich: Johannes HECKEL, *Lex Charitatis* (Anm. 15) S. 59 ff., 68 ff., 98 ff., 175 ff.

ritatis auf den freien Konsens der Gemeinde gründen und deshalb auch inhaltlich an der christlichen Freiheit, Gleichheit und Bruderliebe der Gläubigen ausgerichtet sein (27). So hat die reformatorische Theologie, wie es ihrer Ekklesiologie und ihrer Zwei-Reiche-Lehre entsprach, nicht der Verweltlichung oder gar der Verstaatlichung der Kirche und des Kirchenrechts das Wort geredet, sondern diese seine Verweltlichung schärfer als je zuvor theologisch kritisiert (29).

Das ist an allen Einzelfragen zu erkennen: Die freie evangelische Bibellektüre (30) und Schriftauslegung sollte dem Gläubigen das Tor zur Wahrheit des Heiligen Geistes öffnen und ihn befreien von geistlicher Knechtung und Gesetzlichkeit; sie sollte nicht Gottes Offenbarung im Evangelium dem menschlichen Geist und seiner subjektiven Willkür überantworten. Die *Freiheit* des Christen in der Sicht reformatorischer Theologie ist Freiheit aus der Bindung an Christus allein, Freiheit aus dem Glauben, die aus Gnaden geschenkt wird in der Rechtfertigung des Sünders, und die ihn frei macht von der Knechtschaft der Sünde, ja auch befreit von der zermalmenden Macht des göttlichen Gesetzes (31).

---

(29) Nicht aus dem Streben nach moderner Säkularisierung hat die Reformation den weiten Umfang des ius divinum nach der katholischen Auffassung zurückgeschnitten und die Auswahl und Ausgestaltung der (synodalen oder bischöflichen) Kirchenverfassungsprinzipien der menschlichen Freiheit der Gemeinde vindiziert; sie war dabei bestimmt von ihren Theologumena über Kirche, Welt und die beiden Reiche und Gewalten, welche es zuließen, bewährte Rechtsformen des außerkirchlichen, weltlichen Bereiches zu benützen und zu übernehmen, soweit sie dem Wesen der wahren Kirche und ihrer brüderlichen Kirchenordnung nicht widersprachen. - Ein weltliches Staatskirchentum und staatliches Kirchenregiment ist der reformatorischen Theologie fremd. Vgl. Anm. 19.

(30) Statt anderer: HOLL, *Kulturbedeutung* (Anm. 15) S. 518 ff.; Ernst WOLF, *Gewissen zwischen Gesetz und Evangelium*, in *Peregrinatio*, II (Anm. 14) S. 106 ff.

(31) LUTHER, *Von der Freiheit eines Christenmenschen*, WA 7, S. 3 f. - Vgl. dazu Wilhelm MAURER, *Von der Freiheit eines Christenmenschen*, Göttingen 1949, S. 11 ff., 24 ff., 48 ff.; Heinrich BORNKAMM, *Bindung und Freiheit* (Anm. 16) S. 41, 45; DERS., *Das Problem der Toleranz im 16. Jahrhundert*, in *Das Jahrhundert der Reformation*, Göttingen 1961, S. 262 ff., 268 ff., 288 ff.; Edmund SCHLINK, *Theologie der lutherischen Bekenntnisschriften*, 3. A., München 1948, S. 112, 149 ff., 340, 359 ff.; Ernst WOLF, *Verantwortung in der Freiheit* (Anm. 14) S. 242 ff., 249 f., 252; DERS., *Gewissen* (Anm. 30) S. 108 f.; DERS., *Toleranz* (Anm. 25) S. 286 ff., 292; Wilfried JOEST, *Gesetz und Freiheit. Das Problem des tertius usus legis bei Luther*,

Sie umfaßt nicht die Freiheit der modernen Emanzipation, nicht die Wahlfreiheit des Menschen zwischen Wahrheit und Irrtum, Gehorsam gegen Gottes Gebot und Abfall. Die Reformation verlangte Freiheit und Anerkennung für sich als für das Zeugnis der Wahrheit, nicht auch für die Häresien der römischen und schwärmerischen Gegner. Wo sie es vermochte, hat sie ein evangelisches Kirchenwesen und eine obrigkeitliche cura religionis nur in ihrem Sinne eingerichtet. Nur wo dies nicht durchzusetzen war, hat sie Gleichberechtigung bzw. wenigstens Duldung verlangt und verteidigt ([32]). *Gleichheit* des Christen bedeutet für sie die Gleichheit vor Gott und in der Kirche, ohne die Scheidung geistlicher Stände und ohne geistliche Privilegierung der Hierarchie; das heißt Gleichheit auf dem Grund der Wahrheit ([33]), nicht aber Gleichheit von Wahrheit, Irrtum, Lästerung und Abfall im Sinne der neuzeitlichen Säkularisierung und Relativierung des religiösen und weltanschaulichen Empfindens. Die theologische *Wahrheitsbindung* ergriff eben alle Institutionen der Kirche wie der Obrigkeit, die deshalb nicht « säkularisiert » verstanden werden dürfen: Das Kirchengut war geistlich und rechtlich auf die eine, wahre Kirche Jesu Christi gewidmet und mußte deshalb ihrer wahren evangelischen Zweckbestimmung zugeführt werden, soweit es dafür benötigt war. Die geistlichen Gefälle waren entsprechend zu verwenden und der römischen Kirche nicht zu überlassen. Das geistliche Amt war — aus theologischen wie recht-

---

4. A., Göttingen 1968, S. 10 ff., 14, 23, 109 ff. - Dieser Freiheitsbegriff ist streng durch den Offenbarungsglauben bestimmt, er unterscheidet sich zutiefst von der Freiheitstradition der religiösen Toleranz, die aus ganz anderen Wurzeln, aus der Säkularisierung des Spiritualismus (der « Schwärmer »), aus den politischen Ideen der Staatsraison, aus der natürlichen Religion der Aufklärung erwuchs und dann aus der sittlichen Autonomie im Sinne des deutschen Idealismus, aus Liberalismus und Historismus des 19. Jahrhunderts zur vollen säkularen Religionsfreiheit aufblühte.

([32]) Vgl. Karl HOLL, *Luther und das landesherrliche Kirchenregiment* (Anm. 15) S. 367 A. 1; Johannes HECKEL, *Lex Charitatis* (Anm. 15) S. 309 A. 1504; Ernst WOLF, *Toleranz* (Anm. 25) S. 286 ff., 292; Martin HECKEL, *Zum Sinn und Wandel der Freiheitsidee im Kirchenrecht der Neuzeit*, ZRG Bd. 86, Kan. Abt. 55, 1969, S. 397 ff., 403, 408 ff.; DERS., *Itio in partes*, ZRG Bd. 95, Kan. Abt. 64, 1978, S. 200 Anm. 39, S. 204 Anm. 46.

([33]) Johannes HECKEL, *Lex Charitatis* (Anm. 15) S. 48, 209, 303.

lichen Gründen — mit Predigern des wahren evangelischen Glaubens zu besetzen und von der Verweltlichung der Amtsfunktionen zu befreien.

Ingesamt: Die reformatorische Theologie hat « Verweltlichung » — i.S. der modernen Lösung von den religiösen Ursprüngen, Bindungen und Bedingtheiten — weder für die Kirche noch für die Welt erstrebt und geschaffen. Sie hat im Gegenteil die Vergeistlichung der Kirche und ihre Reinigung von der Verweltlichung gefordert. Und sie hat auch die « Weltlichkeit » der Welt gerade in ihrer göttlichen Geschöpflichkeit, Bestimmung und Verantwortung betont ([34]), wenn sie die Welt von der Be-

---

([34]) Nur aus dem Zusammenhang der theologischen Lehren wird der differenzierte Gebrauch des Wortes « Weltlich » in der lutherischen Theologie verständlich. Als « Komplementärbegriff » zu dem religiösen Begriff « Geistlich » wird « Weltlich » in verschiedener Bedeutung verwendet. Vgl. Johannes HECKEL, *Initia* (Anm. 16) S. 81 A. 347. Danach ist zu unterscheiden:

1. Weltlich bedeutet « Leiblich » im Unterschied zu « Geistlich », umfaßt die « äußerlich weltlichen Ding » des irdischen Lebens, darunter auch den zeitlichen Frieden, die äußere Erhaltungsordnung des Staates einschließlich seiner Kulturaufgaben. Vgl. die Äußerungen Luthers WA 30, 3, S. 205, Z. 12, 24; WA 12, S. 675, Z. 13; WA 18, S. 277, Z. 13; WA 19, S. 648, Z. 13; WA 49, S. 143, Z. 14; WA 51, S. 69, Z. 29, 34. Dazu Franz LAU, *« Äußerliche Ordnung » und « Weltlich Ding »* (Anm. 15) S. 26.

2. « Weltlich » meint auch in Luthers Sprachgebrauch « Von der menschlichen ratio geschaffen »; Franz LAU, *a.a.O.*, S. 45 mit Nachweisen. In diesem Sinne kann auch das menschliche Kirchenrecht einer evangelischen Partikularkirche als « weltliches » Recht bezeichnet werden, insofern es von der menschlichen Vernunft geschaffene, zeitgemäß bewährte Rechtseinrichtungen besitzt, denen — polemisch gegen das kanonische Recht — in ihrem rechtlichen Charakter eine geistliche Heilsbedeutung und Gewissensverstrickung abgesprochen wird. Z.B. LUTHER, *Von den Konziliis* (Anm. 17) S. 559, Z. 34; Johannes HECKEL, *Kirche und Kirchenrecht* (Anm. 16) S. 267. Und in diesem Sinne wird auch vom « weltlichen Naturrecht » gesprochen, das im Dekalog vorbildlich formuliert als äußere, vernünftige Erhaltungsordnung für die Welt in Geltung steht. Johannes HECKEL, *Lex Charitatis* (Anm. 15) S. 98 ff., 106 ff.

3. « Weltlich » heißt ferner « Um der Sünde willen gegeben ». Der Weltbegriff erstreckt sich in diesem Zusammenhang speziell auf die gefallene Welt. Er bezieht sich dabei auf das Gesetz als Mittel der äußeren Bändigung und Ordnung der sündig-zerstörerischen Welt (usus politicus legis) und auf das Gesetz als Mittel zur Erkenntnis der Sündhaftigkeit und Verlorenheit der Welt (usus theologicus le-

vormundung durch die geistliche Gewalt zu befreien suchte und die Heilsbedeutung der weltlichen Werke (und aller Einrichtungen der « Erhaltungsordnung ») für die Erlösung bestritt.

VII. Indessen: Die Schwierigkieten und Mißverständnisse der Reformation hinsichtlich der « Verweltlichung » sind nicht erst neueren Datums. Sie sind schon in der Reformationsepoche quälend aufgetreten: Die reformatorische Theologie hat sich *nur sehr gebrochen und bruchstückweise durchgesetzt.* Der Widerstand der katholischen Kirche und Mächte, die schwärmerischen und sozialrevolutionären Kräfte, die politischen und verfassungsrechtlichen Konstellationen, die geistige und gesellschaftliche Unruhe und Bewegung hat alsbald zu neuen Erscheinungen der Verweltlichung geführt, die im Gegensatz zur reformatorischen Theologie standen, auch soweit sie von dieser unbeabsichtigt ausgelöst und befördert worden sind.

So kam es im evangelischen Kirchenwesen rasch zur Ausbildung des Staatskirchentums und fürstlichen Summepiskopats, im evangelischen Territorium aber zum weltlichen Bekenntnisbann, d.h. zu einem Zwangsreformationsrecht nach dem Belieben des Herrschers, was der Verweltlichung der Kirchen-

---

gis). - LUTHER, WA 11, S. 251, Z. 17; Franz LAU, *a.a.O.*, S. 84; Johannes HECKEL, *Lex Charitatis*, S. 128 fl., 131.

4. « Weltlich » umschreibt deshalb die Kompetenz und den Wirkungsbereich der weltlichen Obrigkeit in ihrer äußeren, weltlichen Gewalt.

Je nach dem Zusammenhang und dem Gegensatz, in dem von « Welt » und » Weltlichkeit » die Rede ist, werden einzelne Momente dieses komplexen theologischen Begriffs im Rahmen der Lehre von der Schöpfung, der Ekklesiologie und der Soteriologie, sowie im Rahmen der Zwei-Reiche-Lehre und Zwei-Gewalten-Lehre herausgehoben. Ihr Sinnzusammenhang und auch ihre besondere Bedeutung aber ergibt sich erst aus dem Ganzen der reformatorirhen Theologie, in der sich die Teilmomente zur inneren Einheit und stimmigen Geschlossenheit der theologischen Grundgedanken zusammenfügen. Ihre systematische Entfaltung widerlegt den Anschein der Zufälligkeit und Situationsbedingtheit, den man vielfach in den Äußerungen Luthers zu den Dingen der Welt, des Rechtes und des Staates hat finden wollen, wenn einzelne Zitate aus ihrem theologischen Mutterboden gerissen und im Kontext einer fremden Terminologie anderer Disziplinen und Epochen verwendet wurden.

verfassung vor der Reformation zumindest nicht nachstand ([35]). Der Gedanke der christlichen Obrigkeit als Gottes Amtmann säkularisierte sich zur modernen weltlichen Staatsidee des fürstlichen Territorialstaates; dieser Prozeß hat schon im 16. Jahrhundert erstaunlich weitgehend eingesetzt und sich dann im 17. und 18. Jahrhundert in der Breite entfaltet. Aus den Anfängen der christlichen Volksbildung zur frommen Bibellektüre des allgemeinen Priestertums ist die weltliche Geisteskultur erwachsen ([36]). Aus dem christlichen Berufsgedanken der innerweltlichen Askese und Bewährung des Christen (neben anderen Ursachen) hat sich das moderne Wirtschaftsleben mit seiner säkularen Dynamik von Gewinn, Erfolg und Konkurrenz entwickelt ([37]). Gerade am Problem der Säkularisierung bestätigt sich der allgemeinere Befund, daß das Bekenntnis und die Bekenntnisverwirklichung in der Reformation und im konfessionellen Zeitalter bei beiden großen Konfessionen beträchtlich auseinanderklaffen ([38]), stärker als es die übermäßige Betonung der Dogmengeschichte in der Kirchengeschichtsschreibung gemeinhin deutlich werden läßt.

Aber bedeutsamer als jene allgemeinen religiösen und politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Tendenzen in Kirche und Territorialstaat sind für die Säkularisierung des Rechts die Fragen der Verfassung *im Reich* gewesen. Sie haben längst vor der Aufklärung aus der Not der Glaubensspaltung zu einer folgenschweren Lösung des Reichsrechts von der äußeren Bestimmung durch die kirchliche Gewalt und zugleich von der inneren

---

([35]) Martin HECKEL, *Freiheitsidee* (Anm. 32) S. 413; Ernst TROELTSCH, *Protestantisches Christentum* (Anm. 24) S. 531 ff., 624 ff.

([36]) Karl HOLL, *Kulturbedeutung* (Anm. 15) S. 479 ff., 518 ff.; Ernst TROELTSCH, *a.a.O.*, S. 436 ff., 471 ff., 600 ff.; DERS., *Das Verhältnis des Protestantismus zur Kultur*, in *Gesammelte Schriften*, 4. Bd., Tübingen 1925, S. 191 ff.; DERS., *Das Wesen des modernen Geistes*, ebenda S. 297 ff.

([37]) Karl HOLL, *a.a.O.*, S. 499 ff.; Max WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, 1. Bd., Tübingen 1920, S. 63 ff., 84 ff.

([38]) Martin HECKEL, *Die reichsrechtliche Bedeutung des Bekenntnisses*, in *Bekenntnis und Einheit der Kirche*, Studien zum Konkordienbuch, hrsg. v. Martin BRECHT und Reinhard SCHWARZ, Stuttgart 1980, S. 57.

Bindung an den geistlichen Anspruch dieser wie jener Konfession geführt.

VIII. Die Koexistenz der beiden großen Konfessionen im Reiche ist nur durch eine breite und tiefgreifende *Säkularisierung des Reichsrechts* geschaffen und erhalten worden (39). Sie hat es ermöglicht, daß der Glaubensstreit, der weder theologisch beigelegt noch politisch-militärisch entschieden werden konnte, doch mit Hilfe des Rechts im Reich neutralisiert und äußerlich befriedet worden ist, während der geistliche, theologische Kampf weiter loderte. Diese Säkularisierung der Reichsverfassung vollzog sich in der Epoche der schärfsten konfessionellen Auseinandersetzungen; ihr gelang dennoch eine unkonfessionelle bzw. *überkonfessionnelle Koexistenzordnung* zwischen den beiden großen Konfessionsblöcken (40): Obwohl sich diese gegenseitig gemäß dem Absolutheitsanspruch ihrer Lehre und ihres Rechts im Grunde die geistliche Existenz streitig machten und sich dabei in der gefährlichen geistlich-weltlichen Konfrontation zweier konfessioneller Bündnissysteme gegenüberstanden, und obwohl beide Konfessionen in ihrem eigenen (säkular abgegrenzten und geschützten) katholischen bzw. evangelischen Machtbereich kompromißlos die Konfessionalisierung des Rechts und des Kulturlebens betrieben. Des näheren:

1. Die *Einheit* des Reiches war nur durch die Säkularisierung seiner Einheitsidee zu retten. Da sich die Glaubenseinheit in Kirche und Reich nach der Glaubensspaltung nicht wiederher-

(39) Zum folgenden Abschnitt mit ausführlichem Nachweis der Quellen und Literatur Martin HECKEL, *Autonomia und Pacis Compositio. Der Augsburger Religionsfriede in der Deutung der Gegenreformation, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 76, 1959, Kan. Abt. 45, S. 141 ff.; DERS., *Parität, a.a.O.*, Bd. 80, 1963, Kan. Abt. 49, S. 261 ff.; DERS., *Itio in partes, a.a.O.*, Bd. 95, 1978, Kan. Abt. 64, S. 180 ff.; DERS., *Zur Historiographie des Westfälischen Friedens*, ZRG 88, 1971, Kan. Abt. 57, S. 322 ff.

(40) Im Augsburger Religionsfrieden vom 25.9.1555, Karl ZEUMER, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung*, 2.A., Tübingen 1913, S. 341 ff., und im *Instrumentum Pacis Osnabrugense vom14.-24.10.1648*, *a.a.O.*, S. 395 ff.

stellen ließ und alle diesbezüglichen Bemühungen (durch Religionsgespräche, diplomatische Reichshandlungen, militärische Exekution und Konzilsforderungen) fehlgeschlagen waren, mußte das Reich auch als politische Einheit auseinanderbrechen, wenn es nicht die überkommene institutionelle Verbundenheit zwischen Reich und Kirche teilweise löste. Hat man die geistig-geistlichen Grundlagen des mittelalterlichen Reiches vor Augen, so war es ohnehin erstaunlich, daß das Reich als Einheit erhalten werden konnte. Zur Erhaltung seiner politischen Einheit aber mußte seine religiöse Einheit geopfert werden. So hat die Säkularisierung der Reichsidee das mittelalterliche Einheitsdenken von Kirche, Reich und Recht zerrissen. Diese neue, politisch-säkulare Einheit des Reiches über den entzweiten Konfessionen blieb noch lange Zeit in einer dauernden existenziellen Gefährdung, weil sie in der Zerreißprobe durch die gegensätzlichen theologischen Einheitsideen beider Konfessionen stand: Beide Konfessionen machten ja ihren religiösen Absolutheitsanspruch und ihre Identitätsbehauptung mit der einen, wahren Kirche Jesu Christi weiter geltend; sie interpretierten so den wahren Sinn des Reiches jeweils in ihrem theologischen Verständnis. Beide Seiten suchten deshalb auch die Reichsgewalten (etwa die Kirchenadvokatie des Kaisers, die Judikatur der Reichsgerichte, die Gesetzgebungskompetenz des Reichstags) in ihrem konfessionellen Sinn zu bestimmen und zu begrenzen. Sie drohten dies auch durch eine entsprechende Reichsexekution bzw. Handhabung des Widerstandsrechts durchzusetzen, wenn sich die politische Gelegenheit dazu bot. So war die Einheit des Reiches stets überaus gefährdet und nur notgedrungen — mit Hilfe von Notrechts-Konstruktionen — zu erhalten und zu legitimieren, weil es nach dem Satz vom geringeren Übel den allgemeinen Untergang auszuschließen gelte. Die Reichseinheit wurde in dieser Weise zwar äußerlich, politisch-weltlich erhalten. Aber ihre innere Gespaltenheit wurde rechtlich nicht überwunden: Die Reichseinheit blieb weiterhin in ihrem inneren Sinnverstand durch den Gegensatz der beiden konfessionellen Reichs- und Rechtsvorstellungen nicht nur erschüttert, sondern auch (teilweise) gespalten, weil die politische Einheit verschieden interpretiert wurde und man sich nur zu mühsamen politischen Kompromissen zusammenfand. Des-

halb konnte die äußere säkulare Einheit des Reiches nur durch besondere institutionelle Vorkehrungen (die itio in partes) erhalten werden, die jene Gegensätze auszugleichen bzw. «aufzuheben» versuchten.

2. Die *Gleichheit* beider Konfessionen ließ sich nur durch die Säkularisierung des Reichsrechts erreichen: Die Parität der beiden großen Religionsparteien war das Zentralproblem der Verfassungsordnung der konfessionellen Koexistenz im Reich geworden. Es wurde gelöst durch ein sehr detailliertes und auch sehr kompliziertes System von Paritätsregelungen: Mannigfache materiellrechtliche Normen brachten eingehende Schutz-, Entfaltungs-, Freiheits- und Verteilungsregelungen hinsichtlich der geistlichen und weltlichen Institutionen, Herrschaftsrechte und Güter beider Konfessionen. Organisatorische Normen führten zur paritätischen Umgestaltung der Reichsinstitutionen, vor allem im Konfessionsproporz der Reichsämter. Und paritätische Verfahrensnormen überlagerten und ergänzten die herkömmliche Verfahrensweise im Reichstag und den Reichsgerichten, die aus der Reichsreform Maximilian I. stammte. Durch das Institut der itio in partes und der amicabilis compositio wurde nun die konfessionelle Majorisierung abgeschafft und ein paritätisch-gleichgewichtiges Verfahren für die Auslegung, Ergänzung, Änderung und Anwendung der paritätischen Religionsfriedensbestimmungen durch den Reichstag, die Reichsdeputationen, Reichskreise und Reichsgerichte eingeführt. Im Westfälischen Frieden ist 1648 diese Entwicklung des Reichsrechts nach den Vorarbeiten der Reichspublizistik bestätigt und abgeschlossen worden.

3. Der *Friede* im Reich ließ sich nur als äußerer, politisch-säkularer Friede wahren, wenn die Reichseinheit nicht auseinanderbrechen und die Gleichheit beider Konfessionen rechtlich garantiert sein sollte. So hat sich die pax christiana im Reiche zum «modernen» weltlichen Frieden säkularisiert. In ihn wurden die wegen Häresie Exkommunizierten mit eingeschlossen, das Ketzerrecht und die bischöfliche Jurisdiktion gegen sie außer Kraft gesetzt, die Lehre, Religionsausübung, Kirchenverfassung beider Teile in ihrer friedlichen Entfaltung (unbeschadet der gegensei-

tigen theologischen Verurteilungen) garantiert, die Herrschaftsrechte und das Kirchengut gesichert und den Untertanen mit dem Emigrationsrecht eine frühe, begrenzte Form der säkularen Glaubensfreiheit zugestanden. An der Säkularisierung des Friedensbegriffs hing die Säkularisierung der anderen reichsrechtlichen Institutionen, die sich auf den Frieden bezogen: Des Eides etwa, mit dem man den Frieden beschwor, des Kaiseramtes, das ihn vollzog, der Kirchenvogtei, die ihn schützte, des Reichstages und der Reichsgerichte, deren Kompetenzen und Verfahrensweise sich danach bestimmten. — Durch die Säkularisierung des Friedensbegriffs hat sich das weltliche Recht im Reiche von dem theologisch-kirchlichen Absolutheitsanspruch beider Seiten gelöst, auch wenn das Kirchliche Wesen im Territorium noch eng mit der Landesobrigkeit verbunden blieb. Diese Doppelbödigkeit und Gegenläufigkeit der Rechtsstruktur im konfessionell-neutralisierten, « säkularisierten » Reichsrecht einerseits und im konfessionellgeschlossenen Territorialstaatsrecht andererseits ist ein merkwürdiger Befund. Und er ist umso eigenartiger, als die beiden gegensätzlichen Strukturen sich gegenseitig abstützten und aufeinander angewiesen waren: Die säkulare, paritätisch-neutralisierte Religionsfriedensordnung des Reiches schützte die konfessionelle Geschlossenheit der Territorien vor der fremd-konfessionellen Vergewaltigung. Und die Ordnung des Reiches selbst war in ihrer säkularen paritätischen Existenz und Funktion nur zu erhalten, solange beide Konfessionen als mächtige, konfessionell geschlossene Parteien einander im paritätischen Gleichgewicht gegenüberstanden und in die Schranken wiesen. Nur dies hat den Zugriff eines der Teile auf das Ganze in der Reformation wie in der Gegenreformation verhindert.

4. Die *Freiheit des Religiösen* wurde — paradox, doch konsequent — durch die Säkularisierung des Rechts gesichert. Sie bot den besten Schutz vor dem fremdkonfessionellen Übergriff. Denn nur die Säkularisierung der gemeinsamen äußeren Friedens-, Gleichheits- und Einheitsordnung schloß es aus, daß der konfessionelle Gegner durch das parteiische theologische Interpretieren und Subtilisieren, Mitbestimmen und Überstimmen die kirchlichen Belange der Gegenseite zur eigenen theologischen Entschei-

dung an sich riß. Äußerlich-weltliche, ganz untheologische Schutz- und Verteilungsnormen (wie etwa die Normaljahresbestimmung bei der Kirchengutsverteilung) vermittelten eine bessere Sicherung der theologischen Belange beider Teile, als es theologisch qualifizierte Begriffe und Normen vermochten, die von beiden Seiten im Sinne ihrer theologischen Absolutheitsforderung interpretiert und durchgesetzt zu werden drohten. Die giftigen Interpretationskämpfe im wechselseitigen (krypto-)theologischen Übergriff der einen Konfession in den kirchlichen Rechtsbereich der anderen haben das ganze Konfessionelle Zeitalter in Atem gehalten; die katholische Uminterpretation der evangelischen Bekenntnisschriften, die katholische Bestimmung des Kreises der evangelischen Bekenntnisanhänger, die katholische Definition der evangelischen Religionssachen ließ dies deutlich werden. Das hat die Säkularisierung des Reichskirchenrechts gerade aus religiösen Gründen vorangetrieben, wie die Entwicklung zwischen 1555 und 1648 und der Vergleich der beiden Friedensinstrumente lehrt (41). Der Westfälische Friede hat deshalb auch die itio in partes bewußt als ein rein säkulares Verfahrensinstitut ausgestaltet und von allen theologischen Voraussetzungen (etwa der Beschränkung auf Religionssachen, der Notwendigkeit einer iusta causa oder eines casus necessitatis im theologischen Sinne) gelöst. Nur dies gewährleistete die theologische Freiheit und Unabhängigkeit beider Teile vom Diktat der Gegenseite.

5. Die *Relativierung des theologischen Gehaltes* ist an allen Zentralbegriffen und -normen des Reichskirchenrechtes im Zuge seiner fortschreitenden Säkularisierung zu bemerken. Wo das Reich Regelungen über die religiösen Belange und Institutionen der beiden gegensätzlichen Konfessionen treffen mußte, mußten sich die Normen und Begriffe des Reichsrechts jeweils sowohl auf die katholische als auch auf die evangelische Hälfte des Reiches beziehen lassen. Die konfessionell eindeutigen Begriffe und Normen wurden somit relativiert zum doppelkonfessionellen Sinn-

(41) Martin HECKEL, *Zur Historiographie des Westfälischen Friedens*, ZRG Bd. 88, 1971, Kan. Abt. 57, S. 322 ff., 326 ff.

gehalt: Wenn von Pfarramt und Kirchengut, von Bischof und Kapitel, Stiftern und Klöstern, Konzil und christlicher Vergleichung, Reformation und Advokatie und von den geistlichen Rechten der Obrigkeit die Rede war, dann war damit ein relativierter, allgemeiner Sinn dieser Institute gemeint, der sich sowohl im spezifisch evangelischen als auch im spezifisch katholischen Sinnverständnis deuten lassen konnte. Das weltliche Recht des Reiches mußte sich weltlicher Rahmennormen bedienen, wenn es mit den spezifisch theologischen und kirchenrechtlichen Gegebenheiten der beiden Konfessionen zu tun hatte. Daran ist zu erkennen, wie sehr sich schon im Konfessionellen Zeitalter durch eine frühe Säkularisierung des Reichsrechts die drei Rechtskreise des katholischen Kirchenrechts, des evangelischen Kirchenrechts und des relativiert-säkularen Reichsrechtes voneinander schieden. Nur durch diese Säkularisierung seiner Zentralbegriffe konnte das Reichsrecht seine Aufgabe erfüllen, zwischen bzw. über den beiden widerstreitenden konfessionellen Rechtsordnungen eine politische Ordnung des Friedens und Ausgleichs aufzurichten. Die weltlichen Normen der Religionsfriedensordnung des Reiches hatten bereits den typischen Bezugnahme- und Verweisungscharakter, der auch später den vollends säkularisierten und relativierten Rahmennormen des modernen Staatskirchenrechts eigen ist.

IX. Die religiöse *Wahrheitsfrage* ist in dieser Säkularisierung des Reichskirchenrechts somit offengelassen; sie wird aus der Entscheidung der politischen Gewalten ausgegrenzt. Durch den Religionsfrieden von 1555 und seine Bestätigung im Jahre 1648, welche nicht den religiösen Frieden und Ausgleich brachten, sondern eine politisch-säkulare Friedensordnung trotz und während des weitgehenden theologisch-kirchlichen Konfliktes aufrichteten, hat das Reich die Wahrheitsfrage weder im katholischen noch im evangelischen Sinne theologisch «gelöst» bzw. politisch entschieden.

Diese Ausklammerung der religiösen Kernprobleme durch die erste, breite Säkularisierung des Rechts geschah jedoch gerade *im Dienst der religiösen Wahrheitsfindung*. Die christliche Wahrheit wurde damit nicht bekämpft (wie in den säkularisierten Weltanschauungssystemen des 20. Jahrhunderts), noch auch ignoriert

(wie in den Trennungskonzeptionen des radikalen Liberalismus). Die Säkularisierung wurde vielmehr zur Entfaltung der Konfessionen frei von der « weltlichen » Vergewaltigung durch die andere Konfession eingeführt. Die Säkularisierung der Rechtsformen diente religiösen Zielen und erfüllte religiöse Funktionen. Dieses Widerspiel zwischen (säkularer) Form und (religiöser) Zielsetzung und Funktion begegnet unter gewandelten Modalitäten auch im modernen Staatskirchenrecht.

Die Säkularisierung des Reichsrechts war deshalb erstaunlich, aber folgerichtig auf eine *partielle Konfessionalisierung* der Reichsorganisation und des Reichsverfahrens abgestützt worden, die am Konfessionsproporz der Reichsämter und an der itio in partes bereits deutlich geworden war. Die säkulare Koexistenzordnung im Reiche wurde eben nur durch das politische Gleichgewicht und den etwa gleichen verfassungsrechtlichen Einfluß der großen Konfessionsbünde gewährleistet, die sich zuerst außerhalb der Reichsverfassung als Widerstandsorganisationen gebildet hatten und die allmählich im Corpus Evangelicorum und Catholicorum als Reichsparteien in die Reichsverfassung integriert wurden. Die säkulare paritätische Friedensordnung des Reiches beruhte fortan darauf, daß beiden Konfessionen eine paritätische Teilhabe an der Reichsverfassung eingeräumt wurde, die die einseitige konfessionelle Bemächtigung des Reiches durch einen der beiden Partner unmöglich machte. Die Säkularisierung wurde so durch eine paritätische Konfessionalisierung abgesichert.

X. Die *Ambivalenz* der Säkularisierungsphänomene wird hierin evident: Die Säkularisierung des Rechts konnte aus religiösen Gründen und Zielen und mit religiösen Funktionen erfolgen, wie es im Reich geschah. - Und andererseits konnte die Konfessionalisierung des Konfessionsstaates aus säkularen Motiven der Staatsraison erwachsen, wie die hohe Politik Europas und ebenso das politische und dynastische Schicksal der deutschen Territorien lehrte.

Gerade im christlichen *Konfessionsstaat* ist, in Deutschland wie auswärts, eine tiefgreifende *innere Säkularisierung* der religiösen Formen und Gehalte anzutreffen: Das Bekenntnis erscheint teilweise « verweltlicht » zu einer äußerlichen Zwangs- und Staats-

doktrin, die das geistliche Wesen evangelischen Bekennens (als freies Zeugnis der Väter und Brüder von der Wahrheit des Evangeliums) nicht mehr gewahr werden läßt ([42]). Die Kirche wurde zur Staatsanstalt, die Kirchengewalt zur Staatsgewalt, der minister verbi divini zum Staatsdiener « verweltlicht ». In der Rechtswissenschaft erscheint das ius reformandi, das die rechtliche Grundlage des Konfessionsstaates abgab, schon im späteren 16. Jahrhundert als weltlicher Bekenntnisbann, der dem Landesherrn nach Gutdünken die Auswechslung des Staatsbekenntnisses im evangelischen oder katholischen Sinn gestattete. Dem Grundansatz der reformatorischen Theologie widersprach dies ebenso scharf wie dem kanonischen Recht. Die Glaubenseinheit im Lande erschien nach den publizistischen Lehren Europas schon im 16. Jahrhundert als ein Gebot der säkularen Staatsraison, ohne die es keine innere politische Ruhe und Sicherheit der Herrschaft gebe. So offenbart das Konfessionelle Zeitalter eine abgründige Verwobenheit der säkularen und religiösen Formen und Kräfte, die durch pauschale Schlagworte und fromme Legenden weithin verdeckt zu werden pflegt.

XI. Auch in der *Aufklärung* ist die Ambivalenz der Säkularisierung nicht zu verkennen.

Die « Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation » ([43]) führte zu einer umfassenden Verweltlichung der Staatsziele, die auf den irdischen Friedens- und Wohlfahrtszweck beschränkt wurden und ihre alte Hauptverpflichtung zur cura religionis der christlichen Obrigkeit abschüttelten. Die Staatsgewalt wurde « weltlich », d.h. rational-immanent organisiert und begründet, indem man sie aus dem Herrschafts- und Gesellschaftsvertrag der säkularen Naturrechtskonzeptionen ableitete. Aber inmitten der Verflachung und Verflüchtigung des « Religiösen »,

---

([42]) Martin HECKEL, *Die reichsrechtliche Bedeutung des Bekenntnisses* (Anm. 38) S. 72 ff.

([43]) Ernst TROELTSCH, *Prot. Christentum* (Anm. 24) S. 625ff.; DERS. *Das Wesen des modernen Geistes* (Anm. 36) S. 302 ff.; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (Anm. 2) S. 75 ff.; Christoph LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, Wien, Köln, Graz 1979, S. 66 ff.

die sich hierin offenbart, hat die Aufklärung auch eine neue Öffnung des säkularen staatlichen Rechtes in der religiösen Wahrheitsfrage mit sich gebracht:

Die moderne *Toleranz* (44) hielt ihren Einzug in das säkulare Recht. In ihr äußert sich nicht so sehr die Abkehr des Staates von der Religion, zumal das aufgeklärte Rechtssystem in starker (bisweilen penetrant anmutender) Weise durchaus auf die Idee der « Natürlichen Religion und Moral » gegründet blieb. Die Toleranz wurde in erster Linie dem Individuum und den religiösen Gemeinschaften zur freien, selbstverantwortlichen religiösen Wahrheitssuche zugedacht. Man suchte so die « säkulare » Bindung und Verkrustung der Konfessionsverhältnisse aufzubrechen, die aus dem ius reformandi und der territorial und temporal fixierten Konfessions-Verteilungsregel des Normaljahres 1624 im Westfälischen Frieden (45) erwachsen war, das die evangelischen und die katholischen Gebiete (und ihre Stufen des öffentlichen bzw. privaten Religionsexercitiums) durch seine säkulare Festlegung gleichsam versteinernd abgrenzte. Aber erstaunlich wirkt hierbei: Diese religiöse Öffnung des Rechts für das Individuum erfolgte mittels einer pointiert säkularen Fassung des Rechts auf Religionsfreiheit. Das Grundrecht der Religionsfreiheit im staatlich säkularen Rechtssystem ist seither gerade vermöge seiner säkularen, relativierten Distanz von allen theologischen Definitionen der « Religion », « Freiheit » und « Wahrheit » (etwa im Sinne der großen, bislang herrschenden Landeskirchen) im Dienste dieser seiner neuen religiösen Funktion erfunden und entfaltet worden. Die säkulare Form und die religiöse Funktion des Rechts stehen hier in einer geheimen Interdependenz; die offene säkularisierte Ausgestaltung staatlicher Rechtsformen wurde gerade in der Absicht eingeführt, eine « verweltlichte » Bestimmung der Religionsverhältnisse durch den Staat (statt durch das geistliche

---

(44) Allgemein: Ernst TROELTSCH, *Prot. Christentum* (Anm. 24) S. 600 ff., 607 ff., 627 ff.; DERS., *Das Wesen des modernen Geistes* (Anm. 36) S. 303 ff., 324 ff.; Joseph LECLER, *Geschichte der Religionsfreiheit*, Bd. 1, 2, Stuttgart 1965; Heinrich BORNKAMM, *Toleranz* (Anm. 31) S. 262 ff., 273 ff., 285 ff.; Ernst WOLF, *Toleranz* (Anm. 25) S. 284 ff., 291 ff.

(45) *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, Art. V § 31 ss. (Anm. 40), S. 409 f.

Wort) abzulösen und für die Zukunft zu verhindern. Und in strikter Analogie hierzu tritt heute die säkulare, aber freiheitlich-offene Rechtsform der Toleranz dem weltanschaulichen Säkularisierungszwang durch die modernen totalitären Weltanschauungssysteme entgegen, die ihrerseits die Strukturen des Konfessionsstaates in säkularisierter Weise aufgehoben haben bzw. eben gerade fortsetzen.

Neben der Toleranz lag die andere Aufgabe der Zeit in der *Freigabe der Religionsgemeinschaften* aus der Verschmelzung bzw. aus dem Verbund mit dem Konfessionsstaat. Auch diese religiöse Zielsetzung und Funktion (die nicht lediglich und nicht primär als Verstoßung der Religionsgemeinschaften durch den säkularen Staat verstanden werden darf) hat das moderne Staatskirchenrecht mit Hilfe säkularer Formen erfüllt: Es hat auf den *Korporationsbegriff des säkularen Naturrechts* seit Samuel Pufendorf zurückgegriffen (46), dessen Formen heute Kirchen, Sekten, Weltanschauungsgemeinschaften (als « Religionsgesellschaften ») im weltlichen Rechtssystem und Rechtsleben gleichsam als weltliche Arbeitskleidung tragen. In der durchaus säkularen Form der « Religionsgesellschaft » wurden die religiösen Gemeinschaften im säkularen Staat zugleich zur eigenen geistlichen Selbstverantwortung befreit und in den äußeren weltlichen Rahmen des staatlichen Rechtes eingefügt; so konnten sie in der säkularen Rechtsform ihre transzendente geistliche Freiheit und Eigenständigkeit ohne säkularisierende Verfremdung im weltlichen Raum wirksam werden lassen. Mit Hilfe dieser säkularen Rechtsform der « Religionsgesellschaften » konnte der moderne weltliche Staat das Nebeneinander und die antagonistische Wirksamkeit der verschiedenen Konfessionskirchen und Sekten in Unbefangenheit und Distanz rechtlich abwickeln und ihnen allen ihre geistliche Freiheit und Gleichheit garantieren; er mußte jetzt nicht mehr die schwierigen (weltlich unlösbaren) theologischen Probleme der Ekklesiologie entscheiden, die der Anspruch auf Einheit und Wahrheit der Kirche und des Bekenntnisses angesichts der Pluralität

(46) Klaus SCHLAICH, *Kollegialtheorie, Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung, Ius Ecclesiasticum*, Bd. 8, München 1969, S. 49 ff., 133 ff.; LINK (Anm. 43) S. 248, 322 ff., 342.

der divergenten Religionsgemeinschaften aufwarf. Durch diese Formen der « Verweltlichung » des staatlichen Rechts hat so der säkulare Staat den Religionsgemeinschaften gleichzeitig religiöse Freiheit der Entfaltung eingeräumt und sich selbst von den Zerreißproben freigemacht, die die staatliche Einheit, Unabhängigkeit und Freiheit im weltlichen Raum während des Konfessionellen Zeitalters bedroht hatten. Die Säkularisierung der Rechtsformen diente eben auch damals durchaus ambivalent den säkularen wie den religiösen Zielen und Funktionen.

XII. Im 19. und 20. Jahrhundert hat die große Auseinandersetzung um die Säkularisierung in neuer Weise und erstmals in prinzipieller Reflexion der divergenten Positionen eingesetzt. Aber sie hat sich nicht als einheitlicher geistiger Prozeß entwickelt, sondern ist in *verschiedenen Diskussionslinien* der Philosophie und der verschiedenen Fachwissenschaften, der allgemeinen Kulturpolitik und der Kirchenpolitik der beiden großen Konfessionen verlaufen, die von « der Säkularisierung » in gesonderten Begriffen und Dimensionen nebeneinander und aneinander vorbei redeten und dabei den Begriff zur schillernden Vieldeutigkeit zerredet haben.

Hegels Geschichtsphilosophie hat den Terminus « Verweltlichung » zentral und folgenschwer aufgenommen und umgeprägt. Hatte zuvor die protestantische Kirchengeschichtsschreibung [47] der späten Aufklärung von Verweltlichung im negativen Sinn gesprochen, um die illegitime weltliche Verhaftung und Verderbnis der katholischen Kirche in Sittenlosigkeit, Habgier, Macht-

---

[47] Etwa J. Lorenz VON MOSHEIM, *Vollständige Kirchengeschichte des Neuen Testaments*, Heilbronn, Rothenburg 1770, S. 340; Joh. Salomo SEMLER, *Versuch eines fruchtbaren Auszugs aus der Kirchengeschichte*, 1. Bd., Halle 1773, S. 58 ff., 421 ff.; Heinrich Philipp HENKE, *Allgemeine Geschichte der christlichen Kirche*, 1. Teil, 4. A., Braunschweig 1800, S. 200, 288 ff., 361; 2. Teil, 4. A., Braunschweig 1801, S. 15 f., 75 ff., 342; Vgl. auch später noch Karl HASE, *Kirchengeschichte*, Leipzig 1834, S. 143, 213; August NEANDER, *Allgemeine Geschichte der christlichen Religion und Kirche*, Bd. 1, 2, Hamburg 1841, S. 284; Ferdinand Christian BAUR, *Die christliche Kirche des Mittelalters*, Tübingen 1861, S. 150 f., 406 ff. Zum ganzen: ZABEL (Anm. 2) S. 31 ff.; LÜBBE (Anm. 2) S. 8 in Korrektur seiner früheren Ansicht.

hunger und Verfall kirchlichen Lebens und Rechtes zu geißeln, so wendet Hegel den Begriff ins Positive: Verweltlichung des Christentums bedeutet das Weltlich-Werden des Reiches Gottes, sein Wirklich-Werden in der Welt ([48]). Verweltlichung ist die *Versöhnung von Religion und Philosophie*, das Weltlich-Werden der Idee, das sich in der Versöhnung Gottes mit der Welt in der weltlichen Inkarnation vollzieht. Die rechten Hegelianer haben jene Verchristlichung der Welt durch die Verweltlichung des Christentums weiter entfaltet und in der Idee des Christlichen Staates zum Klingen gebracht. Nach Richard Rothe verkörpert sich die Wirksamkeit Christi in der christlichen Welt, als deren sittliche Vollendung der christliche Staat erscheint, in dem die Kirche selbst aufgehen soll ([49]).

Indessen: Nicht Hegels These, sondern ihre Verneinung hat die philosophische Debatte um die Säkularisierung seit dem 19. Jahrhundert wesentlich geprägt. Säkularisierung ist als *Emanzipations- und Kampfbegriff* definiert und popularisiert worden. Nicht die Versöhnung von Religion und Philosophie, sondern die Lösung des philosophischen Denkens aus der Abhängigkeit von der Theologie und die Überwindung der theologischen Tradition ist zur Parole der Zeit geworden. Das Subjekt der Säkularisierung ist nicht die Kirche (wie im negativen kirchengeschichtlichen Verfalls-Begriff), und nicht das Christentum (wie im positiven Verweltlichungs-Begriff Hegels), sondern die Welt im unchristlichen und antichristlichen Sinn. Die Wertung der Säkularisierung hat sich diametral verkehrt: Verweltlichung bedeutet nicht negativ den Abfall der Welt von ihrer Schöpfungsnatur, Erhaltungsordnung, Erlösungsbedürftigkeit, sondern die Emanzipation des Weltlichen aus der christlichen Gebundenheit und

---

([48]) Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, 3. Bd., in *Sämtliche Werke*, Jubiläumsausgabe in 20 Bänden, hrsg. v. Hermann GLOCKNER, 4. A., Stuttgart 1965, Bd. 19, S. 106, 107, 114, 130. Dazu Karl LÖWITH, *Von Hegel zu Nietzsche*, Stuttgart 1950 (i.f. Fischer-Ausgabe, Hamburg 1969), S. 354 ff.; ZABEL (Anm. 2) S. 40 ff.; Karl BARTH, *Die protestantische Theologie im 19. Jahrhundert*, Zürich 1952, S. 343 ff., 366 ff., 372, 375.

([49]) Richard ROTHE, *Theologische Ethik*, 3 Bdc., Wittenberg 1845 ff. - Karl BARTH (Anm. 48) S. 544, 550.

Geprägtheit im Sinne weltlicher Immanenz statt Transzendenz, säkularer Autonomie statt Heteronomie, irdischer Vernunft statt Offenbarung.

Die Links-Hegelianer haben diese Säkularisierungsidee in verschiedenen Varianten als geschichtsphilosophische Notwendigkeit entwickelt. Wenn Ludwig Feuerbach letztlich die offene Negation des Christentums verlangte ([50]), so meinte er damit nicht die Zerstörung des christlichen Erbes, sondern die Wesensverwandlung der Theologie in Anthropologie ([51]), der Religion in Humanität, um so « Verweltlichung » auf Hegels Spuren als « Verwirklichung » und « Vermenschlichung » fortzuführen ([52]). Bruno Bauer ([53]) und dem alten David Friedrich Strauß ([54]) ging es dann vollends um die Beseitigung des Christentums, während Karl Marx ([55]) die Säkularisierung zur Veränderung des Bewußtseins und zur Umgestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse propagierte, um an den säkularen Wirkungen der Religion nicht (wie Feuerbach) die Humanität, sondern die Inhumanität, Verkehrtheit und Widersprüchlichkeit der Welt zu entlarven und zu überwinden. Friedrich Nietzsche ([56]) schließlich hat das Reli-

---

([50]) FEUERBACH, *Über Philosophie und Christentum, Sämtliche Werke,* Leipzig 1846 ff., 1. Bd., S. 47; sodann FEUERBACH, *Zur Kritik der Hegelschen Philosophie, Werke,* 2. Bd., S. 222 ff. - Vgl. LÖWITH (Anm. 48) S. 84 ff., 87; ZABEL (Anm. 2) S. 61; BARTH (Anm. 48) S. 484 ff.

([51]) FEUERBACH, *Grundsätze der Philosophie der Zukunft, Werke* (Anm. 50) 2. Bd., S. 269; DERS., *Das Wesen des Christentums, Werke* (Anm. 50) 7. Bd., 4. A., 1883, S. 50; LÖWITH (Anm. 48) S. 361 ff.

([52]) FEUERBACH, *Grundsätze der Philosophie der Zukunft* (Anm. 51) S. 269, 319 f.; DERS., *Wesen des Christentums* (Anm. 51) S. 60.

([53]) Bruno BAUER, *Das entdeckte Christentum,* Zürich 1843.

([54]) David Friedrich STRAUß, *Der alte und der neue Glaube,* 3. A., Leipzig 1872.

([55]) Karl MARX, *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie,* in *Werke,* hrsg. v. H.-J. LIEBER und B. KAUTSKY, 1. Bd., Stuttgart 1962, S. 488 f.; DERS., *Thesen über Feuerbach, Werke,* 2. Bd., Darmstadt 1971, S. 2; DERS., *Kritik des Hegelschen Staatsrechts, Werke,* 1. Bd., S. 292. - Vgl. auch LÖWITH (Anm. 48) S. 377 ff.; ZABEL (Anm. 2) S. 71 ff., 85 f.

([56]) Friedrich NIETZSCHE, *Jenseits von Gut und Böse. Das religiöse Wesen,* in *Werke,* Neue Ausgabe, 1. Abt., 7. Bd., Leipzig 1910, S. 89; DERS., *Der Antichrist, Werke,* Neue Ausgabe, 1. Abt., 8. Bd., Leipzig 1906, S. 225; LÖWITH (Anm. 48) S. 396 ff.

giöse als solchermaßen lebensfeindlich und seinem Idealbild der klassischen Antike widersprechend angesehen, daß er die toten und verfaulten Reste der Religion für völlig ungeeignet zur Verweltlichung ansah und den Begriff deshalb vermied.

XIII. Hegels linkes Erbe ist in der *Paulskirche* bei den Beratungen der Ersten Deutschen Nationalversammlung im Jahre 1848 in voller, variantenreicher Breite zu Wort gekommen, freilich auch auf der ganzen Linie unterlegen. Wir sehen: Das kulturpolitische Sachprogramm der Säkularisierung ist schon damals, um die Mitte des Jahrhunderts, in seinen klassischen Forderungen voll entwickelt und erörtert worden.

Korrekturbedürftig erscheinen deshalb die herrschenden begriffsgeschichtlichen Untersuchungen ([57]): In ihnen wird das kulturpolitische Säkularisierungsprogramm auf die Londoner Secular Society von 1846 und ihr kulturpolitisches Vereinsprogramm des « secularism » zurückgeführt. Deren Programm soll dann gegen Ende des Jahrhunderts, insbesondere seit dem großen Londoner « Internationalen Freidenker-Kongreß » von 1880 auf die deutsche Freidenker-Bewegung übergegriffen und dann erst die kulturpolitische Debatte um die Säkularisierung angefacht und bestimmt haben. Jedoch:

Das Sachprogramm der Säkularisierung reicht über diese begriffsgeschichtlichen Filiationen weit zurück. Es wird 1848 vor allem von den abtrünnigen protestantischen Theologen vorgebracht. Verweltlichung wird hier — im Doppelsinn des Wortes — einerseits als Abfall der Kirche von ihrer geistlichen Bestimmung scharf gegeißelt: Die Erstarrung der Religion zur Institution, der lebendigen Wahrheit zum Dogma, des Dogmas zum Zwang, der Gemeinde zur Staatsanstalt, der Freiheit zur Intoleranz — dies alles wird als Verweltlichung der Kirche zum Vorwurf gemacht ([58]).

([57]) SCHOLZ (Anm. 9) S. 290 ff.; STALLMANN (Anm. 2) S. 12 ff.; LÜBBE (Anm. 2) S. 49 ff. - Vgl. auch oben S. 878 Anm. 9.

([58]) Friedrich Theodor VISCHER, *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung*, Frankfurt 1848, 3. Bd., hrsg. v. Franz WIGARD (im folgenden Sten. Ber. III) S. 2176; VOGT, Sten. Ber. III, S. 1668; NAUWERCK, Sten. Ber. III, S. 1693; ZIMMERMANN, Sten. Ber. III, S. 1702 f.; SCHMIDT, Sten. Ber. III, S. 1727.

Doch dieser negative, kirchenkritische Begriff der Verweltlichung (der Kirche) wird alsbald in flinker Vertauschung der Subjekte und der Wertung durch den positiven, emanzipatorischen Begriff der Verweltlichung (der antireligiösen Welt) ausgewechselt.

Und dieser letztere Begriff der Säkularisierung wird dann in verschiedenen Richtungen entfaltet: Die eine — 1848 noch selten vertretene — verlangt die *Vernichtung* der Religion und Kirche überhaupt, da sie ein Hemmschuh der Zivilisation und Freiheit des Menschengeistes sei (59). Viel häufiger indessen wird die zweite Richtung der Säkularisierung, als philosophische *Verwandlung* und Sublimierung der positiven Religion, vertreten, die die Humanisierung der Religion durch Eliminierung ihrer theologischen Substanz verficht. Die Kirche soll « sterben müssen » (60), damit die « einfache, ursprüngliche Menschenreligion dem Staate übrig » (61) bleibe, da nunmehr in der « Religion des Geistes » (60) « der Staat religiöser geworden ist als die Religion » und die Religion « nicht mehr der Kirche bedürfen » (61) soll usw. Eine dritte Richtung hat daneben schon damals die strikte *Ignorierung* des Religiösen durch den Staat gefordert (62). So wurden in der Paulskirche die Spielarten der Hegelschen Linken als konkrete Forderungen der Verfassungspolitik geltend gemacht.

XIV. Die Konkretion der Rechtsform aber hat die Ambivalenz der modernen Säkularisierung zutage treten lassen. Die Paulskirche ist den radikalen Forderungen nicht gefolgt, sondern hat (richtungweisend für das freiheitliche deutsche Staatskirchenrecht bis heute) eine mittlere Linie des *Ausgleichs und der Freiheit* im Religiösen — d.h. der Freiheit zum Religiösen wie vom Religiösen — im Verfassungsrecht normiert (63). Sie hat sowohl die alte Verbindung von Staat und Kirche mit ihrer etatistischen Bestimmung und Privilegierung der herrschenden Landeskirchen aufgehoben, als auch andererseits die Verengung des Freiheits-

(59) VOGT, Sten. Ber. III, S. 1668-70.

(60) ZIMMERMANN, Sten. Ber. III, S. 1703.

(61) VISCHER, Sten. Ber. III, S. 2176 f.; NAUWERCK, Sten. Ber. III, S. 1693.

(62) Z.B. CHRIST, Sten. Ber. III, S. 1681.

(63) Text bei: E. R. HUBER - W. HUBER, *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert*, Dokumente, Bd. 2., Berlin 1976, S. 33 ff.

und Weltlichkeitsbegriffs im antireligiösen bzw. antikirchlichen Sinne einer säkularisierten Ideologie verworfen.

Das Dilemma der radikalen *Linken* während der Beratungen wird an dem Grundwiderspruch ihrer Positionen deutlich, wie er auch seither immer wieder in Erscheinung trat:

Einerseits hat sie die offene, weltanschaulich ungebundene Form des Säkularen im Staatskirchenrecht proklamiert und sie im Bunde mit den Liberalen bei der Reform des Staatskirchenrechts vertreten (64). Der Staatsapparat sollte konfessionell neutralisiert werden, die christliche Staatsidee aufgegeben, die Trennung von Staat und Kirche und eine unbeschränkte, undefinierte Religionsfreiheit für jedermann und jede Richtung verwirklicht werden. Der weltanschauliche « Polizeistaat » (65) und eine verfassungsmäßige Organisation des Staates als Überkirche bzw. Antikirche aber war dann ausgeschlossen; auch die staatliche Institutionalisierung derjenigen « religiösen » bzw. « säkularisierten » Elemente, die dem Staate nach den Wünschen der verschiedenen Hegelianer-Richtungen im Prozeß der Säkularisierung anvertraut sein sollten, schied dann aus.

Aber weil man mit Besorgnis wahrnahm, daß die Trennung und die Freiheitsgarantie der Religionsgemeinschaften innerhalb der Kirchen eine dogmatische und hierarchische Festigung und Bindung möglich und bereits wirklich machte (66), wurde durch eine andere kirchenpolitische Linie jene offene Form der Trennung und Freiheit verlassen. Eine Flut von Anträgen der rakidalen Linken hat deshalb den Kirchen ein massives *Säkularisierungsprogramm etatistischer Zwangsemanzipation, Zwangsliberalisierung und Zwangsdemokratisierung* der Religion und Religionsgesellschaften aufzunötigen versucht (67). Dessen tiefe Eingriffe in die

---

(64) Vgl. die Anträge SCHMIDT, ZIMMERMANN, VOGT, NAUWERCK, MEYER, Sten. Ber. III, S. 1637, 1723, 1764 ff.

(65) NAUWERCK, Sten. Ber. III, S. 1692.

(66) NAUWERCK, Sten. Ber. III, S. 1693 f.; ZIMMERMANN, Sten. Ber. III, S. 1702.

(67) Vgl. in den Sten. Ber. III: HAGEN S. 1697, 1699; SCHMIDT S. 1727; WIGARD S. 1788; RÖSLER S. 1798 f.; LÖWE S. 1946; UMBSCHEIDEN S. 1777; AHRENS S. 1776, 1987, 1996; ferner: VISCHER S. 1636, 1775, 1956; weitere Anträge: S. 1774 ff., 1955 ff., 1985 ff., ihre Ablehnung S. 2001.

innere Verfassung der Kirchen hätten nun im Zeichen des radikalen Liberalismus die alten Bevormundungen und Beschränkungen des aufgeklärten obrigkeitlichen Polizeistaates weit in den Schatten gestellt. Durch den Staat wäre die Kirchengewalt dem Papst und den Bischöfen entzogen und auf neue, erst durch den Staat zu schaffende kirchliche Institutionen übertragen worden. Das sakramentale Selbstverständnis der katholischen Kirche, ihre geistliche und rechtliche Tradition und ihre religiöse Freiheit wären säkularisierend überfremdet bzw. gebrochen worden; das ius divinum der Kirchenorganisation, das Sakraments- und Ordensrecht sollten durch die Maßnahmen der staatlichen Verfassungsgebung und Kampfgesetzgebung mißachtet werden. Unter dem Stichwort der « wahren » Freiheit wollte man religiöse Freiheit in säkularen Zwang verkehren ([68]), ideologische Gebundenheiten aus liberalen Freiheitsrechten, Gleichschaltungspflichten aus geistiger Differenzierungsfreiheit ableiten, wie es der absolutistischen Übersteigerung der Volkssouveränität und der massiven säkularen Intervention in das innere geistliche Gefüge der Kirchenverfassung entsprach ([69]). Das Trennungsprinzip wurde schon in der Paulskirche von diesen Stimmen nur als ein « Zwischenzustand » ([70]) im Kampf gegen den christlichen Staat gefordert, um einen neuen Weltanschauungsstaat mit staatlicher Institutionalisierung einer säkularisierten Religion bzw. Ideologie an seine Stelle treten zu lassen.

([68]) WIGARD, Sten Ber. III, S. 1787 f. Zum gleichen Problem im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat vgl. die Studie des Bundesverfassungsrichters Konrad HESSE, *Grundrechtsbindung der Kirchen?*, in *Festschrift f. W. Weber*, Berlin 1974, S. 447 ff., bes. 451, 459, 462. Vgl. schon Georg BESELER als Berichterstatter des Verfassungsausschusses Sten. Ber. III S. 1954: « Wollen wir solche Fragen der Kirchenverfassung hier entscheiden? Sind wir denn ein Concil? ».

([69]) Die Problematik der Säkularisierung verschärft sich durch den Zusammenhang des Staatskirchenrechts mit der Schulverfassung: Die Trennung von Staat und Kirche und die Trennungen von Kirche und Schule sollen einander ergänzen. Die Benützung der Schule war als « Cardinalpunkt » radikaler Säkularisierung des Geistes und Volkes im Sinn der linken Hegelianer geplant. So sollte die Trennung von Staat und Religion der Verbindung von Staat und Säkularisation als Hebel dienen. Vgl. in den Sten. Ber. III: NAUWERCK S. 1694; ZIMMERMANN S. 1703; VISCHER S. 2177. Anträge S. 2167 f., 2299, Abstimmung S. 2293.

([70]) VISCHER, Sten. Ber. III, S. 2177.

Erstmals in Deutschland ist in der Paulskirche die Versuchung des kulturpolitischen Liberalismus sichtbar geworden, durch Radikalität seine Liberalität in Illiberalität, seine Toleranz in Intoleranz, seine Pluralität in Totalität zu pervertieren. Diese Lösung von der Staatskirche war dann doch als Auftakt zur Gründung einer neuen Staats- und Überkirche in einem säkularisierten, geschlossenen Weltanschauungssystem von gleichsam konstantinischer Dimension und Kontinuität gedacht.

Die Paulskirche hat damals alle Forderung der radikalen Linken zurückgewiesen. Aber in jenem denkwürdigen Revolutionsjahr sind wie in einem Hohlspiegel fast alle prinzipiellen Positionen vereinigt worden, die nachmals in den kultur- und kirchenpolitischen Krisen wiederum in Erscheinung getreten sind. Im Grundsätzlichen ist seither wenig Neues zum Rechtsproblem der Säkularisierung aufgetaucht.

XV. Im *Kulturkampf* etwa wurde einerseits der säkulare Staatsbürgerstatus im Sinn der *liberalen Emanzipation* aus kirchlich-konfessionellen Gebundenheiten weiter ausgestaltet, wie u.a. die Kirchenaustrittsgesetze ([71]) zeigen. Zur Sicherung der liberalen Freiheitsrechte wurde ebenso die säkulare Gleichheit der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ([72]) weiter ausgebaut, z.B. die kirchliche Eheschließung im staatlichen Recht durch die Zivilehe verdrängt, das weltliche Personenstandsregister eingeführt, um auch den mittelbaren Zwang zur Vornahme religiöser Handlungen auszuschließen ([73]).

Sodann wurde die *Souveränität* des Staates und der Vorrang des Staatsgesetzes gegen kirchliche Ansprüche und Angriffe durch weitere Kulturkampfgesetze verteidigt. Die Verwerfung der tragenden Prinzipien des liberalen Verfassungsstaates (u.a. der sä-

---

([71]) Paul HINSCHIUS, *Die Preußischen Kirchengesetze des Jahres 1873*, Berlin 1873, S. 167 ff.; HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 610, 762.

([72]) Nachdem schon das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 3.7.1869 die bekenntnisbedingten Beschränkungen bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte aufgehoben hatte. Paul HINSCHIUS, *Staat und Kirche*, in *Marquardsens Handbuch des Öffentlichen Rechtes*, Freiburg 1887, S. 235.

([73]) Reichsgesetz v. 6.2.1875, HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 631.

kularen liberalen Religionsfreiheit und Trennung von Staat und Kirche) im päpstlichen Syllabus von 1864 (74) und die Reaktion der Kurie auf die ersten Kulturkampfmaßnahmen (75) mußte dies den Vorkämpfern des säkularen Staates nahelegen. Der weltliche Bereich des Staates wurde durch das Verbot der Verhängung weltlicher Strafen seitens kirchlicher Amtsträger (76), durch weltliche Verfahrensvorschriften und Berufungsmöglichkeiten an staatliche Behörden und Gerichte (76), durch verfassungsrechtliche Klarstellung (77) des Vorrangs staatlicher Schrankengesetze und einer gesetzlichen Staatsaufsicht gegenüber der kirchlichen Autonomie (78) abgesichert.

Über diesen Schutz der Weltlichkeit des Individualstatus und des staatlichen Verfassungssystems aber griffen manche spezifischen Kampfgesetze (79) weit hinaus. Sie haben der katholischen Kirche nun ihrerseits unter Mißachtung der liberalen Freiheitsrechte und Trennungspostulate ein Programm der *staatlichen Zwangsliberalisierung und Zwangsemanzipation* aufgenötigt, das nach dem Schema der säkularen Aufklärung und des staatlichen Liberalismus, gewürzt mit vulgär-protestantischen Gemeinde-

---

(74) Carl MIRBT, *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, 4. A., Tübingen 1924, S. 450 ff.

(75) Vgl. die Ungültigkeitserklärung der preußischen Kulturkampfgesetze durch die Enzyklika Pius IX, vom 5.2.1875, HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 651 ff.

(76) Z. B. Preuß. Gesetz über die Grenzen ... kirchlicher Straf- und Zuchtmittel v. 13.5.1873, HINSCHIUS (Anm. 71) S. 3 ff., 12, 19, 23; HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 608; Preuß. Gesetz über die kirchliche Disziplinargewalt und die Errichtung des königlichen Gerichtshofes für kirchliche Angelegenheiten v. 12.5.1873, HINSCHIUS (Anm. 71) S. 39 ff., 48 ff., 52 ff., 62 ff., 74. HUBER-HUBER (Anm. 53) S. 602 ff.

(77) Vgl. die preußische Verfassungsänderung v. 5.4.1873, HINSCHIUS (Anm. 71) S. XXVIII ff., XXXII; HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 593; Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31.1.1850*, Berlin 1912, S. 282 ff., 289 ff.

(78) Z.B. HINSCHIUS (Anm. 71) S. XXXVI, 12 ff.; vgl. die alte Frage bei Aemilius FRIEDBERG, *De finium inter Ecclesiam et Civitatem regundorum Judicio*, Lipsiae 1861; Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 4. Bd., Stuttgart 1969, S. 662.

(79) Vgl. die Dokumentation dieser Gesetze bei HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 594 ff., 601, 602 ff., 608 ff., 635 ff., 639 ff., 656 ff., 662 ff., 674 ff., 686.

prinzipien, entworfen worden war und das deshalb der sakramentalen und hierarchischen Grundlage des katholischen Kirchenrechts nach katholischem Selbstverständnis ins Gesicht schlug. Es ist bezeichnend für den Grad der Säkularisierungstimmung, daß die liberale Mehrheit in Preußen zur Sicherung der Kulturkampfmaßnahmen schließlich die liberalen Verfassungsartikel des preußischen Staatskirchenrechts selbst kassierte ([80]): Die weltliche Unterdrückung der kirchlichen Unterdrückung weltlicher Freiheit in der Kirche glaubte ihrerseits die kirchliche Freiheit auch in der liberalen weltlichen Freiheitsgarantie beseitigen zu müssen.

XVI. Im Rahmen eines nüchternen staatskirchenrechtlichen Rückblicks mögen auch die sinistren Analogien fatal erscheinen, die den *Nationalsozialismus* in Sachen Säkularisierung mit den Positionen der radikalen Linken vor ihm wie nach ihm verbinden. Die nationalsozialistische Kirchenpolitik zeigt bekanntlich kein einheitliches Bild, sondern mehrere Linien, die äußerlich gesehen höchst unterschiedlich, ja widerspruchsvoll ([81]) anmuten. Der gemeinsame Nenner für die innere Einheit ihrer heterogenen Stücke und Stadien aber kann in dem umfassenden Konzept der Säkularisierung erblickt werden. Es ist erstaunlich, wie sehr dabei in der Vergröberung die verschiedenen Facetten des Säkularisierungsbegriffs wiederkehren, wie sie sich auch sonst in der geistigen Entwicklung des 19. Jahrhunderts, freilich in sublimerer Form, herausgebildet hatten.

So wurde einerseits die *Vernichtung* ([82]) des Religiösen schlechthin versucht. Dies hat etwa die Religionspolitik Martin Bormanns

---

([80]) Durch Gesetz v. 18.6.1875 über die Aufhebung der Art. 15, 16 und 18 der Verfassungsurkunde vom 31.1.1850, HUBER-HUBER (Anm. 63) S. 661.

([81]) Vgl. zum ganzen Otto LUCHTERHAND, *Religionsgemeinschaften im totalen Staat, Zeitschr. f. ev. Kirchenrecht*, 24. Bd., 1979, S. 111 ff., 122 ff.; Klaus SCHOLDER, *Die Kirchen und das Dritte Reich*, 1. Bd., Frankfurt 1977, S. 110 ff., 239 ff.

([82]) Vgl. das Rundschreiben BORMANNS, des Chefs der Parteikanzlei, an die Gauleiter v. 9.6.1941, Text bei ZIPFEL, *Kirchenkampf in Deutschland*, Berlin 1965, S. 511 ff.; Paul GÜRTLER, *Nationalsozialismus und evangelische Kirchen im Warthegau*, Göttingen 1958, S. 23 ff., 124 ff., 152; John S. CONWAY, *Die nationalsozialistische Kirchenpolitik*, München 1969, S. 266 ff., 326 ff.; LUCHTERHAND (Anm. 81) S. 132 f., 145 ff.

als erklärtes Ziel verfolgt, und so ist es in den konkordatsfreien Reichsgebieten, vor allem im Warthegau, als nationalsozialistische Endlösung bereits zum guten Teil verwirklicht worden. Das kirchliche Schrifttum, die religiöse Presse, die kirchliche Jugend- und Frauenarbeit, die kirchliche Vereinstätigkeit und Wohlfahrtspflege wurden teils unterbunden, teils schwer behindert und bekämpft, der Religionsunterricht, die Schulgottesdienste und Schulgebete wurden — wie manche Theologischen Fakultäten — teils abgeschafft, teils « umfunktioniert » und durch Weltanschauungspropaganda ersetzt.

Eine andere Linie der Säkularisierung aber betrieb die weltanschauliche *Anverwandlung* und *Vereinnahmung* der religiösen Momente und Aktivitäten in das eigene ideologische System ([83]). Viele kirchliche Organisationen wurden in den NS-Staat übergeleitet, eine protestantische Reichskirche wurde von Staats wegen gegründet, die kirchlichen Verfassungsverhältnisse der Landeskirchen erfuhren mannigfache staatliche Interventionen, ein kirchlicher Verwaltungsapparat wurde nach dem Führerprinzip geschaffen und dem Staate unterstellt. Zur Begründung dieser Säkularisierungsmaßnahmen berief man sich auf die — gleichfalls willkürlich-säkularisierte — Inanspruchnahme der überkommenen staatskirchenrechtlichen Titel des christlichen Staates: Göring bezog sich als preußischer Ministerpräsident auf den Summepiskopat des Königs über die evangelische Kirche, und andere Maßnahmen bemühten eine staatliche « Pflicht als Treuhänder », die den säkularisiert verwässerten Rückgriff auf die alte Kirchenadvokatie und cura religionis der christlichen Obrigkeit durchscheinen ließ, um eine Zwangs-Gleichschaltung der Kirchen mit dem damals herrschenden politischen System durchzusetzen.

Eine dritte Linie der NS-Kirchenpolitik hat bei dem Scheitern dieser Staatskirchen-Experimente den Kurs der radikalen « *Trennung* » ([84]) zwischen Staat und Religionsgemeinschaften ein-

---

([83]) LUCHTERHAND (Anm. 81) S. 123; Werner WEBER, *Die staatskirchenrechtliche Entwicklung des nationalsozialistischen Regimes in zeitgenöss. Betrachtung, Festschrift f. Rudolf Smend*, Göttingen 1952, S. 365 ff., 380.

([84]) Seit Hitlers Äußerung v. 30.10.1934, vgl. *Dokumente zur Kirchenpolitik des Dritten Reiches*, hrsg. v. G. KRETSCHMAR, 1. Bd., München 1971, S. 197 ff.,

geschlagen. Trennung brachte jetzt freilich nicht die Befreiung der Religionsgemeinschaften in die Freiheit und Gleichheit einer liberalen Gesellschaft. Trennung hieß nun die Verbannung in das Ghetto, die diskriminierende Verstoßung aus der neuen völkischen Gesamtordnung, die der totalitäre Staat inzwischen in allen ihren Lebensbereichen seiner umfassenden Kontrolle, Zensur, Verteilung und Rationierung unterworfen hatte. Trennung war deshalb wieder nur als ein « Zwischenstadium » ([85]) gedacht; sie umriß die Ausschaltung der Kirchen aus dem öffentlichen Leben, die Ersatzform ihrer mißglückten Gleichschaltung und Vorform ihrer späteren endgültigen Vernichtung. Ohne die Geltung und Wirkung liberaler Gleichheits- und Freiheitsrechte in einer freien Gesellschaft wurde die Trennung zwischen Staat und Kirche aus einem Mittel der Freiheit zum Instrument der Strangulierung der Religionsgemeinschaften in ihrer irdischen Existenz.

Auf einer weiteren, vierten Linie nationalsozialistischer Kirchenpolitik lag die teilweise *Fortführung des Weimarer Staatskirchenrechts*, seiner Verfassungsartikel und seiner Konkordate, die man durch ein Reichskonkordat ergänzte und bestätigte. Aber auch diese Normfragmente kirchlicher Freiheit und Eigenständigkeit wurden mannigfach gebrochen, innerlich ausgehöhlt und in ihrem Sinne pervertiert durch jene — daneben weiterlaufenden — Bekämpfungs- und Gleichschaltungsmaßnahmen der anderen Säkularisierungslinien und durch die freiheitsfeindliche Abschnürung im totalitären Trennungs- und Zernierungssystem, das die weltliche Entfaltung religiöser Freiheit säkularisierend unterband ([86]).

XVII. Verwirrend vielfältig war auch die *Reaktion der religiösen Kräfte* auf jene Säkularisierungsbewegungen im 19. Jahrhundert, worauf ein kurzer Blick zurückgewendet sei.

---

249 ff.; LUCHTERHAND (Anm. 81) S. 128; CONWAY (Anm. 82) S. 266 ff., 318 ff.; GÜRTLER (Anm. 82) S. 23, 200.

([85]) Das politische Tagebuch Alfred ROSENBERGS, hrsg. v. H.-G. SERAPHIM, München 1964, S. 127.

([86]) CONWAY (Anm. 82) S. 266 ff., 318 ff.; LUCHTERHAND (Anm. 81) S. 132 ff., 137 ff., 156 f., 160.

Der *Protestantismus* war einerseits von der modernen Welt und ihrer Säkularisierung durch die Aufklärung, die idealistische Philosophie, den kulturellen und politischen Liberalismus (und speziell den Ableger der « liberalen Theologie ») innerlich und äußerlich in hohem Maße ergriffen worden. Andererseits haben sich gerade deshalb kirchlich-tonangebende und politisch konservative Kreise des Protestantismus mit eifernder Schärfe gegen die Säkularisierung des allgemeinen Lebens, besonders aber der Kirche und des Staates gewandt, weil man in ihnen die beiden großen, unaufgebbaren Ordnungsmächte erblickte, die die christliche Welt vor dem Versinken in die Heillosigkeit und ebenso in das weltliche Chaos zu bewahren hatten. So hat diese evangelische Richtung — für die die Schriften *Friedrich Julius Stahls* (87) exemplarisch sind — « die Wahrheit der christlichen Offenbarung » und « die Heiligkeit Gottes und seiner Gebote » durch den *Christlichen Staat* und sein Staatskirchenrecht gegen die « Entchristianisierung » zu verteidigen versucht (88). Der christliche Staat sollte durch seine öffentlichen Institutionen öffentlich Zeugnis ablegen für das Christentum als Staatsreligion (89), die das öffentliche Ethos und das öffentliche Recht im öffentlichen Religionsbekenntnis zu bestimmen habe.

Die Säkularisierung des Staatskirchenrechts erschien deshalb als anstößig und untragbar: Die liberale Trennung galt als « ungeheures Ärgernis », als Abfall des Staates von seiner göttlichen Bestimmung und als öffentliche Leugnung der christlichen Wahr-

---

(87) Friedrich Julius STAHL, *Der christliche Staat* (1. A., 1847), 2. A., Berlin 1858, S. 83: « Entchristianisierung des Staates, der Ehe, der Volkserziehung »; DERS., *Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche*, 2. A., Berlin 1868, S. 93: « Die Entchristianisierung des öffentlichen Lebens »; DERS., *Reden*, Berlin 1850, S. 30; DERS., *Die deutsche Reichsverfassung*, Berlin 1849, S. 68 ff.; DERS., *Über christliche Toleranz*, Berlin 1855, S. 7 ff.

(88) STAHL, *Parteien*, S. 313, auch S. 12 ff., 24 ff., 94 ff., 192.

(89) STAHL, *Christlicher Staat*, S. 23, 29; STAHL, *Reichsverfassung*, S. 71. Deshalb sei das christliche Glaubensbekenntnis Voraussetzung für die Erlangung öffentlicher Ämter und für die Teilnahme an der Landesrepräsentation, sei die christliche Eidesform als christliches Wahrheitszeugnis des Staates unaufgebbar, die christliche Ehe nicht durch die Zivilehe ersetzbar: STAHL, *Parteien*, S. 314 ff.; DERS., *Reden*, S. 26 ff., 58 ff.

heitsverpflichtung (90). Die liberale, säkulare Gleichheit der Religionsgemeinschaften wurde bekämpft als gottwidrige Relativierung der kirchlichen Absolutheitsforderung und als Aufkündigung des öffentlichen Wahrheitszeugnisses in den öffentlichen Institutionen des christlichen Staates (91). Die säkulare, relativierte Religionsfreiheit wurde zwar den Dissidenten und den Juden in der privaten und gesellschaftlichen Sphäre zugestanden (92). Die öffentliche Sphäre des Staates und seiner Institutionen aber suchte man davon scharf abzuschirmen, so daß die politischen Rechte und Ämter weiterhin durch das Bekenntnis zur Staatsreligion bedingt sein sollten (92). In der Verfassungsbewegung kamen diese Gedanken nur sporadisch und sehr verwässert zum Zuge. In der Paulskirche waren sie gar nicht vertreten, und auch bei den Verfassungsberatungen der preußischen Verfassung von 1848 ließen sie sich nur bruchstückhaft in jenem Artikel 14 der revidierten Verfassung verwirklichen, der die Christlichkeit der öffentlichen Institutionen bewahren sollte, aber in der herrschenden Interpretation der Rechtslehre alsbald vollends verkümmerte (93).

Aus inneren wie aus äußeren Gründen wurde der Kampf um die Christlichkeit des Staates gegen die vorrückende Säkularisierung immer schwieriger. Indem das « Christliche » am christlichen Staat primär zur Sache der Institution gemacht wurde, wurde die christliche Bewegung durch den Antagonismus von Institution und Person geschwächt, der die Institutionen entpersönlichte und die personalen Freiheitsrechte aus ihren institutionellen Bindungen und Voraussetzungen riß. Vor allem widersprach die übersteigerte und verselbständigte institutionelle Betrachtung der reformatorischen Rechtfertigungstheologie, die in ihrem — durch und durch personalen — « sola fide » und « sola gratia » die dingliche Heiligkeit von Sachen, Werken, Rechten und Institutionen nicht zuließ. So mußte die « Christlichkeit » der christlichen Institutionen als Sache des (theologisch gesprochen) « Ge-

---

(90) STAHL, *Parteien*, S. 94 ff.; DERS., *Reden*, S. 28.

(91) STAHL, *Christlicher Staat*, S. 83; DERS., *Parteien*, S. 90 ff., 97.

(92) STAHL, *Christlicher Staat*, S. 34 ff., 58; DERS., *Toleranz*, S. 11, 14.

(93) Vgl. Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat* (Anm. 77) S. 261 f., 264 ff., bes. S. 268, 270 f.

setzes », nicht des « Evangeliums » erscheinen; entsprechend drohte im Charakter der Kirche als öffentlicher Anstalt das Wesen des evangelischen Kirchenbegriffs als personaler communio sanctorum verloren zu gehen.

Äußerlich aber waren die christlichen, öffentlichen Institutionen belastet durch die Frontstellung gegen den individuellen, säkular relativierten Grundrechtsstatus, der den Bürger und die Gesellschaft zunehmend aus den konfessionellen Bindungen emanzipierte. So wurde die Abwehr der Säkularisierung überdies in die Auseinandersetzung zwischen Staat und Gesellschaft, sowie zwischen Monarchie und Demokratie hineingezogen und durch den Bund mit den wankenden politischen Mächten ungemein erschwert. Das Vordringen der demokratischen und liberalen Gesellschaft, die sich der obrigkeitsstaatlichen Strukturen mehr und mehr bemächtigte und die öffentlichen Institutionen in eine dienende Rolle zu den Grundrechten zwang, hat jene institutionelle Christlichkeit zunehmend ausgehöhlt und schließlich einstürzen lassen.

XVIII. Die *katholische* Seite ist den Phänomenen der Säkularisierung innerlich ähnlich gespalten bzw. distanziert, äußerlich aber ungleich geschickter und praktischer begegnet. Der weite Abstand, der den dogmatischen Anspruch der katholischen Glaubenslehren und die Gehorsamsforderungen des kanonischen Rechts von den liberalen Grundpositionen einer individuellen religiösen Wahlfreiheit und Verfügungsmacht, sowie von der weltanschaulichen Relativierung und Distanz des Staates von der Religion trennte, war offenbar. Man blieb sich dessen stets auch dort bewußt, wo der politische Katholizismus im Zweckbündnis mit dem Liberalismus die kirchliche Freiheit gegen den aufgeklärten Obrigkeitsstaat erkämpfte. So hat die Würzburger Bischofskonferenz in ihrer Denkschrift vom 14. November 1848 [94] die Forderungen

[94] Vgl. *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, Bd. 21, 1869, S. 108 ff., 110: « Eine Trennung herbeizuführen vom Staat ... liegt nicht in dem Willen der Kirche »; auch in: E. R. HUBER - W. HUBER (Anm. 63) S. 21 ff.; vgl. auch die Beschlüsse der Würzburger Bischofskonferenz (22.10 - 16.11.1848), *Archiv f. Kath. Kirchenrecht*, Bd. 21, 1869, S. 150 ff., 207 ff.; Bd. 22, 1869, S. 214 ff., 373 ff.; E. R. HUBER - W. HUBER, *a.a.O.*, S. 15 ff.

des kanonischen Rechts in Erinnerung gerufen, und noch der Syllabus Pius IX. von 1864 ([74]) hat die Trennung von Staat und Kirche mitsamt der säkularisiert relativierten Religionsfreiheit und gleichheit und allen anderen staatskirchenrechtlichen Grundpositionen des Liberalismus offiziell verworfen.

Aber angesichts der Undurchsetzbarkeit der katholischen Prinzipien in der historischen Verfassungslage haben die katholischen Abgeordneten der Paulskirche rasch den Wert der *säkularen Rechtsformen für die religiösen Ziele* und Funktionen erkannt ([95]). Sie haben deshalb ohne Zögern zusammen mit den liberalen Kräften ein freiheitlich-säkulares Staatskirchenrecht geschaffen ([96]), dessen Grundpositionen bis heute das deutsche Staatskirchenrecht bestimmen. Die liberalen staatskirchenrechtlichen Formen lieferten das geeignetste Instrument zum Befreiungskampf der Kirche gegen das Staatskirchentum bzw. die Staatskirchenhoheit des Territorialismus und Josephinismus, durch das sich die Kirche bisher in säkularem Sinn geknechtet und verfremdet fühlte. Der Relativismus des liberalen Staatskirchenrechts wurde für die Absolutheitsforderung der christlichen Botschaft in Anspruch genommen. Die säkulare Freiheit wurde erfüllt und ausgeübt durch die religiöse Autorität und Bindung. Wiederum leuchtet die Ambivalenz, ja Dialektik der rechtlichen Säkularisierungsprozesse auf: Vordergründig kämpften hier Freiheitsrechte gegen staatliche Beschränkungen. Aber hintergründig benützte man die eine Form der Säkularisierung (nämlich der Freiheitsrechte) zum Kampf gegen die andere Form der Säkularisierung (nämlich durch die staatlichen Schrankennormen), während das Religiöse ohne Risiko und Kampf den Vorteil daraus zog. Genauer noch: Paradoxerweise überwanden die säkularen Freiheitsrechte

---

([95]) Franz SCHNABEL, *Der Zusammenschluß des politischen Katholizismus in Deutschland i. J. 1848*, Heidelberger Abh. zur mittleren und neueren Geschichte, 29. Heft, 1910, S. 16 ff.; Richard LEMPP, *Die Frage der Trennung von Staat und Kirche im Frankfurter Parlament*, Tübingen 1913, S. 27 ff., 80 ff., 92 ff.

([96]) Vgl. das Amendement NAGEL, Sten. Ber. III (Anm. 58) S. 1638, 1994-95, das die schmalen Vorschläge des Verfassungsausschusses richtungweisend ergänzte; es ist von den katholischen Abgeordneten in der Breite vertreten worden. Vgl. in den Sten. Ber. III: DÖLLINGER S. 1675; RADOWITZ S. 1695; SEPP S. 1690 ff.; LASSAULX S. 1779 ff.

nicht nur die säkularen Schranken des alten Obrigkeitsstaates, sondern auch die säkularisierende Freiheitsidee: Der aufgeklärte Absolutismus hatte ja als Schöpfer und Hüter der Toleranz durch eine milde, mundan gesinnte Kultusbürokratie auch in seiner Staatskirche einen Zug weltlicher Lässigkeit und Liberalität eingeführt und abgesichert, welche nun im Zeichen liberaler Freiheit und Staatsbeschränkung durch das ungehinderte Durchgreifen der Hierarchie ihr Ende fand. Mit pragmatischem Sinn für die Chancen der Stunde hat man das kritische Unterscheidungsvermögen zwischen den katholischen Tiefenpositionen und deren äußeren, weltlichen Bedingungen bewiesen: So wurde die Diastase zwischen der Säkularisierung des Religiösen und der Säkularisierung des staatlichen Rechts wahrgenommen. Die säkularen Rechtsformen wurden deshalb nicht mit dem Stigma des Glaubensabfalls gebrandmarkt und dadurch für den christlichen Weltdienst disqualifiziert, für den sie in der neuen Zeit ja nicht mehr zu entbehren waren. Die katholischen Kräfte haben also in der Paulskirche 1848-49 ebenso wie später in der Weimarer Nationalversammlung 1919 tonangebend gerade an der Ausgestaltung eines liberalen und säkularisierten Verfassungs- und Rechtssystems mitgewirkt, obwohl (bzw. gerade weil) sie sich in ihrem inneren kirchlichen Denken und kirchlichen Recht kraft ihrer katholischen Substanz von der Säkularisierung des Religiösen selbst weitgehend freizuhalten wußten, aber diese innerkirchliche Strenge und Bindung in der säkularen Umwelt am besten durch die säkularen Formen der liberalen Freiheit schützen und entfalten konnten.

Aus der langen und wechselvollen, konfliktsgeladenen Geschichte des Säkularisierungsproblems, und speziell aus seiner Rechtsgeschichte hat sich schon abgezeichnet:

XIX. Das geltende deutsche Staatskirchenrecht ist von einem besonderen, *spezifisch normativen Säkularisierungsbegriff* geprägt, wie sich aus der besonderen Herkunft, Zielsetzung und Funktion der staatskirchenrechtlichen Normen ergibt. Er unterscheidet sich zutiefst von dem allgemeinen, außerrechtlichen Säkularisierungsbegriff der Geisteswissenschaften. Diese Unterscheidung ist grundlegend und unverzichtbar für den verantwortli-

chen Gebrauch der Säkularisierungskategorie in rechtswissenschaftlichen Argumentationen: Die rechtliche Seite der Säkularisierung kann weder als der Abklatsch noch als der Prototyp der allgemeinen, außerrechtlichen Säkularisierungsvorgänge und -vorstellungen angesehen werden, die kulturpolitisch bei den (welchen?) Weltanschauungen und Parteiungen, Religionen und Religionsgemeinschaften anzutreffen sind, und die sich wissenschaftlich abstrahiert und kultiviert in den verschiedenen Säkularisierungs-Konzeptionen der Geistesgeschichte, der Soziologie, der Politologie und auch der Theologie wiederfinden. Darum sind auch die vagen, schlagwortartigen Pauschalbezeichnungen vom « säkularisierten Staat », vom « säkularisierten Menschen », vom « Säkularisierungsprozeß der Neuzeit » in höchstrichterlichen Entscheidungen (97) fragwürdig und bestimmungsbedürftig; sie verleiten dazu, den spezifisch-juristischen Säkularisierungsbegriff durch den nebulösen Appell an höhere sozio-politologisch-historisch-theologische Assoziationen zu verfremden bzw. zu verflüchtigen. Die Destruktion undefinierter, genereller Säkularisierungsthesen ist ein Desiderat der Disziplin.

Nicht die Historiker und nicht die Soziologen, nicht die Theologen (und nicht Ideologen) haben darüber zu entscheiden, in welcher Weise das Recht verbindlich, d.h. rechtsverbindlich, zu den Problemen der Säkularisierung Stellung nimmt. Das ist in der Verfassung geschehen, und das ist den von der Verfassung beauftragten, demokratisch legitimierten juristischen Gewalten der Gesetzgebung, Exekutive und Justiz zum näheren normativen Vollzuge anvertraut. Ihre Entscheidungen und Normen hat die Rechtswissenschaft in Loyalität (unter Selbstüberwindung zuwiderlaufender persönlicher Stimmungen und Wünsche des juristischen Interpreten) zu eruieren und zu entfalten. Sie darf das geltende Recht nicht zugunsten subjektiver rechtspolitischer Optionen biegen oder brechen. So ist die normative Form der Säkularisierung in kritischer und bewußter Unterscheidung von den vielfältig divergenten außerrechtlichen Säkularisierungsprozessen

---

(97) Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) Bd. 42, S. 330; 46, S. 92; 41, S. 57; 33, S. 41.

und -forderungen zu erheben und mosaiksteinartig aus den Verfassungsnormen, den Spezialgesetzen und den normgerechten Dezisionen der kompetenten Organe zum Gesamtbild zusammenzufügen.

Jene « faktische », außerrechtliche Säkularisierung ist freilich keineswegs rechtlich bedeutungslos: Die Rechtswissenschaft muß jene allgemeingeschichtlichen, gesellschaftlichen und religiösen Säkularisierungsvorgänge mit Hilfe der historischen, soziologischen und auch theologischen Nachbardisziplinen insoweit erforschen, als es für die juristische Entscheidung erheblich ist. Beispielsweise muß sie häufig feststellen, welche religiösen bzw. weltanschaulichen Richtungen und Kräfte historisch und soziologisch vorhanden waren und noch sind, welche Rechtsnormen sie veranlaßt haben oder welchen sie widerstreiten, welche rechtlichen Aktivitäten des Staates dadurch geboten oder erübrigt werden, ob ein Täter aus religiösen oder niedrigeren Beweggründen handelte, ob die Lumpensammlung für die Armen als « Religionsausübung » aus caritativem Grund und Ziel oder als unlauterer Wettbewerb geschah [98] usw. Der staatlichen Legislative, Exekutive, Justiz wird dadurch die nötige Information über ihre tatsächlichen Entscheidungsvoraussetzungen geliefert, die von den rechtlichen Entscheidungsnormen jedoch scharf zu unterscheiden sind. Die außerjuristischen — unter sich vielfach divergierenden — Säkularisierungsbegriffe, die in den Geschichtswissenschaften, der Soziologie, den theologischen Disziplinen verwendet werden, sind deshalb als « Hilfswissenschaften » im Rahmen des staatlichen, konfessionell neutralen Rechtssystems von nicht unerheblichem Belang. Sie dürfen aber keinesfalls mit dem besonderen juristischen Säkularisierungsbegriff vermengt oder vertauscht werden, da der einschlägige Normengehalt des staatlichen Rechtes nicht identisch ist mit den religiösen bzw. weltanschaulichen Normvorstellungen, von denen jene anderen Disziplinen handeln.

XX. Der juristische Säkularisierungsbegriff ist wegen seiner Normgebundenheit strenger auf *Allgemeinverbindlichkeit* und Ein-

---

[98] Vgl. das *Lumpensammler-Urteil*, BVerfGE 24. Bd., S. 236 ff.

deutigkeit festgelegt als der Säkularisierungsbegriff der anderen Wissenschaften. Die Säkularisierung der Rechtsform gibt nur den allgemeinen, gleichen *normativen Rahmen*, gleichsam das Gefäß für die eigentliche geistige Auseinandersetzung um die Säkularisierung, die zwischen den vielfältig auseinanderstrebenden und durcheinanderwogenden wissenschaftlichen und kulturpolitischen Säkularisierungspositionen verläuft. Der geschichtliche Rückblick hat gelehrt: Die Reduzierung rechtlicher Säkularisierung auf den allgemeinen, gleichen, äußerlichen Rahmen ist die schlechthin fundamentale Vorbedingung für die Freiheit und Vielfalt der überaus verschiedenen religiösen und weltanschaulichen Positionen, die sich erst auf dieser Grundlage des Rechts frei entfalten können.

Das Verhältnis zwischen der Säkularisierung der Rechtsformen und den außerrechtlichen Säkularisierungsvorgängen ist deshalb — wie die Geschichte schon seit 400 Jahren lehrt — im Sinne *teilweiser Konkordanz und Diastase* zu bestimmen: Die Säkularisierung des Rechts ist teilweise eine Folge der Säkularisierung des geistigen Lebens, die sich in den Rechtsformen niedergeschlagen hat. Nach dieser Emanzipation aus der konfessionellen Gebundenheit hat das Staatskirchenrecht, wie aufgezeigt, ein differenziertes Instrumentarium der Freiheit und Offenheit, der Neutralität und des Ausgleichs entwickelt, das den verschiedenen religiösen und weltanschaulichen Kräften einen allgemeinen und gleichen Entfaltungsraum für ihre Entwicklung und Auseinandersetzung gewährleistet (99). Es hat die Indienstnahme des Staatskirchenrechts zur religionsfeindlichen Säkularisierung im großen und ganzen (außer im Kultur- und Kirchenkampf) ausgeschlossen. So ist das säkulare Recht in Distanz nicht nur zu den Kräften der Konfessionalisierung, sondern auch zu den Gegenkräften einer antireligiösen Säkularisierung des allgemeinen Lebens getreten. Die Säkularisierung der Rechtsform und die Säkularisierung jener Lebensvorgänge, die sich im Rahmen dieser Rechtsformen vollziehen mögen, weichen deshalb vielfach voneinander ab.

Es ist der springende Punkt der Säkularisierung des Rechtes, die Kämpfe um die Säkularisierung « der Religion » bzw. « der

(99) Vgl. oben S. 909.

Welt » *zu neutralisieren* und möglichst zu erübrigen. So hat die Säkularisierung des Rechts in einer freiheitlichen Verfassungsordnung gerade auch den Sinn, die weltanschaulichen Säkularisierungstendenzen einzugrenzen und ihren Zugriff *abzuwehren* — wie sie in gleicher Weise die Weltbemächtigung durch die Gegenkräfte einer (weltlichen) « Verchristlichung » bzw. Konfessionalisierung verwehrt, ohne die geistliche Freiheit zur weltlichen Entfaltung des Glaubens und zur geistlichen Durchdringung der Welt zu beschränken.

XXI. Die säkularen Rechtsformen lassen sich deshalb weitgehend *zu religiösen Zielen und Funktionen verwenden* (100). Die Erfahrung hat sogar die Großkirchen gelehrt, daß ihnen die säkularen Rechtsformen eines freiheitlichen Staates in einer säkularisierten Umwelt vielfach sichereren Schutz und unanfechtbarere öffentliche Entfaltungs- und Förderungsmöglichkeiten verleihen, als es der Anspruch auf weltliche Anerkennung ihrer spezifisch religiösen Rechtsstrukturen und ihrer transzendenten Superiorität und exklusiven Unvergleichlichkeit leisten könnte.

Die religiöse Verwendbarkeit der säkularen Rechtsformen steht den religiösen Gruppen in einem freien Staate unbefangen offen, da hiermit *keine säkularisierende Selbstverleugnung* ihres ekklesiologischen Selbstverständnisses und keine Selbstanpassung an

(100) Die Art und die Grenze einer religiösen Inanspruchnahme der säkularen Normen ist nur durch eine genaue und differenzierte Einzelanalyse zu bestimmen; dies überschreitet den vorliegenden Rahmen. Manche staatlichen Normen sind auf einen dezidiert säkularen Inhalt fixiert (z.B. die Zivilehe, die religiöse und weltanschauliche Neutralität der Staatsämter). Aber selbst hier werden religiöse Motive (bei der Eheführung und der Amtsführung) vom Recht des Staates nicht ausgeschlossen, sondern respektiert. Die « Ausstrahlungswirkung » der Religionsfreiheit des Art. 4 GG muß auch bei der Auslegung und Anwendung vieler säkularer Normen beachtet werden (z.B. im weltlichen Vertragsrecht, Testamentsrecht, Wettbewerbsrecht, vgl. *Lumpensammler-Urteil*, BVerfGE 24. Bd., S. 245, 251).

Christlichen Wählern und christlichen Parteien stehen die säkularen Formen der Meinungs-, Parteien-, Wahlfreiheit für ihre weltliche Wirksamkeit offen; die konfessionelle Unabhängigkeit ihres Amtes verbietet es dem Bundespräsidenten und den Regierungsmitgliedern nicht, bei ihren amtlichen Äußerungen ihre religiöse Überzeugung kundzugeben, den Papst zu empfangen und zu besuchen u.a.m.

die säkularen Rechtsstrukturen des Staates verbunden ist. Der freie Verfassungsstaat hat sich — vermöge dieser seiner Säkularisierung — die theologische Beurteilung und Intervention verfassungsmäßig versagt, wie sich aus der Garantie der (positiven und negativen, individuellen und korporativen) Religionsfreiheit, des Trennungsprinzips und der religiösen Neutralität ergibt. So läßt auch die Verwendung des säkularen Funktionsbegriffs der « Religionsgesellschaft » in der weltlichen Verfassung die ekklesiologischen Fragen der göttlichen Stiftung, Einheit und Wahrheit der Kirche Jesu Christi offen [101]; in der Verwendung dieses äußeren, säkularen Rechtsbegriffes in den äußeren, säkularen Normzusammenhängen ist nicht der Oktroi eines antitheologischen, säkularisiert-relativierten Begriffs der Kirche als eines lediglich menschlich-soziologischen Verbandes zuerblicken [102]. Von Verfassungs wegen waren und sind die staatlichen Organe durch jene Terminologie der Verfassung keineswegs dazu verpflichtet, das spezifisch Theologische und Liturgische an den religiösen Strukturen und Aktivitäten zu ignorieren und diese lediglich als (kultur- und sozialpolitische) Säkularisate gelten zu lassen und zu behandeln. Das Grundrecht der Religionsfreiheit, das die Entfaltung des Glaubens auch in den weltlichen Beziehungen gewährleistet, steht der amtlichen Reduzierung und Ignorierung des Religiösen auch dort entgegen, wo Religionsgemeinschaften säkulare Rechtsformen für ihre geistlichen Aufgaben verwenden. Die « Ausstrahlungswirkung » der Religionsfreiheit verlangt auch hier Berücksichtigung im säkularen Recht.

---

[101] Aus der äußeren juristischen Form der « Religionsgesellschaften » (als öffentlichrechtliche Körperschaften bzw. als privatrechtliche Vereine) lassen sich keinerlei ekklesiologische oder ideologische Folgerung über das geistliche Wesen der Religionsgemeinschaften ableiten. Denn die geistliche Wesensbestimmung ist den Gläubigen bzw. den Religionsgemeinschaften als « eigene Angelegenheit » ihres religiösen Selbstverständnisses vom säkularen Verfassungsrecht garantiert (gemäß der Religionsfreiheits- und Religionsgesellschafts-Freiheitsgarantie der Artt. 4, 140 GG, 137 III WRV); dies ist der Kompetenz des säkularen Staates entzogen worden.

[102] Unter Theologen ist der Irrtum verbreitet, in dieser Selbstbeschränkung des staatlichen Rechts auf die säkulare Form und Funktion eine prinzipielle staatliche Absage an den religiösen Charakter der Kirche (und folglich einen theologischen Übergriff) zu erblicken.

Die religiöse Verwendungsmöglichkeit der säkularen staatlichen Formen — und mithin die Diastase zwischen der rechtlichen und außerrechtlich-weltanschaulichen Form der Säkularisierung — hat in der Kulturpolitik wie auch in den Geisteswissenschaften manche *Fehlurteile* veranlaßt. Die Säkularisierung der Rechtsformen wird vielfach überschätzt, weil sie im historischen Rückblick auf die konfessionell gebundenen Formen besonders auffällig in Erscheinung tritt; unterschätzt aber werden die religiösen Funktionen, die von den säkularen Rechtsformen im Dienst der Religionsgemeinschaften alsbald erstaunlich reibungslos erfüllt zu werden pflegen. So darf die Säkularisierung der Rechtsformen von den Geisteswissenschaften hermeneutisch nicht überansprucht werden: Die beschränkte Betrachtung der säkularen Formstrukturen (die den strukturellen Unterschied, ja Gegensatz zwischen den kirchlichen und staatlichen Rechtsformen überscharf in Erscheinung treten läßt) droht den funktionierenden Zusammenhang zu verkennen, in dem sich das bekenntnisgebundene Wirken (und Recht) der Kirche im äußeren rechtlichen Rahmen des bekenntnislosen, aber freiheitlich neutralen Rechts des freien Staates in der Welt entfalten kann. Deshalb ist auch in der Kulturpolitik seit zwei Jahrhunderten die laizistische Erwartung wie die kirchliche Besorgnis, daß aus der Säkularisierung des Rechts alsbald gleichsam in geschichtsphilosophischem Zwangsverlauf die Säkularisierung des religiösen und kulturellen Lebens folgen werde, durch die Entwicklung gleichermaßen widerlegt worden [103].

XXII. Insgesamt bietet die staatliche Rechtsordnung in der Frage der Säkularisierung *kein einheitliches Bild*. Der Sinngehalt der normativen Säkularisierung kann deshalb nur aus sorgfältiger Einzelanalyse der verschiedenen Verfassungs- und Gesetzesnormen ermittelt werden. In manchen Fragen trifft man auf eine — teilweise brüske — *Abwehr und Ausgrenzung* religiöser Forderungen und Prinzipien in der staatlichen Rechtsordnung; sie resultiert aus dem Bestreben nach Selbständigkeit und Unab-

---

[103] Die Säkularisierung der Rechtsformen ist deshalb für die Geisteswissenschaften hermeneutisch von begrenzter Fruchtbarkeit.

hängigkeit der staatlichen Gewalten von religiösen Einflußnahmen und Herrschaftsansprüchen, sodann aus dem Einheitlichkeitsbedürfnis des staatlichen Rechts über den religiösen Verschiedenheiten und aus der demokratischen und liberalen Gleichheitsforderung. — Andere Normen aber geben der Vielfalt und Verschiedenheit der geistigen und geistlichen Kräfte *Freiheit zur Entfaltung*; sie bieten den religiösen Kräften gerade mittels der säkularen Normen und Institutionen eine weitreichende normative *Berücksichtigung*, ja Förderung der religiösen Funktionen an. Die Einzelstücke dieses hochdifferenzierten Verfassungs- und Gesetzessystems der rechtlichen Säkularisierung sind nur im Zusammenhang sinn- und funktionsgerecht zu erfassen; sie dürfen keinesfalls isoliert und verabsolutiert werden, auch wenn die einzelnen Institute (etwa der Zivilehe, der konfessionellen Unabhängigkeit staatlicher Rechte und Ämter, der Konkordatsgarantien usw.) eine gewisse Suggestivwirkung in diesem Sinn besitzen.

So wird der weltlich abgegrenzte Bereich öffentlicher Ordnung vor der kirchlichen Vergewaltigung, aber auch Weltabkehr normativ abgesichert durch die säkulare Ausprägung der Volkssouveränität, des Demokratieprinzips, des Vorrangs der Verfassungsgeltung, der Einseitigkeit und Hoheitlichkeit staatlicher Normen, der Allgemeinheit und Gleichheit des staatlichen Rechts, des Verbotes religiöser Privilegierung und Diskriminierung, des Vorbehaltes staatlicher Schrankengesetze vor der religionsgesellschaftlichen Autonomie und damit auch des Vorrangs der Gesetze vor Konkordaten und Kirchenverträgen, welche im innerstaatlichen Geltungsbereich durch spätere, verfassungsmäßige Gesetze außer Kraft gesetzt (d.h. gebrochen) werden können ([104]).

Säkularisierung des Rechts vollzieht sich ferner durch die Verdrängung und Ignorierung älterer kirchlicher Rechtsnormen und Institute, wie dies etwa in der Regelung der weltlichen Ehe, Eidesform, Schule, Sozialstaatlichkeit usw. geschehen ist. Diese staatlichen Normen der Gesellschaft sichern die Einheit und Gleichheit, auch die Freiheit im staatlichen Rechtssystem. Sie beanspruchen Geltung gegenüber jedermann, wie es die Integra-

([104]) Artt. 20 I-III, 3 I, III, 33 III, IV, 140 GG, 137 III WRV.

tions- und Kommunikationsnotwendigkeiten einer religiös und weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft erheischen. Sie lassen aber die innerkirchliche Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit der aus dem staatlichen Rechtskreis verdrängten und dort ignorierten kirchlichen Rechtsnormen (z.B. hinsichtlich des kanonischen Ehesakramentes) unberührt und regeln z.B. nicht die Ehevoraussetzungen und Ehewirkungen des kirchlichen Eherechts; ebenso sind die früheren staatlichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte hinsichtlich des innerkirchlichen Rechtes, das durch die staatliche Säkularisierung zurückgedrängt, aber innerkirchlich freigegeben ist, erloschen (Plazet, Genehmigungsvorbehalte, Nominationsrechte usw.) ([105]). Es bleibt den Bürgern und den Religionsgesellschaften überlassen, den religiösen Geboten und den kirchlichen Rechtsnormen durch eine entsprechende Handhabung der säkularen Rechtsformen genüge zu tun, die Zivilehe etwa mit der religiösen Eheschließungsform zu verbinden, die weltliche Ehescheidung zu meiden etc., so daß sich die religiöse Bindung und Bestimmtheit innerhalb der weiten säkularen Rechtsform realisieren kann.

XXIII. Aber auch das *Staatskirchenrecht* ([105]), das sich speziell mit den Religionsgemeinschaften befaßt und ihre Belange schützt und fördert, ist von der Säkularisierung in Form und Inhalt nachhaltigst ergriffen. Auch hier zeigt sich freilich das (aus der Geschichte bekannte) intrikate und oft irritierende Ineinandergreifen der dezidiert säkularen und der ebenso entschieden religiösen Momente, wie es sich insbesondere aus der Interdependenz der säkularen Formstrukturen und ihrer religiösen Funktionen (kraft der offen-freiheitlichen Verwendungsmöglichkeit der säkularen Rechtsform) ergibt. Mehrere bestimmende Eigentümlichkeiten des säkularen Religionsrechts treffen hier zusammen und haben sich

---

([105]) Auf Einzelnachweise aus der umfangreichen Spezialliteratur zu den Sonderfragen ist im vorliegenden Rahmen zu verzichten. Zur Orientierung sei auf das *Handbuch des Staatskirchenrechts* der Bundesrepublik Deutschland (i.f. Hdb StKirchR), hrsg. v. E. FRIESENHAHN und U. SCHEUNER, 1. Bd., Berlin 1974, verwiesen, zur Einführung auf Axel VON CAMPENHAUSEN, *Staatskirchenrecht*, München 1973.

zu einer besonderen Struktur der staatskirchenrechtlichen Normen verknüpft:

Der säkulare und religiös neutrale Staat hat die eigenständige inhaltliche *Definition und Dezision der religiösen Dinge,* insbesondere der theologischen Wahrheitsfrage, die der christliche Staat früher durch sein Staatskirchentum entschied, aus den Kompetenzen der staatlichen Organe *ausgeschieden* und sie den Bürgern bzw. Religionsgemeinschaften vorbehalten. Das folgt aus der Zusammenschau der Verfassungsgarantien der individuellen und überindividuellen, positiven und negativen Religionsfreiheit, der Religionsgesellschaftsfreiheit, der Trennung von Staat und Kirche und der verschiedenen Neutralitätsbestimmungen der Verfassung, deren Text, Entwicklungsgeschichte, Systemzusammenhang und Telos sich in diesem Sinn vereinen. Verfassungsgemäß kann der säkulare und religiös neutrale Staat nur die äußere, die säkulare Seite religiöser Phänomene regeln. Deshalb hat sich das freiheitliche Staatskirchenrecht konsequent beschränkt auf *säkulare Rahmennormen.* Den religiösen Inhalt dieser staatskirchenrechtlichen Rahmenbegriffe bzw. Rahmeninstitutionen kann und will der säkulare Staat nicht mehr selbst ausfüllen ([106]).

Hier, im Bereich des Staatskirchenrechts, das sich speziell mit Religion und Kirche befassen muß, kann der religiöse Inhalt aber auch *nicht* schlechthin durch *Ignorierung* und Verdrängung ausgegrenzt werden, wie es bei der soeben aufgeführten, anderen Gruppe säkularer Ignorierungs- und Verdrängungsnormen (Zivilehe, nichtreligiöser Eid usw.) geschieht. Die staatliche Garantie der Religionsfreiheit und des Religionsunterrichts bezieht sich ja gerade auf Religion, der Theologischen Fakultäten auf Theologie, des Kirchenguts auf Kirchengut (d.h. seine gültige Weihe), der Kirchensteuer auf Kirchenmitglieder (d.h. ihre Mitgliedschaft kraft des Taufsakramentes), der Anstalt- und Militärseelsorge auf die Seele, der Denkmalpflege am Sakralkunstwerk auf das

---

([106]) Vgl. die verfassungsmäßige Gàrantie der Religionsfreiheit, Religionsgesellschaftsfreiheit, Trennung von Staat und Kirche und die Neutralitätsbestimmungen im Zusammenhang von Artt. 4, 3 III, 33 III, 140 GG, 137 I, III WRV. - Vgl. M. HECKEL, *Parität,* HdbStKirch (Anm. 105) S. 504 ff.; MEYER-TESCHENDORF, *Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen,* Tübingen 1979, S. 103 ff., 106.

Sakrale. Die laizistisch-ideologische Ausschaltung bzw. Vergewaltigung der spezifisch religiösen Momente an diesen Sozial- und Kulturphänomenen ist dem säkularen, aber freiheitlichen Staat um der Freiheit seiner Bürger willen verfassungsmäßig verwehrt (107); die Kompetenz zur eigenen etatistischen Inhaltsbestimmung des « Christlichen » aber ist entfallen (108).

So bleibt dem säkularen Staate nur die *Respektierung des Religiösen* in säkularer Distanz und Zurückhaltung verfassungsmäßig aufgegeben, was ihm die Anerkennung und Rezeption des religiösen Selbstverständnisses der jeweils betroffenen Religionsgemeinschaften bzw. Individuen rechtlich unausweichlich auferlegt. In den säkularen Rahmennormen des modernen Staatskirchenrechts ist deshalb die staatliche Selbstbeschränkung auf den säkularen Rahmen strukturmäßig kombiniert mit einer typischen *Bezugnahme- bzw. Verweisungsfunktion*: Sie verweisen jeweils auf den religiösen Gehalt und Sinn im Selbstverständnis der betroffenen Individuen und Religionsgemeinschaften. Die staatlichen Rahmennormen sind selbst gänzlich säkular offen (« ausfüllungsbedürtig ») und religiös undifferenziert; sie schützen, regeln, unterstützen ohne spezifisch religiöse Privilegierung bzw. Diskriminierung gleichmäßig die verschiedensten religiösen Phänomene. Aber eben dadurch wird im Rahmen des staatlichen Rechts die Entfaltung religiöser Funktionen in höchster Differenziertheit und Freiheitlichkeit des religiösen Selbstverständnisses und der religiösen Selbstverwirklichung ohne etatistische Nivellierung und Verfremdung möglich.

So umgreift der Begriff der « Religion » und « Freiheit » im Grundrecht der säkularen Religionsfreiheit ganz relativiert (109) und undifferenziert Glaube, Unglaube, Aberglaube im christlichen wie im außerchristlichen Sinn, die Freiheit zum Heil aus dem

---

(107) So dürfen der Religionsunterricht nicht zur antireligiösen Ideologisierung, die Theologie nicht zu zersetzender Religionskritik, die Kirchen nicht in « Kirchenmuseen » «umfunktioniert » werden.

(108) Nach Beseitigung des früheren Staatskirchentums.

(109) Ganz gelöst von dem theologischen Begriff der « Freiheit » und des « Glaubens », der sich aus den theologischen Kriterien der Wahrheit, d.h. aus der Christologie, Soteriologie, Ekklesiologie der Kirchen nach ihrer theologischen Tradition und Wahrheitssuche bestimmt.

wahren Glauben ebenso wie die Freiheit zum Verderben in der Knechtschaft des Abfalls und der Sünde, wenn nur die Grenze des weltlich-polizeimäßig Allgemeinverträglichen eingehalten wird. Die Eigenständigkeits- und Freiheitsgarantie der Religionsgesellschaften kommt in säkularer Undifferenziertheit und Urteilslosigkeit auch theologisch fragwürdigen Gesellschaften zugute ([110]), wird freilich wiederum durch säkulare Rahmennormen der staatlichen Schrankengesetze begrenzt, die ihrerseits jedoch verfassungsmäßig auf allgemeine säkulare Ziele und Gehalte zu beschränken sind ([110]). Als säkulares Mantelinstitut verweist die Kirchengutsgarantie auf die religiöse Weihe und Widmung, der Religionsunterricht auf die inhaltliche Selbstbestimmung des Religiösen durch die Religionsgemeinschaften, das Denkmalrecht auf die Respektierung ihrer liturgischen Prinzipien.

Die säkularisierte Grundstruktur des modernen staatlichen Religionsrechts äußert sich in dem einseitig-hoheitlichen Erlaß ([111]) durch die säkularen staatlichen Gewalten auf der säkularen Verfassungsgrundlage, in der säkularen Abwehr kirchlicher Superioritätsansprüche und Sinnbemächtigung, sodann in inhaltlicher Entleerung und Relativierung des früheren theologischen Gehaltes, wodurch es sich in säkularer Selbstbeschränkung auf den säkularen Rahmen reduziert. Die Säkularisierung umfaßt aus eben diesem Grunde die Freigabe der religiösen Gehalte in «Ausfüllungsbedürftigkeit» und Neutralität an die jeweils betroffenen Religionsgemeinschaften bzw. Individuen zu ihrer freien Selbstbestimmung nach ihrem religiösen Selbstverständnis; die Säkularisierung schließt deshalb die äußere Rezeption (nicht die laizistische Ausschaltung) der religiösen Phänomene in den Schutz der säkularen Freiheitsgarantien und Förderungen ein.

Säkularisierung des Rechtes ist Rahmensäkularisierung, in der das Religiöse wie das Säkulare geistig und geistlich mächtig werden kann.

([110]) Martin HECKEL, *Die Kirchen unter dem Grundgesetz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 26, Berlin 1968, S. 41; Konrad HESSE, *Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen*, HdbStKirchR (Anm. 105) 1. Bd., S. 434 ff., 438.

([111]) Bzw. in dem hoheitlichen Vollzugsbefehl («Transformation») bei Kirchenverträgen.

XXIV. Die bedeutsamen Veränderungen der modernen Staatsstruktur — insbesondere die explosionsartige *Erweiterung der Staatsaufgaben* und der staatlichen Verantwortung für das gesamtgesellschaftliche und kulturelle Gefüge des Volkes einerseits und die *Aktualisierung der Freiheitsrechte* andererseits — haben erhebliche Auswirkungen auf die rechtliche Problematik der Säkularisierung in der Gegenwart: Die umfassende Erweiterung der Kultur- und Sozialstaatlichkeit hat viele vormals staatsfreie Bereiche der Gesellschaft in die staatliche Verantwortung, d.h. Planung, Ordnung, Subventionierung, ja Verwaltung genommen. Auch die Religionsgemeinschaften haben auf diesen früher staatsfreien Feldern der Gesellschaft ihre verschiedenen gottesdienstlichen und erzieherischen, diakonischen, caritativen und kulturellen Aktivitäten entfaltet; sie sind darauf auch in Zukunft zur Erfüllung ihres eigenen Auftrages angewiesen und dazu nach ihren freiheitlichen Verfassungspositionen auch berechtigt. Das hat die Religionsgemeinschaften in vielfältige neue Berührungen mit dem modernen Kultur- und Sozialstaat gebracht. Der Ausbau der Staatstätigkeit hat allenthalben in den Kultur-, Wirtschafts- und Sozialbereichen das altliberale Modell der « Trennung » zwischen Staat und Gesellschaft aus dem 19. Jahrhundert mehr und mehr durch *neue Formen der Koordinierung, Kooperation und Förderung* ergänzt und überlagert ([112]). Auch auf dem religiösen Sektor ist deshalb das liberale Trennungsmodell nicht ohne neue Verbindungen zu praktizieren, wie sie die « Ausstrahlungswirkung » der Religionsfreiheit und das Verbot der Diskriminierung aus religiösen bzw. weltanschaulichen Gründen rechtlich unumgänglich machen, nachdem der moderne Staat auch mit den sonstigen gesellschaftlichen Verbänden in gegenseitiger Abstimmung vielfältig zusammenarbeitet.

Das Prinzip der Trennung zwischen Staat und Kirche, das im deutschen Verfassungsrecht bekanntlich keineswegs rigoros realisiert worden ist, ist damit nicht gegenstandslos geworden: Es

([112]) Soweit die Religionsgesellschaften « öffentliche » Funktionen im Gesamtbereich der Kultur, Erziehung, Gesundheitsfürsorge, Sozialarbeit wahrnehmen, den der Staat in seine Obhut und Förderung und letzte Verantwortung genommen hat.

verlangt entweder die Beschränkung des säkularen Staates auf den säkularen Bereich, oder seine Beschränkung auf die säkularen Seiten und Aspekte eines gemischten (« gemeinsamen ») weltlich-geistlichen Bereiches, den der moderne säkulare Kultur- und Sozialstaat ohne Diskriminierung des Religiösen verfassungsmäßig mitbetreut ([113]). Gerade in der Konsequenz der Trennung und der Säkularisierung des Staates muß der neutrale und freiheitliche Kulturstaat die spezifisch-religiösen Momente der « *res mixtae* » den Religionsgemeinschaften zur freien Selbstbestimmung überlassen. Er darf die geistlich-weltliche Einheit dieser Phänomene weder zerschneiden noch säkular vergewaltigen, die Kirchen also in seiner Denkmalspflege nicht in Kirchenmuseen, die Theologie nicht in säkulare Religionswissenschaft bzw. antireligiöse Religionskritik, den Religionsunterricht nicht in säkulare Religionskunde verfremden.

Die gemeinsame Pflege der geistlich-weltlichen Kultur- und Sozialphänomene aber ist in Freiheit und Neutralität nur durch die Koordinierung und Kooperation mit den betreffenden Religionsgemeinschaften zu bewerkstelligen ([114]). So sind diese « *res mixtae* » keineswegs überholte Relikte ([115]) aus der Zeit des Staatskirchentums bzw. der Staatskirchenhoheit, die gleichsam als erratische Blöcke in einer säkularisierten Verfassungsepoche bestehen blieben und restriktiv zu interpretieren bzw. rechtspolitisch zu eliminieren seien, wie gelegentlich kulturpolitisch pointiert verlautet.

In der Säkularisierung des Staates, d.h. seiner notwendigen Kompetenzbeschränkung auf das Säkulare, liegt auch der Grund

---

([113]) Vgl. etwa Martin HECKEL, *Staat, Kirche, Kunst. Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler*, Tübingen 1968, S. 194 ff.; bei der staatlichen Denkmalpflege an den kirchlichen Kulturdenkmälern sind die liturgischen Prinzipien der betr. Religionsgemeinschaften verfassungsmäßig zu respektieren.

([114]) Die Notwendigkeit der Koordinierung und Kooperation ergibt sich aus dem Verbot der Diskriminierung aus religiösen bzw. weltanschaulichen Gründen (Art. 3 III GG), das die Zurücksetzung der religiösen Kräfte hinter den sonstigen gesellschaftlichen Verbänden (mit denen der moderne Staat sich abstimmt und zusammenarbeitet) verwehrt, und aus der Respektierung der Freiheitsrechte und ihrer *Ausstrahlungswirkung* (BVerfGE 24. Bd., S. 245, 251).

([115]) Ihre moderne Fortführung und Ausgestaltung ergibt sich gerade aus der umfassenden Erweiterung der Kultur- und Sozialstaatlichkeit.

für den Bestand der *Konkordate* und Kirchenverträge ([116]), — sowohl im pragmatischen wie im tiefer legitimierenden Sinne. Auf diese gegenseitige Abstimmung der Kompetenzen und Interessen ist gerade der säkulare, aber freiheitliche Staat stärker angewiesen als zuvor der « christliche Staat », der die religiösen Probleme nach eigenem Maßstab entscheiden durfte und entschied.

XXV. Über Grund und Grenze jener religiösen Offenheit des säkularen Rechts ist somit zu resumieren: Die religiöse Bezugnahmefunktion säkularer Staatskirchennormen (und ihre Steigerung zur Koordinierung und Kooperation bei den « res mixtae ») entspricht normativ den Freiheitsgarantien der Verfassung und der dadurch bewirkten und geschützten Vielfalt und Verschiedenheit der religiösen und weltanschaulichen Kräfte im freiheitlich-pluralistischen Verfassungssystem. Diese Bezugnahme ist deshalb dort üblich und geboten, wo sich die säkularen Normen mit den spezifisch religiösen Verhältnissen der Religionsgemeinschaften (bzw. der Individuen) befassen, und wo sie deren religiöse Verschiedenheiten im gleichen Rahmen des säkularen Rechtes jeweils differenziert zur Entfaltung kommen lassen (wie am jeweils besonderen katholischen oder evangelischen Status des Religionsunterrichts, der Theologischen Fakultäten, der konfessionellen Friedhöfe und Sakraldenkmäler deutlich wird) ([117]).

Die religiöse Bezugnahmefunktion auf kirchliche ([117]) Prinzipien und Normen ist jedoch dort ausgeschlossen bzw. *begrenzt*, wo das säkulare Recht von den gemeinsamen Grundlagen des Volkes bzw. von den Freiheitsrechten anderer handelt. Bei den gemeinsamen Einrichtungen (wie etwa der christlichen Gemeinschaftsschule, den staatlichen Feiern und Symbolen), ist die Verweisung auf spezielles konfessionelles Glaubensgut (einer bzw. zweier Großkirchen etwa) unzulässig, da dies der säkularen Ein-

---

([116]) Dazu Alexander HOLLERBACH, *Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt 1965; DERS., *Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts*, HdbStKirchR (Anm. 105) 1. Bd., S. 267 ff.

([117]) Ein solcher Status ist auch den Freikirchen, Sekten und außerchristlichen Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaften angeboten. Vgl. Artt. 137 V 2, VII WRV, 140 GG.

heit, Freiheit, Gleichheit und Allgemeinheit des weltlichen Verfassungs- und Rechtssystems widerstreitet. Religiöse Dinge und Prinzipien können von den demokratisch legitimierten Gewalten zwar im Rahmen ihres weiten kultur- und sozialpolitischen Handlungsspielraumes durchaus berührt werden (und je nach der Materie wird dies u. U. sachnotwendig sein), doch müssen diese religiösen Fragen dann in einer (säkularisierten) Veräußerlichung und Allgemeinheit bleiben, die sie für jedermann akzeptabel bzw. tolerabel machen. Das hat die Auseinandersetzung um die Bekenntnisschule bzw. die christliche Gemeinschaftsschule, um die religiöse Eidesform und um das Schulgebet exemplarisch gelehrt (97).

Staatliche Bezugnahmenormen und Kooperationsregelungen müssen deshalb auch individuelle *Ausweichmöglichkeiten* für Apostaten und Dissidenten enthalten, damit deren negative Religionsfreiheit nicht unzulässiger Vereinnahmung zum Opfer fällt. In vielen Einzelregelungen hat das Staatskirchenrecht dem näher Rechnung getragen (Kirchenaustrittsrecht, Freiwilligkeit der Erteilung und Teilnahme am Religionsunterricht, bei konfessionellen Sozialeinrichtungen usw.). Die säkularen Ausweichmöglichkeiten sind freilich nicht in « Umfunktionierungsrechte » zu verkehren, die etwa dem innerkirchlich gescheiterten Reformer Veränderungen seiner Religionsgesellschaft durch Zuhilfnahme der säkularen Staatsgewalt erzwingen ließen (118). In komplizierten Kompromißregelungen ist hier ein Ausgleich zwischen der individuellen Religionsfreiheit des Dissidenten und der korporativen Religionsfreiheit der Religionsgesellschaft zu finden, deren Selbstverständnis der Staat nicht zugunsten des Dissentierenden durch seine säkulare Staatsgewalt verfremden darf.

Die rechtliche Säkularisierung im freiheitlichen Verfassungssystem vereinigt somit in komplexer, höchst differenzierter Weise die Abwehr des Religiösen, seine Relativierung, seine Entleerung, seine Ausgrenzung, seine Selbstbestimmung, seine Selbstverwirklichung, seine Anerkennung, seine Rezeption. Die exakte Analyse

---

(118) Ulrich SCHEUNER, *Rechtsfolgen der konkordatsrechtlichen Beanstandung eines katholischen Theologen*, Berlin 1980.

der Rechtsnormen zeigt, daß in der zusammengesetzten Natur der staatskirchenrechtlichen Formen alle die vielfältigen Elemente und Varianten des allgemeinen Säkularisierungsprozesses wiederkehren, die im Geistesleben seit Beginn der Neuzeit in mächtigen Strömungen aufeinander trafen. Sie werden in den speziellen Rechtsnormen juristisch besonders definiert und in feiner Abstimmung so zusammengefügt, daß der säkulare Rahmen und das religiöse Bild, Freiheit und Bindung, Vielfalt und Einheit, Vorrang und Zurückhaltung im säkularen Staatskirchenrecht leidlich zusammenpassen. Einzelteile lassen sich nicht ohne Bruch ihres Charakters herausschlagen und an fremden Fassaden verbauen.

Diritto civile

Zivilistik

FRANCESCO D'AGOSTINO
Università di Catania

LA « REGOLA AUREA » E LA LOGICA DELLA SECOLARIZZAZIONE

Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te! O, per usare la ancor più pregnante formula proverbiale tedesca: *Was du nicht willst, dass man dir tu', das füg auch keinem andern zu*! Come spesso succede, un principio, un tema esegeticamente e concettualmente facile, se non addirittura elementare (e in tal senso *vulgär*, come lo definisce il Dihle (1)), risulta invece — a una più attenta analisi — *ermeneuticamente* complesso. Cosa comporti il principio di reciprocità, in questa formulazione popolare — cui ben si adatta l'appellativo, ormai tradizionale, di « regola aurea » (2) — non è difficile appurare, anche se ovviamente è ben possibile sottilizzare sulle sue diverse versioni, quella negativa e quella positiva (3) e magari ricondurre l'una al diritto e l'altra all'eti-

(1) Cfr. A. DIHLE, *Die Goldene Regel. Eine Einführung in die Geschichte der antiken und frühchristlichen Vulgärethik*, Göttingen 1962.

(2) Di « regola aurea » si parla, in verità, solo da due secoli a questa parte e molto più nell'ambiente culturale anglosassone che in quello europeo-continentale, che solo si può dire nel nostro secolo ha recepito questo felice modo di designare l'antica massima di saggezza. Su chi sia stato il primo a parlare di « regola aurea » non è possibile dire alcunché di preciso: è comunque osservazione comune negli studiosi (non molti, in verità) che si sono occupati del nostro principio che è possibile riscontrare l'espressione *golden rule* in GIBBON, *The history of the decline and fall of the Roman Empire*, London 1855, vol. IV, p. 54, n. 36.

(3) Non ritengo, personalmente, che le due versioni della regola aurea, la negativa (non fare agli altri...) e la positiva (fa' agli altri ciò che vorresti fosse fatto a te) appartengano a orizzonti culturali realmente diversi. È ben chiaro che *concettualmente* l'una indica — per dirla con JEREMIAS (voce *Goldene Regel*, in *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, vol. II, 1958³, p. 1688) — una mera *Klugheitsregel*, mentre l'altra consiste piuttosto in una *Anweisung zur Liebe*; ma

ca (4), l'una all'universo culturale pagano ed ebraico e l'altra a quello evangelico-cristiano (5), o anche mettere in luce accanto all'emotiva diffusività di questo principio anche la sua vuota formalità (6), che rischia di divenire — quando il principio stesso venga applicato rigidamente al concreto — fonte di ingiustizia (7). A mio avviso, però, indagini di questo tipo, per quanto di notevole interesse, restano marginali rispetto alla questione critica decisiva che deve essere affrontata da chi si voglia occupare di questo antichissimo e venerando precetto: questione che non è quella logico-critica — che del resto ha sempre interessato molto poco gli studiosi di etica (8) — ma quella filosofico-ermeneutica, quella

---

non si può non ammettere che la stretta affinità logica tra le due versioni ne facilita enormemente l'identificazione. È quello che ben emerge da celebri pagine di Leibniz, sulle quali ritorneremo più avanti, o dalla meno nota, ma non meno significativa, affermazione sadiana: « Tutta la morale umana è racchiusa in questa sola parola: rendere gli altri tanto felici quanto si desidera esserlo noi e non recar maggior male di quanto ne vorremmo ricevere » (SADE, *Dialogo tra un prete e un moribondo*, in *Opere*, trad. it., Milano 1976, p. 21).

(4) Come fa ad es. G. SPENDEL, *Die Goldene Regel als Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Fritz von Hippel*, hrsg. von J. Esser und H. Thieme, Tübingen 1967, pp. 491-517. Ma si ricordi che già il THOMASIUS con la sua celebre distinzione tra *justum*, *honestum* e *decorum* (*Fundamenta juris naturae et gentium*, I, VI, 40 ss.) aveva utilizzato le diverse versioni della regola aurea per distinguere la categoria della giuridicità da quella dell'eticità e non dissimilmente, sotto questo profilo, aveva proceduto SCHOPENHAUER, *I due problemi fondamentali dell'etica*, trad. it., Torino 1961, p. 213 e 236.

(5) Insiste molto, ad es., sul rovesciamento evangelico della regola aurea da negativa in positiva E. STAUFFER, *Die Botschaft Jesu damals und heute*, Bern und München, 1959, pp. 55-60.

(6) Cfr. H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, trad. it. Torino 1975, pp. 18-20.

(7) Come argutamente sottolinea ENGISCH, citando il motto medioevale: *Quod licet Jovi, non licet bovi*[2] (*Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München 1971, p. 278). Ma forse il punto da discutere è proprio questo: l'eguaglianza e la reciprocità tra gli uomini si misurano in rapporto al divino, da una parte, e alla realtà animale dall'altra. Inteso (con un po' di buona volontà) in senso ontologico, il broccardo ricordato da Engisch non confuta affatto, ma riafferma il principio della regola aurea. Ha recentemente insistito sul carattere suaccennato dell'eguaglianza S. COTTA, *Né Giudeo, né Greco, ovvero della possibilità dell'eguaglianza*, in AA. VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Roma 1978, pp. 27-42.

(8) Le eccezioni sono rare, ma rimarchevoli almeno quella di M. G. SINGER, *The Golden Rule*, in « Philosophy », 38, 1963, pp. 293-314 (Singer ha più diffusa-

che riguarda non il contenuto, non che cosa dica, ma il senso, che cosa sia e rappresenti la regola aurea nella coscienza dell'uomo occidentale e, in particolare, in quella dell'uomo post-cristiano, secolarizzato. Insomma, come va propriamente intesa la regola aurea? È un mero orientamento per la prassi — un *Ausdruck höchster Gerechtigkeit* [9] — una regola di condotta radicata nella sapienza dei secoli, nella memoria storica dei popoli, una *vorphilosophische Volksweisheit* [10], o non piuttosto un *signum revelativum* di uno *status*, cioè più che un'indicazione precettiva l'indice di una *Weltanschauung*, uno dei tanti — e inesauribili modi — di autocomprensione dell'uomo?

La questione potrebbe essere banalmente risolta affermando che nella regola aurea sono presenti ambedue i motivi; così come ambedue i motivi sono presenti in coloro che la rifiutano [11] e che pertanto mostrano, proprio con l'obbedire a una morale di rapina, il loro radicarsi in una visione del mondo in definitiva solipsistica [12]. Ma personalmente ritengo che sia più fruttuoso separare i due momenti (che comunque è ovvio che siano strettamente collegati nell'effettualità della prassi), sia per lasciar da parte ciò che di fatto, ripeto, è solo relativamente degno di atten-

---

mente esposto il suo pensiero etico, nel quale la regola aurea occupa un posto non piccolo, nel vol. *Generalization in Ethics*, London 1963), quella di R. M. MacIver, *The deep Beauty of the Golden Rule*, in *Moral Principles of Action*, a cura di R. N. Anshen, New York 1952, pp. 39 ss. (su cui cfr. le osservazioni critiche di A. Bredht, *Political Theory. The Foundations of XXth Century political Thought*, Princeton 1959, pp. 356-357) e soprattutto quella di H. Reiner, *Die « Goldene Regel ». Die Bedeutung einer sittlichen Grundformel der Menschheit*, in « Zeitschrift für philosophische Forschung », 3, 1948/1949, pp. 74-105 e *Die « Goldene Regel » und das Naturrecht*, in « Studia Leibnitiana », IX/2, 1977, pp. 231 ss.

[9] L'espressione è di Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, cit., p. 277.

[10] Così H. Reiner, *Das kantische Sittengesetz im sittlichen Bewusstsein der Antike*, in « Kant-Studien », 39, 1934, p. 2.

[11] Tipica, in tal senso, la posizione sadiana: « Vous nous parlez d'une voix chimérique de cette nature, qui nous dit de ne pas faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qu'il nous fût fait; mais cet absurde conseil ne nous est jamais venu que des hommes et d'hommes faibles. L'homme puissant ne s'avisera jamais de parler un tel langage » (*La philosophie dans le boudoir*, Roma 1974, p. 138).

[12] Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Il soggetto assoluto e i suoi diritti nell'universo sadista*, in « Rivista internazionale di Filosofia del Diritto », 56, 1979, pp. 21 ss.

zione (il valore strettamente teoretico della regola aurea come principio etico), sia per meglio focalizzare ciò invece che in essa è essenziale: il suo portarci dritti al cuore di uno specifico universo ermeneutico. In poche parole esporrò in tal modo la tesi che vorrei sviluppare brevemente in queste pagine: dato che è possibile dimostrare come nella cultura occidentale [13] la regola aurea sia collegata ad una visione cristiana della giustizia [14] — come del resto si trova conferma in autori davvero insospettabili [15] — si può altresì dimostrare che il processo di secolarizzazione del cristianesimo e dei suoi valori si è fatto evidente nella *perdita di senso* cui il nostro principio è andato progressivamente incontro [16].

---

[13] Anche se non esclusivamente in essa è possibile verificare la presenza del principio. L. J. PHILIPPIDIS, *Die Goldene Regel, religionswissenschaftlich untersucht*, Diss., Leipzig 1929, ha ricostruito l'incredibilmente ampia diffusione della regola aurea (o di formule ad essa strettamente imparentate) in ambiti extra-europei, dimostrando così brillantemente il carattere oggettivamente *universale* del precetto (un lavoro analogo era stato svolto per il precetto dell'amore reciproco da H. HAAS, *Idee und Ideal der Feindesliebe in der ausserchristlichen Welt*, Leipzig 1927). Ma oltre a fornire un consistente indizio in ordine all'esistenza di almeno una « legge transculturale » di condotta (nel senso cui ricorre G. CARCATERRA, *La Grande Divisione, sì e no*, in « Rivista di Filosofia », 1976, p. 52), il lavoro di Philippidis non va, dato il suo carattere essenzialmente filologico.

[14] La cosa ovviamente non stupisce, dato che la regola aurea è esplicitamente fatta propria, nei Vangeli, da Gesù (cfr. Mt. VII. 12: « Omnia ergo quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis. Haec est enim lex et prophetae », e Lc., VI. 31: « Et prout vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis similiter ») in ossequio al dato veterotestamentario (cfr. Tob., IV. 15: « Quod ab alio oderis fieri tibi, vide ne tu aliquando alteri facias »). Sul radicamento della regola aurea nella sensibilità cristiana, si possono vedere i due lavori esemplari sul tema *Alterum non laedere* di F. CALASSO (per il profilo più strettamente storiografico) e di W. CESARINI SFORZA (per l'aspetto filosofico), apparsi sull'« Enciclopedia del Diritto », vol. II, Milano 1958, *ad vocem*. Le pagine di Calasso sono anche riprodotte in CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 341 ss.

[15] Si legga, ad es., la candida dichiarazione di J. STUART MILL: « In the golden rule of Jesus of Nazareth, we read the complete spirit of the ethics of utility » (*Utilitarianism*, London 1895[12], p. 24). Uguale attribuzione in SPENCER, *Justice*, § 31.

[16] Se si volesse ricondurre questo discorso a localizzazioni geografico-culturali, direi che il fenomeno è avvertibile principalmente nell'area di lingua tedesca. In Italia, ad es., la regola aurea è stata raramente tematizzata, né sembra esserlo nemmeno oggi (si pensi ad es. che mentre nella grande « Enciclopedia Filosofica » in sei volumi la voce « regola aurea » non compare nemmeno, essa figura

In tal senso il parallelismo tra la regola aurea e il « precetto dell'amore » della tradizione evangelica è impressionante: la *comprensione secolarizzata* della prima va di pari passo con quella del secondo e il processo si spinge a tal punto che i due principii giungono quasi a fondersi ([17]). Non si tratta — si noti bene — di un mutamento di referenti filosofici specifici (ad es. il tramonto della metafisica classica, l'avvento del criticismo, *et similia*), quanto di un diverso orientamento epocale, di una nuova — si scusi il termine ormai logoro — *sensibilità*. Non si tratta, ripeto, del « progresso » della filosofia — che peraltro, a mio avviso, semplicemente non esiste ([18]) —, ma di un diverso atteggiamento ermeneutico ed

---

degnamente nello smilzo volumetto *Lexikon der Ethik*, München 1977, in un'autonoma voce curata da O. Höffe (p. 89). Una rassegna dei principali studi sulla regola aurea condotti nell'ambito tedesco è quella di A. LUTZ, *Die goldene Regel*, in « Zeitschrift für philosophische Forschung », 18, 1964, pp. 467-475.

([17]) Lasciando da parte una trattazione un minimo approfondita del precetto dell'amore — cosa che esorbiterebbe da questa nota — si può osservare da vari segni come la secolarizzazione di questo principio lo porti ad identificarsi con la regola aurea, attraverso una sua lettura sempre più « orizzontale ». Ciò si verifica sia in ambito teologico (si pensi alle recenti prospettive che negano un *proprium* della morale cristiana, fosse anche il principio stesso dell'amore: cfr. il materiale raccolto da F. COMPAGNONI e D. MONGILLO alla voce *Specifico della morale cristiana*, in « Dizionario enciclopedico di Teologia morale », suppl. alla IV ed., Roma 1976, pp. 1431 ss.), sia in ambito esegetico — con inevitabili sconfinamenti nell'ermeneutica. Ad es. M. BUBER legge il precetto dell'amore alla stregua di un precetto che raccomanda l'eguaglianza. *Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst* diventa, nella nuova lettura « secolarizzata », *Liebe deinen Genossen, dir gleich*: l'amore non è più comandato sul fondamento della volontà di Dio, ma trova la sua motivazione nel riconoscimento dell'eguaglianza con coloro che sono nostri compagni di viaggio nella vita. Il precetto starebbe dunque a significare: « Sei liebreich zugewandt den Menschen, mit denen du je und je auf den Wegen des Lebens zu schaffen bekommst » (cfr. BUBER, *Zwei Glaubensweisen*, Zürich 1950, pp. 69-70, ora anche in BUBER, *Werke*, vol. I, *Schriften zur Philosophie*, München-Heidelberg 1962, pp. 701 ss.). Un'identica lettura del precetto dell'amore emerge — ma stranamente senza il dovuto ricordo dell'esegesi buberiana — in M. HORKHEIMER, *Die Sehnsucht nach dem ganz Anderen*, trad. it., Brescia 1972, p. 76.

([18]) Chi potrebbe sostenere oggi, ad es., che la dottrina di LEIBNIZ — sulla quale torneremo tra poco — si situa « nel momento in cui le forze ideali del Medioevo facevano le loro ultime difese contro la nuova realtà politico-sociale del mondo moderno »? (Così il CESARINI-SFORZA, *op. cit.*, p. 98). Ciò che è rimarchevole in questa espressione non è tanto la stanca (ma, in certi limiti, accettabile) periodizzazione/contrapposizione tra Medioevo e « modernità », quanto il sottinteso giudizio

esistenziale: il mutamento del *Dasein*, di cui parla Heidegger e che opera per vie sottili, ma percepibili [19].

Si consideri, per fare solo un rapido esempio, l'atteggiamento di Kelsen nei confronti della regola aurea, nel suo celebre saggio sulla giustizia. Egli si sbarazza, con fin troppe argomentazioni, dell'interpretazione, per dir così, « ingenua » della regola, quella che assume la *soggettività* come misura di ciò che « si vorrebbe che fosse fatto » e solo alla fine del paragrafo giunge a cogliere il versante più autentico della regola. « Se la regola aurea, secondo la sua intenzione, deve costituire la norma fondamentale di un ordinamento sociale, deve essere concepita come la norma che prescrive di trattare gli altri, non come effettivamente si desidera venir trattati, bensì come si *deve* (*soll*) desiderare di essere trattati, cioè come si *deve* (*soll*) essere trattati secondo una norma generale, applicabile cioè non ad uno solo, ma a tutti ». Ma qui sta la difficoltà che nella prospettiva laica e secolarizzata di Kelsen si rivela insuperabile: « Ma come si deve essere trattati? — egli si chiede — Qual è il contenuto di questa norma generale? A tale quesito — che è poi quello decisivo — la regola aurea non dà risposta alcuna, così come la formula del *suum cuique* aveva lasciato aperto il problema della determinazione del *suum* » [20]. Il punto che Kelsen non coglie

---

di marca idealistica basato sul criterio del « superamento » e dell'inveramento. Criterio che porta Cesarini ad arbitrarie generalizzazioni, come quella conclusiva del saggio cit., per la quale in Leibniz non solo si giungerebbe ad una completa giuridicizzazione del precetto *alterum non laedere*, ma anche alla determinazione positiva del « bene » al quale questo precetto implicitamente si riferirebbe. « Non si tratta più — scrive Cesarini — del bene morale di cui l'uomo cristiano ha coscienza, ma dei beni materiali, economicamente valutabili, dei quali si vuole la conservazione e il cui valore è tutelato dalla giustizia commutativa. Questa è la concezione economicistica del diritto, che nel mondo moderno prende decisamente il sopravvento sulla concezione morale-religiosa » (*ibidem*). A mio parere in tal modo non solo si attua, col pretesto della lettura storica di un autore, una mutilazione del suo pensiero (si vedano più avanti le mie osservazioni su Leibniz e sul carattere cristiano, pre-borghese della sua teoria della giustizia), ma si giunge altresì a perdere il senso del *nuovo* nella storia, che come ci ha insegnato lo strutturalismo (che probabilmente solo in questo è da condividere) si muove molto più per fratture e ribaltamenti che per ordinato e logico sviluppo.

[19] Di mutazione del *Dasein* HEIDEGGER parla in *Die Frage nach dem Ding*, Tübingen 1962, pp. 49-50.

[20] KELSEN, *Il problema della giustizia*, cit., p. 20.

(né può — date le sue premesse — cogliere) è che nella formula *suum cuique* ciò che è rilevante non è la determinazione concreta del *suum* di ciascuno, ma il fatto che questo *suum* esista nell'oggettività e non solo nella volontà (più o meno benefica, più o meno egoista, ma certo di per sé sempre arbitraria) del soggetto che questo *suum* è intenzionato a dare (fss'anche, questo soggetto, il legislatore). Ora, accettare l'esistenza oggettiva di un *suum* è probabilmente condizionato a un'opzione fondamentale in ordine all'oggettività del reale che si riverbera puntualmente in tutta la successiva lettura della problematica etico-giuridica.

Ho fatto l'esempio di Kelsen sia per l'autorità dello studioso, sia per la chiarezza delle sue posizioni. Ma certamente il momento di frattura, quello in cui il portato della regola aurea viene sospinto nell'insignificanza e si giunge inevitabilmente alla sua fattuale *soppressione* come principio filosoficamente rilevante, si pone molto, molto prima. Non è esagerato osservare che la caduta di interesse dei filosofi per la regola aurea si è fatta manifesta da quando Kant ha trattato (in una significativa noticina della *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*) questo principio con una sorta di dispregio. Si tratta probabilmente, nel caso di Kant, di un'accesa acribia linguistica e concettuale, che non riesce però a togliere il punto essenziale della questione: tra la regola aurea e l'imperativo categorico si pone comunque una *continuità* [21], che va indubbia-

[21] È ben noto, del resto, che Kant non riteneva (né tanto meno aveva la pretesa) di aver scoperto alcunché di « nuovo » con la sua teoria della legge morale. Egli ripete chiaramente che le sue formule dell'imperativo categorico corrispondono al principio che la « gemeine Menschenvernunft », posta di fronte alle scelte morali, « jederzeit vor Augen habe » (*Grundlegung*, pp. 402-404, Akademieausgabe, *Kritik der praktischen Vernunft*, p. 8). Kant ha perfettamente ragione: nella sua speculazione, ciò che è diverso rispetto alla tradizione cristiana (e, più in generale, occidentale — la sola che in fondo Kant poteva realmente conoscere) non è il principio della morale, ma la motivazione che rende questo principio *credibile*: il problema della secolarizzazione è tutto qui. Stupisce, piuttosto, il fatto che Kant maltratti a tal punto la regola aurea, senza nemmeno riconoscerle, sia pure al livello della *trivialität*, un'assonanza con i principi della moralità da lui messi in luce. Il che non toglie che studiosi contemporanei possano con tutta tranquillità — e senza sentirsi minimamente toccati dalla possibile accusa di *trivialität* — insistere sulla continuità tra il principio dell'imperativo categorico e quello della regola aurea: cfr. TAMMELO, *Theorie der Gerechtigkeit*, Freiburg-München 1977, p. 86.

mente a tutto svantaggio della prima, accusata oltre che per la sua poca precisione filosofica, anche per quel certo qual indice di egoismo che porterebbe seco. Leggiamo infatti il testo kantiano: « Man denke ja nicht, dass hier das triviale *quod tibi non vis fieri* usw. zur Richtschnur oder Prinzip dienen könne. Denn es ist, obzwar mit verschiedenen Einschränkungen, nur aus jenem abgeleitet; es kann kein allgemeines Gesetz sein, denn es enthält nicht den Grund der Pflichten gegen sich selbst, nicht den der Liebenspflichten gegen andere (denn mancher würde es gerne eingehen, dass andere ihm nicht wohltun sollen, wenn er es nur überhoben sein dürfte, ihnen Wohltat zu erzeigen), endlich nicht der schuldigen Pflichten gegeneinander; denn der Verbrecher würde aus diesem Grunde gegen seine strafenden Richter argumentieren, usw. » ([22]).

Ora, il punto da discutere non è se Kant avesse o no ragione nel ritenere *trivial* la regola aurea (probabilmente aveva perfettamente ragione, ma altra cosa è se in filosofia la *trivialität* vada bandita, o se invece non sia proprio grazie ad essa e alle sue istanze che i filosofi mantengono spesso i piedi per terra); ma se egli ne abbia colto l'*esatta valenza ermeneutica*: quella di una regola di condotta e di giustizia resa perfettamente *omogenea*, da secoli di esperienza, alla cultura cristiana. La risposta è decisamente no: Kant non solo ha secolarizzato il senso profondo della regola aurea, ma l'ha fatto per di più senza avvedersene, senza cioè quella precisa coscienza del *novum* culturale da lui introdotto in altri ambiti della sua speculazione. E, cosa ancor più notevole, pure i più acuti commentatori di Kant hanno continuato a vedere la questione esattamente

---

([22]) « Non si immagini qui che la formula comune *quod tibi non vis fieri* ecc., possa servire di regola o di principio. Perché essa è unicamente derivata dal principio che noi abbiamo posto, quantunque con diverse restrizioni; essa non può essere una legge universale perché non contiene il principio del dovere verso se stessi, né quello del dovere di carità verso gli altri (perché vi sono persone che consentirebbero ben volentieri che gli altri non fossero obbligati a beneficarle, pur di essere dispensate esse stesse dalla beneficenza altrui), né infine il principio del dovere stretto degli uomini gli uni verso gli altri, perché il criminale potrebbe, secondo questo principio, argomentare contro il giudice che lo punisce » (*Grundlegung*, p. 430, trad. it. Vidari, in KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, a cura di V. Mathieu, Torino 1954, pp. 85-86).

con gli stessi occhi del filosofo di Königsberg, anche quando (in certe occasioni) hanno voluto prendere le distanze da lui. Ad es., Mathieu ha più volte (23) criticato Kant, asserendo che il filosofo in realtà non si sarebbe reso conto (a causa, in definitiva, della sua pedanteria) che la regola aurea dice *esattamente la stessa cosa* dell'imperativo categorico, la necessità cioè di de-soggettivizzare il giudizio. Il rapido accenno kantiano al delinquente e al giudice, che non potrebbe condannarlo se non venendo meno alla regola aurea, sarebbe quindi del tutto fuorviante, proprio perché trascura di vedere che nella nostra regola il criterio di giudizio non è la soggettività arbitraria, ma la soggettività sottoposta alla misura dell'oggettività relazionale (24). Non c'è nulla da aggiungere, al riguardo, alle osservazioni di un Leibniz, che praticamente esauriscono, sotto questo profilo, il problema. « Contro questa grande regola (*sc.* aurea) — egli scrive — si sono mosse alcune obiezioni, che però son dovute al fatto che non la si applica nella sua integrità. Si obbietta, ad es., che in virtù di questa massima un criminale può pretendere d'essere perdonato dal giudice sovrano, perché il giudice solleciterebbe la stessa cosa se si trovasse nelle sue condizioni. La risposta è facile: bisogna che il giudice si ponga al posto non soltanto del criminale, ma ancora di tutti coloro che hanno interesse a che il delitto sia punito » (25). Sin qui sembra che il discorso leibniziano si muova in una prospettiva di fondo non diversa nella sostanza da quella in cui si è poi mosso, a suo tempo,

---

(23) Cfr. ad es. l'introduzione a KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. XXIII e 86; cfr. anche l'introduzione a LEIBNIZ, *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino 1965, p. 19 ss.

(24) Questa precisazione non è certo nuova. Il punto è già colto perfettamente da DUNS SCOTO, *Opus Oxon.*, IV, d. 21, qu. 2, n. 8, cit. da WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano 1965, p. 80. È quindi curioso come perdurino tuttora le critiche che, riducendo la regola aurea alla mera *Gegenseitigkeit*, ne fanno una variante del taglione. Cfr. per tutti R. ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, München 1973, p. 93, A. LEINWEBER, *Gibt es ein Naturrecht?*, Berlin-New York, 1972³, p. 351, n. 103, e soprattutto KELSEN, *op. cit.*, p. 18 (efficacemente criticato, al riguardo, da K. MESSNER, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Innsbruck 1966, p. 424).

(25) LEIBNIZ, *Scritti politici*, cit., p. 229.

Kant ([26]). Ma le cose non stanno così: Kant legge la regola aurea implicitamente secolarizzandola, Leibniz la legge invece restando pienamente all'interno di una *Weltanschauung* cristiana. Infatti, egli aggiunge subito alle righe sopra citate: « La sua decisione (cioè del giudice) dovrà essere determinata dalla prevalenza del bene, in cui è compreso il minimo male possibile ».

Prevalenza del bene ... che significa? Senza rifarci — come pure si dovrebbe e si potrebbe — agli orientamenti di fondo del pensiero leibniziano, si può osservare che in questo caso il riferimento al « bene » e alla sua prevalenza altro non significa che l'indissociabilità della prospettiva etico-religiosa da quella socio-giuridica. È questo il motivo martellante dello scritto dedicato a *La notion commune de justice*, che in fondo altro non è che una serrata polemica contro coloro che « credono ... che si possa essere giusti senza essere caritatevoli » ([27]). E la regola aurea vista nella sua formulazione più ampia, che per Leibniz è insieme positiva e negativa (*Quod tibi non vis fieri aut quod tibi vis fieri, neque aliis facito aut negato*) è lapidariamente definita dal filosofo di Lipsia come « la regola della ragione e di nostro Signore » ([28]). Se in certe pagine Leibniz riprende questo tema accentuandone la valenza conoscitiva più che quella pratica ([29]), resta però fermo che la sua

---

([26]) Commenta infatti MATHIEU: « Qui forse il Leibniz non ha ancora raggiunto quella perfetta chiarezza che troveremo nella trattazione kantiana; ma che si trovi su quella direzione non c'è alcun dubbio » (introduzione a LEIBNIZ, *Scritti politici*, cit., p. 21).

([27]) LEIBNIZ, *Scritti politici*, cit., p. 225.

([28]) Ivi, pp. 228-229. In modo altrettanto esplicito qualifica come cristiana la regola aurea anche HERDER nei suoi *Fragmente über die neuere Literatur* (Riga 1767), in cui, dopo aver citato i modesti versi di Bartholomäus Ringwald (*Was du wilt, dass man dir thu/die alte Regel sagt, / das miss eim andern auch nicht thu/und lass ihn ungeplagt*), aggiunge: « Ich versehe mich mit der hülfe Gottes immerdar, diese *christliche Regul* zu halten, dass ich andern thue, wie ich wollte, dass mir geschehe » (I, 112).

([29]) « Il punto di vista altrui è il giusto punto di prospettiva, così in politica come in morale. Ed il precetto di Gesù Cristo di mettersi al posto degli altri non serve soltanto allo scopo di cui parla Nostro Signore, e cioè alla morale, per conoscere il nostro dovere verso il prossimo, ma anche alla politica, per conoscere le intenzioni che il nostro vicino può avere contro di noi » (ivi, p. 351). Ancor più chiaramente il principio medesimo è espresso nei *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, in LEIBNIZ, *Scritti filosofici*, a cura di D. O. Bianca, vol. II, Torino 1968, p. 216.

lettura della regola aurea resta perfettamente in sintonia con la nota tematizzazione della giustizia come carità del saggio, tematizzazione che associa indissolubilmente l'aspetto di universalità formale della giustizia (quello che sarà poi ripreso da Kant) con quello del suo materiale contenuto di carità (ciò che Kant lascerà cadere — almeno se si intende la carità nel senso strettamente cristiano). Si legga ad es. la celebre affermazione degli *Elementa juris naturalis*: « La trattazione della giustizia e quella della carità non possono andare disgiunte. Non Mosé, non Cristo, non gli apostoli né gli antichi cristiani hanno regolato la giustizia altrimenti che secondo carità ... Anch'io, dopo aver saggiato innumerevoli definizioni della giustizia, solo di questa mi sono sentito alla fine soddisfatto; questa solo ho trovato universale e reciprocante » ([30]). Insomma, tutto il discorso leibniziano sulla giustizia e sulla prassi *ad alterum* ritorna continuamente sull'esigenza di una partecipazione umana ([31]), sull'esigenza di riconoscere l'altro come prossimo, con tutta l'intensità emotiva che questo termine ha nella

---

([30]) LEIBNIZ, *Scritti politici*, cit., p. 98.

([31]) « Mi si concederà che si deve impedire il male altrui quando lo si possa agevolmente. Ma forse non mi si vorrà concedere che la giustizia ordini di fare positivamente del bene agli altri. Allora io domando: non si è almeno obbligati a lenire i loro dolori? E ancora torno alla prova, cioè alla regola: *quod tibi non vis fieri*, con quel che segue. Immaginate dunque di essere immersi nella miseria: non vi dorreste di chi non vi sollevi, quando lo potesse con facilità? ... Condotti di grado in grado, si dovrà ammettere non soltanto che gli uomini devono astenersi dal fare il male, ma ancora che essi devono impedire che il male si faccia, ed anche diminuirlo quand'esso sia fatto, almeno per quanto lo possano senza incomodo proprio ... Tuttavia si dubiterà forse ancora di essere obbligati a procacciare il bene altrui, quando, allo stesso modo, lo si possa senza difficoltà. Qualcuno dirà: non sono punto obbligato a farvi guadagnare. Ognuno per sé e Dio per tutti. Ma io voglio ancora proporvi un caso intermedio. Un gran beneficio sta per giungervi; nasce un impedimento che io posso toglier via senza fatica; non vi credereste in diritto di chiedermi di farlo, ricordandomi che anche io lo chiederei a voi, in un'occasione analoga? Se voi mi accordate questo punto, come non potere facilmente non fare, come potrete rispondere negativamente all'ultima richiesta che rimane, quella di procurarmi un gran bene, quando lo possiate senza alcun vostro incomodo e quando non possiate addurre alcun motivo per esonerarvene se non, semplicemente, un ' non voglio '? Potete rendermi felice e non lo fate; io ne fo rimostranza. Voi, nel medesimo caso, fareste altrettanto e dunque a buon diritto mi dolgo di voi » (ivi, pp. 228-229).

tradizione cristiana ([32]); esigenza che la cultura giuridica post-kantiana ha completamente (e inevitabilmente, date le premesse) trascurato, perché si è privata degli strumenti concettuali indispensabili per mantenersi aderente a questa esigenza ([33]). È che non può esserci fratellanza — come affermava lucidamente Berdiaev — se non si riconosce un padre comune; e — potremmo aggiungere noi, sulle orme di Leibniz — non può esserci fratellanza — nel senso cristiano del termine — se i fratelli non ritengono che l'essere uniti da un comune vincolo di paternità non esclude (anzi, fonda) un vincolo di comune interesse. Ci troviamo cioè di fronte a una logica circolare: l'esperienza della *Nebenmenschlichkeit* mostra come ci sia una fondamentale unità tra l'ordine della naturalità e quello dell'utilità; ma la fede cristiana che affratella gli uomini dà fondamento solido a ciò che lasciato al fondamento della sola empiria potrebbe mostrarsi fragile acquisizione ([34]).

Si noti che in tal modo non voglio dire che l'argomentare di Leibniz sia rivolto semplicemente a postulare un innatismo della regola aurea — altri testi smentirebbero una simile affermazione ([35]) —; esso sembra più che altro volersi modellare sulla ritmica propria del Vangelo, nel quale però all'enunciazione della regola aurea segue non il richiamo alla razionalità intrinseca del princi-

---

([32]) Cfr. le pp. dedicate a Leibniz da E. WOLF, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*, Frankfurt a.M., 1963², pp. 20 ss., ed anche *Leibniz als Rechtsphilosoph*, in WOLF, *Rechtsphilosophische Studien*, Frankfurt a.M., 1972, pp. 246-269.

([33]) Non è un caso che il tema della *giustizia sociale*, nel quale emergono in fondo, sia pur meglio precisate, le puntuali istanze leibniziane, sia oggi ripreso in chiave politica, e solo molto vagamente e indirettamente giuridica. In merito, cfr. A. VONLANTHEN, *Idee und Entwicklung der sozialen Gerechtigkeit*, Freiburg 1973.

([34]) WOLF, *Leibniz als Rechtsphilosoph*, cit., p. 266. Limpida, del resto l'affermazione leibniziana nei *Nuovi Saggi*: « Riconosco che certe regole della giustizia non possono essere dimostrate in tutta la loro estensione e perfezione, se non supponendo l'esistenza di Dio e l'immortalità dell'anima » (trad. it. cit., p. 214).

([35]) Il carattere innato della regola aurea era già stato negato da LOCKE (*Saggio sull'intelletto umano*, a cura di M. e N. Abbagnano, Torino 1971, pp. 91 ss.) e LEIBNIZ, nei *Nuovi Saggi*, aveva puntualizzato la questione: « Io riconosco che ci sono regole di morale che non si possono considerare come principi innati, ma ciò non impedisce che siano verità innate; infatti una verità derivata è innata se noi possiamo trarla dal nostro Spirito » (p. 215).

pio ([36]), ma la precisazione: « questa è la legge e i profeti » ([37]). Ed ha ragione Karl Barth, pur con tutta la sua trascinante irruenza, quando prende spunto da questo passo evangelico per mostrare la totale lontananza che sussiste tra il precetto di Cristo e quello di Kant: l'imperativo categorico riguarda l'etica, quello di Cristo l'ordine della grazia. E l'uno è l'esatto rovesciamento dell'altro ([38]).

([36]) Il che generalmente avviene in tutti i sostenitori del valore della regola aurea, quasi che essa possa essere difesa, solo sul presupposto che sia la sola regola che « stands by itself in the light of its own reason » (per usare le parole di MacIver, *op. cit.*).

([37]) *Mt.*, VII, 12. Si legga la sottile interpretazione che dà il Piovani dell'inserimento della regola aurea nel Vangelo nei suoi *Principi di una filosofia della morale*, Napoli 1972, p. 170.

([38]) « La sentence en question (*Mt.* 7. 12), qui vient immédiatement avant le passage sur la porte étroite, n'a absolument rien de commun avec l'impératif catégorique de Kant ou avec la maxime qui recommande de traiter le prochain avec la même gentillesse qu'on réclame de lui. Ce n'est pas à n'importe quel homme, mais aux siens, à ceux qu'il a appelés, que Jésus s'adresse ici. Or que peuvent-ils vouloir que les autres gens leur fassent? Une seule chose, manifestement: que ces derniers se présentent à eux comme les porteurs et les témoins de la miséricorde et du pardon qu'ils ont déjà reçus eux-mêmes et dont ils ont sans cesse besoin, comme du pain quotidien. Ils doivent donner aux autres ce qu'ils ont déjà reçu eux-mêmes et qu'ils ont toujours besoin de recevoir de leur part. ' Recevoir pour donner ' et non ' donner pour recevoir ', telle est la ' règle d'or ' de la vie d'Israël situé au terme de l'histoire de l'alliance gratuite et régénéré par la presence de son Messie » (*Dogmatique*, II/2, c. VIII, § 38). Pur muovendosi generalmente nella linea di Barth, J. Ellul tende invece a ricondurre la regola aurea — così come appare nei Vangeli — a una dimensione strettamente giuridica, pre-caritatevole: « Ce n'est pas par vertu que le juge inique rend justice: c'est par intérêt, ' afin qu'elle ne vienne pas sans cesse me rompre la tête '. Et il nous faut élever ceci à ' Tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le de même pour eux ' (*Mt.*, 7. 12). Ici, il ne s'agit pas de vertu, mais de réciprocité. L'homme est appelé à reconnaitre le droit des autres, parce qu'il demande que l'on reconnaisse le sien. Et précisément c'est l'attitude que cet homme aura à l'égard des autres qui sera une mesure pour lui-même. C'est ce que l'homme attend *pour lui*, qu'il est appelé à faire pour les autres. Ce n'est pas l'attitude de l'amour, c'est l'attitude de la loi. L'amour va justement rompre cette équivalence, cette réciprocité: c'est là le sens du contexte de la même parole dans Luc (6.31-36): l'attitude du pécheur, du païen, de l'homme naturel est justement celle de la réciprocité, et c'est cela qui le conduit à accepter des limites à ses propres droits, et c'est pour cela que cette attitude, juridiquement exacte, n'est pas l'attitude de la foi » (*Le fondement théologique du droit*, Neuchatel-Paris 1946, pp. 63-64).

Si può forse non arrivare a condividere il radicalismo barthiano; esso però ci induce a considerare con la massima serietà quello che all'inizio di queste riflessioni avevamo chiamato il problema ermeneutico della regola aurea. Leibniz si richiama ad essa rammentando che si tratta della regola non solo della ragione, ma anche e soprattutto di nostro Signore. Kant che, caratteristicamene, non ha mai voluto citare direttamente nei suoi scritti filosofici il nome di Cristo, ma è sempre ricorso, se indispensabile, ad allusioni più o meno dirette ([39]), ha forse mostrato tanta ostilità per la regola aurea proprio perché, aderendo ad essa, difficilmente avrebbe potuto evitare di riconoscere che si trattava di un precetto evangelico, di un precetto quindi eteronomo ... La secolarizzazione kantiana si fa evidente, prima ancora che nell'insieme del sistema e dei suoi punti focali (il criticismo, il primato della ragion pratica, l'autonomia della morale, ecc.) in un atteggiamento ermeneutico di fondo che — al di là dell'ironia di cui, secondo la nota osservazione goethiana, tutta la filosofia di Kant è pervasa — si manifesta in quel motto *sapere aude*, in cui l'accento non va posto sull'*aude*, ma sul *sapere*, sulla pretesa cioè di esaurire l'ardimento filosofico e più generalmente umano nella conoscenza logico razionale ([40]), tenendo accuratamente separata da questa (secondo i canoni più puri del criticismo!) ciò che si pone al di là dei suoi confini. È quindi conseguente che — per ritornare a quanto si accennava all'inizio di queste riflessioni — la regola aurea abbia perso nella cultura filosofico-morale e filosofico-giuridica contemporanee lo stesso spazio che ha perso ad es. il riferimento all'idea di giustizia,

---

([39]) L'acuta osservazione è di BARTH, *La teologia protestante nel XIX secolo*, trad. it., vol. I, Milano 1979, p. 331.

([40]) Di qui la facile (speculativamente), ma rara (culturalmente) critica mossa a Kant da tutti coloro che in un tempo come il nostro mantengono la consapevolezza di quanto poco la « logica » ci aiuti nella comprensione delle cose morali. Cfr. le classiche osservazioni di Bergson: « Quando Kant ci dice che un deposito deve essere restituito, perché altrimenti non sarebbe più un deposito, gioca, evidentemente, sulle parole ... La pretesa di fondare la morale sul rispetto della logica è potuta nascere presso filosofi e scienziati abituati a inchinarsi davanti alla logica in fatto di conoscenza ... ma non si può concludere all'obbligo di mettere sempre della logica nella nostra condotta » (*Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris 1932 [11], pp. 86-87).

anch'essa ormai ritenuta una proiezione indebita in un ambito in cui non si dà alcun possibile *sapere*; o, ancor di più, che essa abbia persino perso quel valore « patetico » che ancora conteneva nelle pagine leibniziane. Le fredde parole di un Bultmann, che liquidano in un sol colpo, secondo la più tipica risultanza protestante-esistenziale, non solo il problema della regola aurea, ma persino il tema dell'ortoprassi, come problema, possono quindi costituire un'ottima conclusione del nostro discorso, come indizio degli esiti (espliciti o impliciti, consapevoli o meno, non importa) della secolarizzazione: « Che cosa debbo fare per amare? Chi continuasse a porsi questa domanda riceverebbe risposta nel ' Come te stesso ', ovvero nel ' Fate agli altri quel che volete che gli altri facciano a voi '. Quest'ultimo effetto è anzitutto una semplice regola di saggezza utilitaristica. Ma proprio in quanto tale esso svergogna colui che si pone quelle domande. Quello che l'uomo deve fare, è detto a sufficienza con un richiamo all'amor proprio naturale. Poiché egli ama se stesso, sa come vuole essere amato dagli altri; se amasse gli altri, saprebbe anche cosa dover far loro. Il ' fate agli altri ' dunque non definisce che cosa sia l'amore; ma respinge l'interrogante il quale vuol far credere che il comandamento dell'amore non gli dica ancora sufficientemente che cosa egli debba fare. Che cosa sia l'amore, certo non glielo dice; ma lo conduce a farsi consapevole di non saperlo perché non *ama*. Alla domanda: ' che cosa è l'amore ', si può rispondere *in un modo solo*, cioè con l'azione d'amore, che è un essere nell'amore. La domanda, proprio perché tradisce l'incomprensione di tutto questo, è non solo stolta, ma senz'amore » [41].

---

[41] R. BULTMANN, *Il comandamento cristiano dell'amore del prossimo*, in BULTMANN, *Credere e comprendere*, trad. it., Brescia 1977, p. 256.

OKKO BEHRENDS
Università di Göttingen

TREU UND GLAUBEN

ZU DEN CHRISTLICHEN GRUNDLAGEN DER WILLENSTHEORIE IM HEUTIGEN VERTRAGSRECHT

Vorbemerkung.

1. Wenn im folgenden den älteren, christlichen Grundlagen des heutigen Konzepts der Willenserklärung insbesondere im Vertragsrecht nachgegangen wird, so dürften Fragestellung und Ergebnis vielleicht auch für die gegenwärtige Dogmatik von Interesse sein. Es zeigt sich nämlich, daß die christliche Tradition, die ältere, vor allem antike Überlieferungen aufnimmt und umformt, den wohl entscheidenden Beitrag geleistet hat zu der in der Willenserklärungslehre lebendigen Vorstellung, daß dem Einzelnen kraft seines Willens die Befugnis zur Setzung von Rechtsregelungen zukommt. Diesem die Willenserklärung beherrschenden Prinzip der Privatautonomie steht nun freilich gerade im Vertragsrecht der Satz gegenüber, daß die Willenserklärung auch eine soziale Form verbindlicher Verständigung ist (1) und daher im Interesse des Empfängers einer gewissen objektivierenden Auslegung aus dem Pflichtenprinzip des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr unterliegt. Wie weit diese Auslegung gehen kann, ohne das Konzept der Privatautonomie zu zerstören, stellt die heutige Grundfrage des Rechts der Willenserklärung dar, die in den alten Streitpositionen der Willens- und Erklärungstheorie

(1) F. WIEACKER, *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten*, Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, S. 263 ff., 279; vgl. ders. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 294; siehe auch BAILAS, *Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt* 1962.

ihren bekanntesten Ausdruck gefunden hat und die sich zur Zeit insbesondere dort zuspitzt, wo die Tendenz besteht, dem Erklärenden das Recht zu nehmen, das Ergebnis der objektivierenden Auslegung mangels Willens anzufechten (2). Es ist bekanntlich letzten Endes der Wertungskonflikt zwischen einer individualethischen und einer sozialethischen Vertragstheorie, und es ist ein merkwürdiger Ertrag dieses Versuchs, daß die Formel von Treu und Glauben in der geschichtlichen Entwicklung erst für die eine, dann für die andere Wertung gestanden hat.

Das Festhalten an einer dem Prinzip der Privatautonomie verpflichteten Willenserklärung zeigt sich heute am entschiedensten in der Theorie des Rechtsfolgewillens. Nach dieser in der knappen Benennung wohl recht jungen (3), in der Sache sehr alten Theorie der Willenserklärung gilt die Erklärung deswegen, weil die rechtliche Wirkung, die Rechtsgeltung, als solche bewußt gewollt ist (4). Wendet man diese Auffassung streng an, dann wäre schon die schlüssige Erklärung, bei der die Rechtsfolge jedenfalls nicht ausdrücklich erklärt, sondern durch Auslegung festgestellt wird, keine echte Willenserklärung mehr (5). Die herrschende Praxis unterwirft sich nicht solch strenger Begrifflichkeit, sondern läßt vielmehr grundsätzlich als Willenserklärung auch noch ein objektiv pflichtenhaltiges Verhalten gelten, das selbst nur von einem wirtschaftlich und sozial bestimmten Zweckwillen gesteuert wird, so daß es hier Sache des auslegenden Juristen ist, das Verhalten rechtlich zu qualifizieren und den Erklärenden über die in Geltung getretene Rechtsfolge zu informieren; dem Rechtsfolgewillen kommt in diesen Fällen, soweit er argumentativ noch mitgeführt wird, eine eigenständige Bedeutung nicht zu (6). Es ist hier nicht

(2) Siehe dazu die überaus klaren Ausführungen von FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II. Band Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, § 4 Ziff. 6 und 7.

(3) Zuerst anscheinend Heinrich STOLL, *Vertrag und Unrecht*, 1. Aufl., 1936, 4. Aufl., 1944, § 10 II 3; in der Sache vorbereitend Karl LARENZ, *Die Methoden der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Leipzig 1930, S. 34 ff. u.ö.; dazu FLUME (o. A. 2) § 4 Ziff. 7.

(4) Siehe insbesondere FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*. Festschrift Deutscher Juristentag, 1960, S. 136 ff.

(5) Dagegen FLUME (o. A. 2) § 10 Ziff. 1 mit A. 7.

(6) Repräsentativ BGHZ 21, 102 ff., wo der Rechtsbindungswille der einen

der Ort, diese Rechtsprechung im einzelnen zu untersuchen. Interessant ist in diesem Zusammenhang nur, daß sich in dieser Praxis eine gewisse Verschiebung des Verhältnisses der Willenserklärung des Einzelnen zur Rechtsordnung vollzogen hat, die grundsätzlich gültig sein dürfte und dogmengeschichtlich in letzter Linie als eine Art von Säkularisierung aufgefaßt werden kann (7).

Der Wille der Willenserklärung ist hier nicht mehr das Vernunftorgan, mit dem der Einzelne Zugang zum Reich des Rechts hat, sondern der verantwortungsfähige empirische Wille, der schon dann rechtserheblich vorliegt, wenn er, rechtlich uninformiert, unter objektiv pflichtenhaltigen Umständen wirtschaftliche oder gesellschaftliche Zwecke anstrebt (8). Der Rechtsfolgewille selbst erscheint in dieser Betrachtung nicht mehr als Bestandteil der allgemeinen Definition der Willenserklärung, sondern als Kennzeichen eines Sonderfalls der Willenserklärung, bei der kraft rechtlicher Informiertheit unter möglichen verschiedenen Rechtsregelungen eine bewußte Wahl getroffen worden ist, mit der Folge, daß die getroffene Regelung gegen Auslegung und Konversion immunisiert ist (9).

Firma (es ging um das « Ausleihen » eines untauglichen Fahrers für einen Ferntransport) aus dem Schutzinteresse der anderen Firma abgeleitet wurde. Gegen die Annahme eines Vertrages allerdings FLUME (o. A. 2) § 7 Ziff. 7 und für eine berufstypische (offenbar dem Deliktsrecht zuzuordnende) Verschuldenshaftung. Die Möglichkeiten der Vertragsauslegung sind aber damit wohl zu eng bestimmt. Ein anderer exemplarischer Fall der die Parteien informierenden Vertragsfeststellung ist die Annahme einer Ehegatteninnengesellschaft, um eine Auseinandersetzungsregelung zu gewinnen. Vgl. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3. Aufll., 1980, § 20 III 6 und mit grundsätzlicher Auseinandersetzung LIEB, Die Ehegattenmitarbeit zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand (1970) 5 ff., 14 ff.

(7) Vgl. u. S. 1006.

(8) Diese Auffassung der Willenserklärung ist gegen Ende des 19. Jh., insbesondere seit LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, Jher. Jb. 19, 154 ff., häufiger vertreten worden. Vgl. FLUME (o. A. 2) § 4 Ziff. 5. Siehe ferner Bähr Jher. Jb. 14, 93 ff.; KOHLER, Jher. Jb. 16, 319 ff.; v. TUHR, *Allg. Teil des bürgerlichen Rechts*, II 1. Teil, Leipzig, 1914, S. 143.

(9) Zu dieser Grenze der Umdeutung LARENZ, *Allgem. Teil*, 5. Aufl., 1980, § 19 I.

Die Willenserklärung mit Rechtsfolgewillen ist hier gewissermaßen die Hochform der Willenserklärung, da sie die Privatautonomie gegenüber der Richtermacht stärkt; sie ist aber nicht die einzige Form.

Lassen sich so jedenfalls grundsätzlich die Vertragsauslegungen, die dem privaten, verantwortungsfähigen und zweckgerichteten, aber rechtlich nicht informierten Verhalten Form geben, mit einer modernen Auffassung der Privatautonomie vereinen ([10]), so ist das sicher nicht mehr möglich, wo die Auslegung einen Vertrag gegen den empirischen Willen feststellt, wie es zum Beispiel der Fall ist, wenn ein bewußt formnichtig gehaltener Vertrag mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz als gültig behandelt wird ([11]). Hier handelt es sich um Fälle, in denen das verkehrsrechtliche Prinzip von Treu und Glauben offen als Korrektiv einer empirisch verstandenen Privatautonomie eingesetzt wird. Als Korrektiv bleibt es aber den Wertungen des privatautonomen Vertragsrechts zu- und untergeordnet.

I. *Grotius' zweifache Begründung der Vertragsgeltung.*

2. Daß die moderne Theorie der Willenserklärung von christlicher Tradition beeinflußt ist, hat die neuere Erforschung der vernunftrechtlichen Vorgeschichte des Vertragsrechts erwiesen, insbesondere auch an der Abhängigkeit der vernunftrechtlichen Lehre vom Versprechen von den verwandten Lehren der Moraltheologie der spanischen Spätscholastik des 16. Jh. ([12]).

Vor allem ist die zentrale Bedeutung des Naturrechtsentwurfs des Hugo Grotius greifbar geworden, in dem die Vertragsfähig-

---

([10]) Vgl. etwa ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts*, II (1960) §§ 205, 206; WIEACKER, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, JZ, 1967, 385; siehe auch die Lehre Sieberts im BGB-Kommentar Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Bem. 11.

([11]) Siehe FLUME (o. A. 2) § 15 III; BGH DNotZ 1973, 18 f.

([12]) Vgl. insbesondere Malte DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln 1959; Franz WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftsrechts*, Fs. Welzel (1974) S. 7 ff., 13 ff.; siehe auch Christian WOLLSCHLÄGER, *Die willenstheoretische Unmöglichkeitslehre im aristotelisch-thomistischen Naturrecht*, Sympotica Fr. Wieacker, 1970, S. 154 ff. 170 ff.

keit des Menschen eine tragende Funktion erfüllt [13]. Von seiner Versprechenslehre findet sich in der Tat in der Vertragslehre Savignys ein deutlicher Niederschlag [14], und selbst die allgemeinere Lehre von der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die durch die analytische Arbeit der Folgezeit ermöglicht worden ist, ist dem Ansatz des Grotius verpflichtet [15].

Auch diese Untersuchung soll von Grotius ihren Ausgang nehmen, aber nicht so sehr, um die bereits hergestellte Beziehung zur gegenwärtigen Lehre der vertraglichen Willenserklärung noch einmal nachzuzeichnen, sondern um, keineswegs erschöpfend und mehr einer zufälligen Auswahl folgend, auf ältere Wurzeln der bei Grotius wirkenden christlichen Tradition einzugehen. Grotius entwickelt bekanntlich seine Versprechenslehre, nachdem er die Notwendigkeit der Geltung der nuda promissio an den völkerrechtlichen Verträgen und den (vertragstheoretisch aufgefaßten) Volksgesetzen dargetan hat, aus einer Analyse der drei Grade der sprachlichen Äußerung (gradus loquendi), die wirklich oder vermeintlich in der Macht des Menschen liegen [16]. Der erste Grad betrifft die Äußerung über einen Plan oder eine Meinung: hier bewirkt die Äußerung keine Bindung; der Plan kann geändert, die Meinung aufgegeben werden. Der zweite Grad ist der verbindliche Willensentschluß im gesellschaftlichen-sittlichen Bereich, der wohl eine Verpflichtung begründet, aber kein Recht [17].

---

[13] DIESSELHORST (o. A. 12) S. 36; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufll., S. 291 ff.

[14] Siehe vor allem die Wiederkehr der Vorstellung einer Übertragung eines Stücks Freiheit unten A. 24.

[15] WIEACKER, Fs. Welzel (o. A. 12) S. 21 f.

[16] DIESSELHORST (o. A. 12) S. 44 ff. spricht von drei Versprechensstufen, was aber für den primus gradus loquendi, dem die determinatio voluntatis noch fehlt, eine zu starke Übersetzung sein dürfte. Eine Äußerung über eine res futura in potestate mea wie « Ich werde X wählen oder nach Y in die Ferien fahren » hat nicht den Status eines Versprechens, sondern ist ein Sonderfall einer Meinungsäußerung. Grotius spricht auch daher alternierend von consilium und sententia.

[17] Grotius spricht von einem debitum fidelitatis ac constantiae, dessen fides mangels ius des Gegenüber aber nicht erzwingbar sei, ähnlich wie bei den in Parallele gestellten (nicht auf Versprechen beruhenden) Pflichten der Barmherzigkeit und des Dankes. Gedacht ist offenbar an ohne Rechtsbindungswillen abgegebene Schenkungszusagen und ähnliches. Vgl. dazu u. S. 993 mit A. 112.

Der dritte Grad der Äußerung ist derjenige, wo zum Willensentschluß noch das Zeichen hinzukommt, daß dem Empfänger der Äußerung ein Recht übertragen werden soll. Eine Bekräftigung der Möglichkeit einer solchen versprechensförmigen Rechtsübertragung findet Grotius in der christlichen Tradition.

> Grotii *de iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, IV:
>
> Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi ius proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi.
>
> Eius quod dicimus insigne nobis argumentum praebent divina oracula, quae nos docent Deum ipsum, qui nulla constituta lege obstringi potest, contra naturam suam facturum nisi promissa praestaret. Nehem. IX, 8. Hebr. VI, 18; X, 23; *1 Cor.* I, 19; X, 13; *I Thess.* V, 24; *II Thess.* III, 3; *II Tim.* II, 13.
>
> Unde sequitur, ut promissa praestentur, venire ex natura immutabilis iustitiae, quae Deo et omnibus his qui ratione utuntur, suo modo communis est.
>
> (Die dritte Stufe liegt vor, wenn zu solchem Willensentschluß ein Willenszeichen hinzutritt, dem anderen ein eigenes Recht zu übertragen: dies ist dann ein vollgültiges Versprechen, von gleicher Wirkung wie die Veräußerung von Eigentum. Es ist — das Versprechen — nämlich entweder ein Weg [18] zur Veräußerung einer Sache oder — lediglich-die Veräußerung eines gewissen Teils unserer Freiheit. Dorthin — zum Versprechen

---

[18] Diesselhorst (o. A. 12) S. 50 übersetzt « via » mit « Vorstufe », was sprachlich möglich ist (« der zum Ziel führende Weg »), aber vom Kontext her zunächst Schwierigkeiten macht, da Grotius, wenn er an die schuldrechtliche Eigentumsverschaffungspflicht-und nicht an den Vertrag als unmittelbare Methode der Eigentumsverschaffung-gedacht hätte, ihr eigentlich die alienatio particulae libertatis nicht hätte absprechen können. Man beseitigt die Schwierigkeit einigermaßen, wenn man sich ein « lediglich » vor die alienatio particulae denkt. Dafür spricht wohl entscheidend die vorhergehende klarere Stelle, wo statt von der Freiheitspartikel technischer von einem ius in personam gesprochen wird, das wie das Eigentum übertragen werden könne, und nun entweder gerichtet sei « ad transferendum dominium (quod ius ipso dominio minus est) aut ad aliquid agendum ». Die Erklärung des sachenrechtlichen Übereignungswillens nennt Grotius auch nicht promissum, sondern actus voluntatis (i.b. II, VI 1) oder einfach voluntas sufficienter significata (II, XI 1).

als Veräußerungsmethode — gehören die Übereignungsversprechen, hierhin — zum Versprechen als Freiheitsübertragung — die Leistungsversprechen.

Für das, was wir sagen, gewähren uns die göttlichen Offenbarungen einen vortrefflichen Beweis, die uns belehren, daß Gott selbst, der durch kein positives Gesetz gebunden werden kann, gegen seine Natur handeln würde, wenn er Versprechen nicht erfüllen würde. ... Daraus ergibt sich, daß der Satz, daß Versprechen erfüllt werden, aus der Natur der unwandelbaren Gerechtigkeit folgt, die Gott und allen denjenigen, die sich der Vernunft bedienen, nach ihrem Maß gemeinsam ist.)

Dieser wichtige Text hat ersichtlich zwei Argumentationsschichten. Die eine ist analytisch-konstruktiv und aus einer allgemeinen Lehre menschlicher Äußerungen entwickelt, die andere beruht auf einer spezifisch-christlichen Anthropologie. Das Verhältnis der beiden Begründungsschichten ergibt sich aus Ziel und Absicht des grotianischen Werks. Offenbar ist die christliche Begründung nur bekräftigend, dagegen diejenige, die systematisch aus der Betrachtung der menschlichen Sprachäußerungen entwikkelt ist, die eigentlich tragende.

a) Denn nur sie löst das Programm des Grotius ein, ein auf allgemeinen Begriffen und Prinzipien der menschlichen Natur aufbauendes, wissenschaftliches Vernunftrecht [19] zu entwickeln, das dieser Begründung wegen für alle Menschen, auch für Nichtchristen, gelten kann, und folglich auch der berühmten Hypothese gedanklich standhält, daß es Gott nicht gibt oder er sich um

---

[19] Gegen Ende seiner Prolegomena tadelt Grotius Bodin, daß er Politik und Wissenschaft vermengt habe, und bekennt für sich selber das Prinzip strengster Wissenschaftlichkeit: Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum. Dem Leser soll ein Überblick über die möglichen Streitfälle und ihre Entscheidungskriterien gegeben werden (in uno conspectu habeant ... et quae incidere solent controversiarum genera et principia unde diiudicari possunt). Das ist sicher nicht die Proklamation einer mathematischen Methode (siehe WIEACKER, *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit*[2], S. 299 A. 62), aber doch ein Bekenntnis zu einer Wissenschaftlichkeit neuen Stils, wie sie sich in jenen Jahrzehnten als Kennzeichen der ganzen Epoche durchsetzte, auch schon vor ihrer theoretischen Grundlegung durch Descartes. Vgl. etwa zuletzt E. HINRICHS, *Einführung in die Geschichte der frühen Neuzeit* (1980) S. 92 f.

menschliche Dinge nicht kümmert (20). Seine wissenschaftliche Methode beruht dabei auf der stoischen Quellen entnommenen Überzeugung, daß es gegenüber klaren Begriffen und Prinzipien eine der sinnlichen Wahrnehmung vergleichbare Erkenntnis gibt (21).

Ein spezifisch christlicher oder christlich-philosophischer Zug ist in dieser Argumentslinie des Grotius, die von den beiden Wirkungsmöglichkeiten des perfekten Versprechens ausgeht, entweder am Ende Eigentum oder unmittelbar ein Freiheitsstück zu verschaffen, nicht zu erkennen (22). Für die in dieser Unterschei-

---

(20) Prol. §§ 11 ff. Et haec quidem quae iam diximus, locum aliquem haberet etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana. Das Naturrecht besteht die Gedankenprobe, weil es Grotius zufolge nur mittelbar göttlichen Ursprungs ist: prol. § 11 Illud ipsum de quo egimus naturale ius, sive illud sociale, sive quod laxius ita dicitur, quamquam ex principiis homini internis profluit, Deo tamen asscribi merito potest, quia ut talia principia in nobis existerent ipse voluit: quo sensu Chrysippus et Stoici dicebant iuris originem non aliunde petendam quam ab ipso Jove. Zur Herkunft jener Gedankenprobe aus der spätscholastischen Philosophie des Gregor von Rimini (gest. 1358), dessen Unterscheidung zwischen bloß anzeigendem Gesetz (lex indicativa) und der recta ratio selbst den Wertobjektivismus und das materiale Vernunftrecht vorbereitet, WELZEL, *Naturrecht u. mat. Gerechtigkeit* (1962) [4] S. 94 ff. Auch in jener Unterscheidung ist die Übereinstimmung mit der Stoa, die zwischen unkörperlichen Sprachzeichen und körperlichen Rechtsprinzipien unterscheidet, frappierend.

(21) Vgl. die sehr klare methodische Vorbemerkung prol. 39: Superest ut quibus ego auxiliis et qua cura hanc rem agressus sim, breviter exponam. Primum mihi cura haec fuit, ut eorum, quae ad ius naturae pertinent probationes referrem ad notiones quasdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat. Principia enim eius iuris, si modo animum recte advertas, per se patent atque evidentia sunt, ferme ad modum eorum quae sensibus externis percipimus; qui et ipsi bene conformatis sententiendi instrumentis et si caetera necessaria adsunt, non fallunt. Das hier zugrundegelegte Erkenntniskriterium ist unverkennbar von dem der Stoa beeinflußt, die der kataleptischen Vorstellung der äußeren wie der inneren Wahrnehmung Wahrheit zusprach, weil eine solche Vorstellung nur ausgehen könne von einem Seienden. ÜBERWEG-PRÄCHTER, *Grundr. d. Geschichte d. Philosophie*, I*t*[4], S. 416-418. Grotius' Auffassung ist vorcartesisch (WIEACKER, PRGN[2], S. 291, der selbst, wohl nicht glücklich, platonisch-thomistischen Idealismus vermutet), aber mit dem criterium veritatis Descartes allerdings verwandt (ÜBERWEG-PRÄCHTER, *aaO*, S. 419).

(22) Anders DIESSELHORST (o. A. 12) S. 51, der aber die beiden Argumentationsschichten bei Grotius nicht trennt, sondern vielmehr die sprachanalytische

dung schon vorausgesetzte, kurz vorher auseinandergesetzte Fähigkeit des Versprechenswillens ein ius in personam auf Eigentumsverschaffung oder eine Handlung des Versprechenden zu übertragen, beruft sich Grotius denn auch nur auf typische, seiner Methode entsprechende Evidenzargumente: Die Möglichkeit der Übertragung eines Forderungsrechts auf Eigentumsverschaffung folge a maiore ad minus aus der Fähigkeit des erklärten Willens, das Eigentum selbst zu übertragen; die Möglichkeit, ein Schuldrecht auf die eigene Handlung zu verschaffen, daraus, daß der Einzelne über seine Handlungen ein gleiches Recht habe wie über seine äußeren Vermögensgegenstände (res) [23].

Bemerkenswert ist dabei, daß in den Darlegungen des Grotius die Gleichsetzung von ius in personam und Recht an einer particula libertatis zwar schon implicite enthalten, aber noch nicht in der Klarheit ausgesprochen ist, wie es dann etwa bei Savigny der Fall ist [24]. Bei Grotius tritt die particula libertatis ausdrücklich nur bei den zu Handlungen verpflichtenden Versprechen auf, was für die Herkunft dieser veranschaulichenden Vorstellung aufschlußreich sein dürfte und eben vor allem darauf deutet, daß sie nicht einer Versprechensmetaphysik, sondern einer Analyse der Arbeits- und Dienstpflichten entnommen ist. Denn daß Verträge, die auf ein Verhalten des Verpflichteten gerichtet sind, ein Stück Freiheit übertragen, konnte Grotius, abgesehen von Juristenstellen, die den Vertrag über operae als statusverändernd

---

Begründung von der religiösen her deutet, die er als « in dieser Form neu » (46) einordnet, und nicht, wie es nach den gleich zu besprechenden Quellen richtig sein dürfte (u. S. 975) als altes Traditionsgut. WIEACKER, PRGN², S. 294, spricht zutreffender, mit Hinweis auf eine Quelle des 13. Jh., von der religiösen Grundlage des altnaturrechtlichen Rechtsglaubens auch bei Grotius. Im übrigen dürfte der Umstand, daß Grotius für seine Sprachanalysen Anregungen bei thomistischen und spätscholastischen Lehren zum Votum und zum naturalen Versprechen gefunden hat (Diesselhorst S. 44), nichts daran ändern, daß die juristisch-konstruktive Durchführung der letzten, rechtliche Verbindlichkeit begründenden Versprechensstufe doch wohl eine originelle Leistung des Grotius war.

[23] I.b. II, XI 1.

[24] *System* I S. 338 f. Die particula libertatis des Grotius wird bei Savigny zur Handlung, die « aus der Freyheit des Handelnden ausgeschieden, und unserem Willen unterworfen gedacht » wird. Vgl. aber auch die Übereinstimmung mit Kant u. A. 27.

auffassen ([25]), insbesondere der von ihm so vielfältig herangezogenen Schrift Cicero de officiis entnehmen, wo der Arbeitsvertrag geradezu als auctoramentum servitutis bezeichnet wird ([26]). Und die nicht nur freundlichere, sondern auch analytisch zutreffendere Fassung, daß ein auf facere gerichtetes Versprechen nicht so sehr Unfreiheit begründet als ein Stück Freiheit überträgt — partikuläre Unfreiheit entsteht ja nur, weil der Vertragschließende über seine Freiheit zeitlich und der Handlungsart nach verfügt; und der Erwerbende erhält ja nicht eigentlich ein Stück Unfreiheit, sondern wie Savigny es wieder aussprechen wird, eine Vermehrung seiner Freiheit und seines Vermögens ([27]) — mochte Grotius auch deswegen naheliegen, weil er in seiner Jugendschrift über die parallelen Staatsverfassungen die Beziehung zwischen Freiheit und Vertragstreue so lebhaft herausgestellt hat: die alten Bataver der Römerzeit und die Schweizer seiner Gegenwart seien nur deswegen von so bewährter Treue, weil sie gleichzeitig so sehr auf ihre Freiheit hielten ([28]). Auch diese Beobachtung, deren Richtigkeit hier dahinstehen kann, beruft sich jedenfalls der Form nach auf historisch beglaubigte, allgemeine anthropologische Gegebenheiten. Rechtshistorisch hat im übrigen die enge Verknüpfung von Freiheit und Obligation einen gültigen Kern. So ist etwa in der römischen Obligation, deren von der Stipulation geprägte Geschichte die einer Milderung des in dem Schuldvertrag getätigten Freiheitseinsatzes war ([29]), nur derjenige verpflich-

---

([25]) Die Hausgewalt über die mercenarii bezeugen höchst anschaulich Digestenstellen wie D 48, 19, 11, 1 und D. 47, 2, 90.

([26]) de off. I 42, 150.

([27]) *System* I S. 331 ff., 338 ff.; vgl. damit auch KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1779) § 20: «ich bin vermögender (locupletior) geworden, durch Erwerbung einer activen Obligation auf die Freyheit und das Vermögen des anderen».

([28]) Grotius (u. A. 31) S. 114: Agnoscat omnis Terrarum orbis, eorundem animorum esse tutari Libertatem et Fidem. Fikentschers Paraphrase (u. A. 31) S. 43: «Eintreten für die Freiheit und das Eintreten für den Treugedanken aus derselben Gesinnung» dürfte die naive, noch ganz arglose Begeisterung jener Sätze, die Grotius selbst ja nie veröffentlicht hat, nicht ganz treffen.

([29]) Siehe meinen *Zwölftafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, 1974, S. 34 ff., 118 ff., 159 ff.

tungsfähig, dem ein wirklicher Freiheitsstatus in der römischen Rechtsordnung zukam: der liber im verbands- oder staatsrechtlichen Sinne und darum weder die Haustochter, noch die Ehefrau in der Gewalt des Mannes noch der Sklave oder der durch Manzipation veräußerte Haussohn ([30]).

Auf die Bedeutung jener Jugendschrift des Grotius für den Vertrags- und Treuegedanken in seinem Hauptwerk hat soeben Fikentscher nachdrücklich aufmerksam gemacht und neben einer Edition und Übersetzung des in diesem Zusammenhang wichtigsten Abschnitts auch die hier verfolgte christliche Dimension des fides-Begriffs erörtert ([31]). Freilich scheint Fikentscher das Problem, auf das ein Programm eines säkularen Völkerrechts, das auf einem weltlichen, über Cicero ganz und gar stoisch beeinflußten objektiven fides-Begriff der societas humana aufbaut, in dem Augenblick stößt, wo es auf den christlichen subjektiven fides-Begriff trifft, nicht zu sehen.

Die im folgenden noch näher zu erörternde unmittelbare Beziehung zwischen der Vertragstreue und der christlichen Glaubenstreue verhinderte entgegen Fikentscher auch schon in dieser frühen Schrift, daß Grotius die Vertragstreue als bloßen Spezialfall des allgemeinen Treuegedankens auffassen konnte ([32]). Kraft der allgemeinen objektiven Treue — so unterscheidet schon der junge Grotius — schuldet der Mensch dem anderen vor allem

---

([30]) KASER, *Röm. Privatr.*, I², S. 343.

([31]) Wolfgang FIKENTSCHER, *De fide et perfidia.* Der Treuegedanke in den « Staatsparallelen » des Hugo Grotius aus heutiger Sicht. Bayer. Akad. d. Wiss. Phil. Hist. Kl. Sb. 1979 H. 1 München.

([32]) So aber FIKENTSCHER (o. A. 31) S. 11: « Vertragliche Bindung ist ein Spezialfall der allgemeinen fides, als « des Treuegedankens ». Da Fikentscher, anders als Grotius (freilich mehr traditionell als theoretisch explizit) es tut, nicht zwischen der individualethischen Glaubens- und Vertragstreue und der sozialethischen fides unterscheidet, die entweder im Laesionsverbot (neminem laede) oder auch darüberhinausgehend im Schutz von in Anspruch genommenem Vertrauen (bona fides) besteht (vgl. u. A. 63 u. 148), dürfte auch sein interessanter Gedanke zweifelhaft werden, daß Grotius den christlichen Glauben zum Toleranzprinzip fortentwickelt und in diesem Sinne im Ausdruck fides an die Stelle des Glaubens die Treue gesetzt habe (*aaO*, S. 70).

Abwesenheit von Arglist, die individuelle Vertragstreue ist etwas Ernsteres, Strengeres.

> Grotius, *de fide et perfidia*, ed. Fikentscher, S. 96:
>
> Nihil autem abest a fide longius quam dolus malus, qui non tunc intellegitur cum pacta conventa non servantur (ea enim perfidia gravius vocabulum desiderat), sed cum ea calliditate, fallacia, machinatione aggredimur quempiam, quam iure non timuisse videatur.

Gravius vocabulum heißt ernsteres Wort, nicht wie Fikentscher übersetzt « schärfere Terminologie » (33). Es geht um die spezifisch christliche Tugend des Worthaltens und des Festhaltens am Wort. Und gerade darum ist die Aufgabe, vor der sich Grotius schon damals sieht, diese Rechtstugend in der Weise zu säkularisieren, daß sie nicht nur gegenüber dem Christen gilt, so schwer und so wichtig zugleich.

> Grotius, *l.c.*, S. 128:
>
> Quod enim per Deum immortalem scelum excogitari potest maius aut turpius, quam, quae amicis sancte promiseris, ea violare: praesertim hic, ubi ne illa quidem sententia allegari potuit, quam ego iudico natam dissolvendae omni Humanae societati, Haereticis non esse servandam fidem?

Daß den Häretikern, den Anhängern einer perfidia in diesem Sinne (34) das Vertragsrecht entzogen wird, so daß ihnen keine Vertragstreue geschuldet ist, begegnet zuerst in der spätantiken Gesetzgebung (35) und ist, wenn die Vertragstreue christlich begründet wird, ein naheliegender Gedanke: Fides kann nur verlan-

---

(33) FIKENTSCHER (o. A. 31) S. 11, 42, 96; vgl. auch S. 148.

(34) Vgl. CTh XVI, 5, 12.

(35) CTh XVI 5, 54 (414 Jun. 17), pr Donatistas atque haeretico ... constituimus ... nullam potestatem alicuius ineundi habere contractus ...; vgl. dazu den *Kommentar von Jac. Gothofred Cod. Theod.*, VI (1665) p. 177 f., der auf die zeitgenössische Äußerung des Augustinus hinweist. Epist. 48 ad Vincentium 48: Ut in emptionibus et venditionibus liberos contractus haberetis et vobis dividere, quod Christus emit venditus, auderetis. Ut quod quisquam vestrum donasset, valeret et quod donavit Deus Deorum a solis ortu usque ad occasum vocatis filiis non valeret. Mit diesen rhetorischen Fragen zieht Augustinus die Vertragsfähigkeit der Häretiker grundsätzlich in Zweifel.

gen, wer sie selbst hält, und der Anhänger einer Perfidia leistet dies, sobald man die Vertragstreue, wie es der mittelalterlichen Tradition entspricht, als Abbild und Nebentrieb der Glaubenstreue auffaßt, gerade nicht.

Um so wichtiger war es für Grotius, das völkerrechtliche Vertragsrecht von der christlichen Tradition zu lösen und es auf eine selbständige analytisch-konstruktive Grundlage zu stellen. Eine bloße Versittlichung der christlichen Vertragstreue hätte diese Abtrennung und Verselbständigung nicht erbringen können, da jenes Argument, von dem der junge Grotius in der obigen Stelle sagt, es sei entstanden, um die menschliche Gesellschaft aufzulösen, gegenüber einer lediglich säkularisierten christlichen Vertragsethik leicht wieder hätte zur Geltung gebracht werden können.

War diese wissenschaftliche, analytisch-konstruktive Neugründung der Versprechenstreue aber geleistet, war eine zusätzliche Absicherung durch eine altchristliche Argumentation sowohl nützlich wie unschädlich und im übrigen wohl auch aus äußeren und inneren Gründen für Grotius nicht zu übergehen.

b) Denn die christliche Grundlegung der Versprechenstreue, wie Grotius sie gibt, war durchaus nicht neu (36), sondern vielmehr eine uralte, in die Spätantike zurückgehende, dauernd lebendig gebliebene Glaubenswirklichkeit.

Ihr Urheber war Augustinus (37), dessen Lehren durch Isidor von Sevilla zum Gemeinbesitz der Bologneser Jurisprudenz wurden und hier vor allem im Kampf um die Klagbarkeit der nuda pacta die Kanonisten bestärkten und den Quellenpositivismus des Legisten aufweichten (38).

Ihr Grundgedanke ist — und er knüpft an den bereits von Augustinus herangezogenen und bei Grotius durch zahlreiche Zitate belegte biblische Vorstellung des « treuen Gottes » an (39) — daß

---

(36) Anders DIESSELHORST (o. A. 12) S. 46; vgl. o. A. 22.

(37) Dazu gleich u. S. 975 ff.

(38) Vgl. u. S. 990 ff.

(39) Nehem. IX, 8 bezieht sich auf die gerechte Erfüllung des Bundes mit Abraham, die übrigen Zitate beziehen sich auf den treuen Gott des neuen Bundes (siehe DIESSELHORST, S. 40 A. 8 und 9; WIEACKER, PRGN², S. 294), wobei Hebr.

dem treuen Gott des neuen Bundes der Mensch gegenübersteht, der sich — selbst im Unglauben — auf die Versprechenstreue Gottes verlassen kann und nun aber im Glauben und der in ihm bewährten Versprechenstreue selbst gerechtfertigt und erlöst wird ([40]). Nur daher kann Grotius sagen, daß der Mensch in der Versprechenstreue Anteil an der Gerechtigkeit Gottes hat. Auch die Einzelheiten werden nur so verständlich: Als logische Folgerung aus dem Wesen des Versprechens, das gegeben wird, um erfüllt zu werden, ist diese Gerechtigkeit unwandelbar und zugleich den menschlichen Wesen nur « suo modo », nach ihrem Maß, eigen.

Die in dieser Sichtweise liegende, wenigstens der Veranschaulichung nach vollzogene Verrechtlichung der Mensch-Gott-Beziehung war der Zeit des Grotius keineswegs fremd. Im Gegenteil, sie erlebte in der damals gerade aufblühenden Föderaltheologie, die, anscheinend schon unter Descartes Einfluß, das Vertragsmodell in extenso zur konstruktiven Klärung der Glaubenswahrheiten heranzog, einen eigentümlichen Höhepunkt ([41]). Auch Grotius

---

VI 18 das Bild der Versprechenstreue noch mit dem der Erbenberufung verbindet. Vgl. dazu u. A. 41 a. E.

([40]) *II Tim.* 2, 13 si non credimus, ille fidelis permanet, negare seipsum non potest. Hinzuzuziehen sind die späteren Worte des Paulus im gleichen Brief (4, 7): Bonum certamen certavi, cursum consummavi, fidem servavi. 4, 8: In reliquo reposita est mihi corona iustitiae, quam reddet mihi Dominus in illa die iustus iudex. Die letzte Erfüllung des Vertrages ist ein richterlicher Akt, sonst ist das Vertragsbild schon hier vollkommen vorhanden.

([41]) Für die folgenden Hinweise auf die Föderaltheologie habe ich den Prof. Dres. theol. Jörg Bauer und Rudolf Smend sehr herzlich zu danken. - Zur allgemeinen Information G. Schrenk, Gottesreich und Bund im alten Protestantismus, vornehmlich bei Coccejus. Coccejus (eigentlich Koch aus Bremen, gest. 1669) war Professor in Leiden, sein Hauptwerk war die Summa Theologiae (hier zitiert nach der 2. Aufl., 1665). Durch den Gnadenbund (p. 423 foedus, quod Deus facit cum peccatore) erwirbt der Mensch ein wirkliches Recht (p. 423: ius peccatoris ad bonum promissum vindicandum, petendum, exspectandum) und gerade darin besteht seine Rechtfertigung (p. 423: Unde iustus est et nominatus; cf. p. 271: is iustus sit, h.e. ius habeat ad amicitiam et communionem Dei). Zu der Anthropologie dieses Glaubensbildes p. 276: Quando enim creatura intelligens facta est, veritatis Dei interest, ut digne et decenter cum ea agat; das Urteil des Grotius (u. A. 42) lautet hier ganz ähnlich. Zu den ebenfalls konstruktiv erfaßten Voraussetzungen des foedus gratiae mit den Erwählten (ewiges Testament des Vaters, ewiges Bürgengelöbnis des Sohnes, Pakt des Vaters mit dem Sohne) Hein-

selbst hat sich dort, wo er als Theologe spricht, für das vertragliche Glaubensbild entschieden (42).

Das Problem der Willensfreiheit, des liberum arbitrium, ist in diesem paulinisch-augustinischen Glaubensparadigma der gegenseitigen Vertragstreue (43) nicht aufgeworfen. Ob der Mensch aus freier Wahl glaubt und sein Versprechen hält oder aus Gnade und uranfänglicher Berufung, waren gewiß damals Fragen, die infolge der Reformation tief umstritten waren, und bekanntlich mußte Grotius seine Sympathie zum Standpunkt des Erasmus mit Gefängnis und Verbannung bezahlen (44), aber da Grotius die Vertragstreue Gottes selbst (wie schon Paulus) aus seiner unwandelbaren Natur ableitet, war es durchaus möglich und folgerichtig,

---

rich HEPPE, *Die Dogmatik der evangelisch-reformierten Kirche neu herausgegeben v. Ernst Bizer*, Neuenkirchen 1958, S. 259 ff. Über Descartes' Einfluß Ernst BIZER, *Die reformierte Orthodoxie und der Cartesianismus*, Zeitschr. für Theologie und Kirche, 55 (1958) S. 306-372; zustimmend Karl Barth im Geleitwort p. V zur Neuausgabe der zitierten Dogmatik Heppes.

Der lutherischen Orthodoxie bleibt der Vertragsgedanke vertraut, er wird jedoch durch die Verbindung mit dem Bild eines Testaments (vgl. o. A. 39) gemildert. Vgl. J. A. QUENSTEDT, *Systema Theologicum 1685*, ed. 1715: Sacrum Dei cum hominibus foedus suavissimam habere Foederis et Testamenti mixturam, atque temperamentum ... Testamento-Foedus appellandum.

(42) Zu Beginn seines Kommentars zum Neuen Testament erörtert Grotius die möglichen Übersetzungen und Deutungen der hebräischen und griechischen Ausdrücke für Bund - aus neuester Zeit dazu Ernst KUTSCH, *Neues Testament - Neuer Bund? Eine Fehlübersetzung wird korrigiert*, 1978 - und entscheidet sich für die Übersetzung Bund (*Opera theologica* II 1 Amstelodami 1677 apud Blaeu p. 1): Accedebat quod vox foederis aliquanto dilucidius exponebat summam bonitatem ... Dei, ut ... non summo nobiscum iure egisset, ut solent legislatores, neque imperiose et minaciter, quae solet vox esse legum, sed blande admodum et cum magna comitate, planeque ut solent qui bona fide inter se contrahunt. Diese Worte, welche die Glaubensbeziehung wie einen Vertrag zwischen redlichen und wohlmeinenden Parteien auffaßt, werfen Licht darauf, was Grotius i.b. II, XI, IV meint, wenn er die Gerechtigkeit, die in der Erfüllung von Zusagen liegt, Gott und den Menschen gemeinsam zuschreibt. Daß das Vertragsbild dem Menschen eine würdigere Stellung gibt, sagt auch die zeitgenössische Theologie, wenn auch unter dem Einfluß der Prädestinationslehre in nicht so milden Worten wie Grotius (o. A. 41).

(43) Vgl. o. A. 41 und u. S. 975 ff.

(44) Siehe W. J. M. VAN EYSINGA, *Hugo Grotius. Eine biographische Skizze*, Basel 1952, S. 58 ff., 66 ff.; FIKENTSCHER (o. A. 31) S. 19 f.

in diesem Glaubensbild mit der strengen augustinisch-reformatorischen Linie auch die Glaubenstreue des Menschen aus der je begnadeten Natur des Einzelnen folgen zu lassen.

Schon das Alter des Paradigmas verbietet es, in ihm ein persönliches Bekenntnis des Grotius zur menschlichen natürlichen Willensfreiheit zu sehen ([45]), so sehr er auch dieser Ansicht zugeneigt gewesen sein mag.

Im übrigen ist daran zu erinnern, daß das stoische Naturrecht, dessen Einfluß auf die Vertragslehre des Grotius allerdings ohnehin nicht überschätzt werden darf ([46]), durchaus nicht den freien Willen vertritt, sondern Teil des streng deterministischen Systems der Stoa ist: Verträge gelten kraft der Verwirklichung von Rechtsprinzipien, seien diese nun die der pflichtenhaltigen bona fides oder die des eigennützigen ius strictum ([47]).

([45]) So aber nachdrücklich DIESSELHORST (o. A. 12) S. 34, 36, 40 ff. Grotius habe das Verständnis menschlicher Freiheit als des Vermögens zur willentlichen Zuwendung zum Nächsten am Leitbild des jüdisch-christlichen, aber durch die stoische natürliche Theologie uminterpretierten (42 A. 12) Gottesbegriffs orientiert (S. 40 ff.) und leite daher « in radikaler Weise jede rechtsgeschäftliche Bindung aus der stoisch-christlichen Autonomie der Person her », so daß « jeder autonome Akt geeignet erscheint, eine Rechtsbindung herbeizuführen ». Zustimmend WIEACKER, PRGN², S. 294 A. 42. Aber abgesehen davon, daß der Stoa dieVo rstellung einer Selbstgesetzgebung des Willens durchaus fremd ist (u. A. 47), ist damit das alte Gleichnis zwischen Glaubensbeziehung und Vertrag ohne zureichenden Grund mit der Frage der Freiheit des vernünftigen Willens belastet. Da zwischen der Betätigung des Vermögens zur verbindlichen Glaubensentscheidung und der Herkunft dieses Vermögens geschieden werden kann (vgl. Augustin u. S. 976) und Grotius dem Menschen die Rechtsgemeinschaft mit Gott auch nur suo modo (nach seinem Maß; i.b. II XI § 4 o. S. 962 f.) gibt, dürfte es Grotius' Gegnern kaum möglich gewesen sein, ihn aus diesem Text des Pelagianismus oder Semipelagianismus zu überführen. Im übrigen ist die fides, deren Bedeutung Grotius am Ende seines Werkes (III XXV § 1) noch einmal hervorhebt, ganz das klare und nüchterne Prinzip des Festhaltens an gemachten Zusagen, die constantia et veritas Ciceros (u. S. 979 und S. 988); als formales Prinzip ist sie per se manifestum und geeignet, aus den Verhältnissen des Rechtsverkehrs (de negotiis) alle Unklarheit zu vertreiben. Diesselhorst deutet die Stelle, m.E. nicht mit Recht, als Bekenntnis zu einem rational allein nicht völlig erfaßbaren Wert (42 mit A. 13).

([46]) Für die Lehre der Vertragsgeltung jedenfalls ist von den antiken Quellen für Grotius der individualistische Formalismus bei Cicero maßgebend geworden, nicht das gesellschaftstheoretische System der Stoa. Vgl. dazu u. S. 978 ff.

([47]) Siehe zu dem Gegensatz u. S. 1003. In einem Gedankensystem, das Gott,

In jedem Fall ist die Glaubens- und Versprechensfähigkeit in diesem alten Bild als grundlegende und heilsnotwendige Fähigkeit des Menschen des neuen Bundes, als Ausdruck seiner höheren Bestimmung aufgefaßt.

Die Versprechenstreue folgt damit vor allem nicht aus sozialen Zwecken, etwa dem des Schutzes des Vertrauens des Vertragspartners, sondern aus einer dem Einzelnen zugesprochenen Kraft, mag diese auch, angesichts der Wandelbarkeit des Menschen, wie der Glaube selbst, als der Unterstützung durch eine äußere Gewalt bedürftig angesehen werden ([48]).

Es ist bis zu einem gewissen Grade eine Säkularisierung gerade dieses Vertragsbildes, wenn Kant später die Geltung des vertraglichen Versprechens transzendental deduziert, und zwar aus dem Willen als dem gesetzgebenden Vernunftvermögen, der dem übereinstimmenden anderen Willen den Besitz der eigenen empirischen Willkür (Freiheit) als einen intelligiblen nach Freiheitsbegriffen verschaffen könne, und auf diese Weise Zustandekommen und Geltung des Vertrags dem Gesetz der reinen praktischen Vernunft unterstellt ([49]). Auch bei Kant ist damit Möglichkeit und Geltung des Vertrags Teil der intelligiblen, nicht der empirischen Natur des Menschen, und daher Folge nicht seiner sozialen Natur, sondern seiner je individuellen Bestimmung zur Vernunft. In der kantischen Fassung der Privatautonomie hat bekanntlich dann die willenstheoretische Grundlegung der Vertragsgeltung ihre wohl bedeutendste Wirkung auf die heutige Privatrechtsdogmatik ausgeübt ([50]).

Natur und Vernunft identifiziert und das summum bonum des Menschen darin findet, in die natürliche Vernunft einzustimmen (Seneca *ep. mor.* 66, 39: ex naturae voluntate se gerere), kann sich die Wertvorstellung einer Privatautonomie ebensowenig bilden wie die eines freien persönlichen Gottes.

([48]) Hier liegt allerdings für jedes deterministische System ein kaum auflösbares Problem. Vgl. u. A. 58. Siehe im übrigen zur kirchlichen Gerichtsbarkeit in Vertragssachen ratione conscientiae u. S. 990 ff.

([49]) KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 19. Der Satz, daß Versprechen zu halten sind, ist ein kategorischer Imperativ, der keines weiteren Beweises fähig ist; er folgt also für Kant nicht aus den Bedingungen des sozialen Zusammenlebens.

([50]) WIEACKER, PRGN², S. 442, 662.

Aber es ist, wie schon bemerkt, nicht Zweck dieser notwendig fragmentarischen Darlegungen, die häufig erforschte Linie von Grotius und seinen natur- und vernunftrechtlichen Nachfolgern bis in die Neuzeit zu verfolgen, sondern vielmehr den älteren Zeugnissen des christlichen Vertragsverständnisses nachzugehen.

II. *Das paulinisch-augustinische Vertragsbild des Glaubens und die Vertragslehre der Glossatoren.*

3. Das klassische römische Recht, das ist heute gesicherter Erkenntnisstand, hat eine willenstheoretische Vertragslehre nicht gekannt (51). Seine durchweg objektiven oder rationalistischen Ansätze lassen Verträge deswegen gelten, weil die ihnen entsprechenden Rechtsformen oder Rechtsprinzipien zwischen den Parteien konkretisiert worden sind (52). Der abstrakte, weil merkmalsarme Gedanke einer Bindung an die gewollte Vereinbarung war zwar in diesem System durchaus vorhanden und wurde auch schon als fides bezeichnet, spielte aber nur die Rolle des grundlegenden ethischen Werts (53). Dementsprechend hat auch das römische Recht die praktisch so wichtige und willenstheoretisch folgerichtige Lehre von der verbindlichen Vertragsofferte nicht entwickeln können.

In der textkritischen Richtung standen daher auch willenstheoretisch interpretierbare Äußerungen in den klassischen Rechtsquellen unter Interpolationsverdacht, wobei nach heutigem Urteil wohl nicht immer genau genug unterschieden wurde zwischen dem konkretisierenden empirischen Aktbewußtsein der Parteien,

---

(51) Vgl. M. Kaser, *Röm. Privatr.*, I², S. 227 ff. Es ist allerdings verfehlt, aus diesem Beispiel des Fehlens eines heute zentralen Theorems den Schluß zu ziehen, das römische Vertragsrecht sei überhaupt theorielos und in allen seinen Lehren Produkt kasuistischer Juristendezision. Vgl. dagegen einstweilen SZ 95 (1978) S. 187 ff.

(52) In diesem Rationalismus stimmen die beiden methodischen Strömungen des römischen Privatrechts, wie sich zum Beispiel an der sabinianisch-prokulianischen Kontroverse über die Klagbarkeit des Tausches ablesen läßt (SZ 95 (1978) S. 217 ff.), überein.

(53) Vgl. Ulp. 4 ed D 2, 14, 1, pr und Ulp 27 ed D. 13, 5, 1, pr und die Übereinstimmung mit dem fides-Konzept bei Cicero, *de off.* I, 7, 22 u. S. 978 ff.; ferner u. S. 1004.

das notwendig willentlich ist, und der Geltung verleihenden Rechtsregel (54).

Von der textkritischen Methode beherrscht war auch ein dem hier verfolgten Gedanken verwandter Versuch, der die vermutete nachklassiche Willenstheorie mit Lehren der byzantinischen Theologie in Zusammenhang brachte. Erhard und ihm folgend Wieacker haben in den Dreißigerjahren erwogen, ob die animus-Theorie in den Digesten und Basiliken vor allem dort, wo sie die Konversion des Rechtsgeschäfts erlaube, als eine nachklassische Doktrin unter dem Einfluß der oströmischen Theologie stehe, die den Durchgriff vom Lippenbekenntnis auf die wahre Herzensmeinung lehre und dabei das Wort διάθεσις-animus für die wahre Meinung verwende (55). Die Prämisse diese Versuchs, nämlich die Annahme des Vorhandenseins einer spezifisch nachklassichen animus-Theorie, bedürfte aber heute zum mindesten einer eingehenden Überprüfung, die hier nicht geleistet werden kann (56).

Der Urheber nun der hier zu betrachtenden spätantik-mittelalterlichen Lehre, die vertragliche Treue und christlichen Glauben miteinander verschmilzt, ist, wie schon bemerkt, Augustinus. Er verknüpfte in folgenreicher Weise die Auffassung vom treuen Gott mit dem vertragsethischen fides-Begriff aus Cicero de officiis I 7, 23, einer Stelle, die in dem hier verfolgten Zusammenhang zu einem tralatizischen Zitat (57) wird.

> Augustinus, *de spiritu et littera*, cap. XXXI, 54 (PL XLIV Sp. 235):
>
> Attende iam illud quod executiendum promisimus, utrum fides in potestate sit. De hac enim fide nunc loquimur, quam adhibemus cum aliquid credimus, non quam damus cum aliquid pollicemur; nam et ipsa dicitur fides. Sed aliter dicamus 'Non mihi habuit fidem', aliter 'Non mihi servavit fidem'.

---

(54) Jede Feststellung eines Vertrags, ob sie wertend vorgeht oder streng tatbestandlich, setzt ein tatsächliches Vertragsgeschehen, ein id quod actum est, voraus und hat schon von daher eine natürliche Willensgrundlage. Vgl. einstweilen SZ 95 (1978) S. 209 ff.

(55) Arnold EHRHARDT, *Justa causa traditionis*, 1930, S. 196 ff.; WIEACKER, *Societas*, 1936, S. 336, 339 f.

(56) Siehe KASER, *Röm. Privatr.*, I², § 58 I 4 mit A. 12.

(57) Vgl. DIESSELHORST (o. A. 12) S. 30 A. 58.

> Nam illud est ' Non credidit quod dixi ', illud ' Non fecit quod dixit '. Secundum hanc fidem qua credimus, fideles sumus Deo: secundum illam vero qua fit promittitur, etiam Deus ipse fidelis est nobis.

Das Cicero-Zitat steckt, wie wir gleich näher sehen werden, in der recht gewaltsamen Etymologie des Schlußsatzes, die fides von fit (es geschieht) herleitet, was etwa so gut ist, wie wenn im Deutschen Treue von zutragen (es trägt sich zu) erklärt würde.

Im übrigen unterscheidet Augustinus zwar sehr klar zwischen der Versprechenstreue Gottes und der Glaubenstreue des Menschen, ohne aber damit wirklich auf der Seite des Menschen das Vertragsbild zu beseitigen. Denn erstens ist der Glaube nach Augustinus eine Willensmeinung, eine consensio voluntatis, die im Vermögen (potestas) des Menschen liegt, mag auch wieder der Glaubenswille ein Werk göttlicher Berufung sein ([58]). Zweitens ist das servare fidem, das Augustinus zur sprachlichen Kennzeichnung der hier Gott zugeschriebenen Versprechenstreue verwendet, bei Paulus gerade auch die menschliche Glaubenstreue ([59]). Die noch heute in der katholischen Dogmatik gangbare, ihrerseits auf Augustinus' Schriften zurückgehende Unterscheidung zwischen der fides quae creditur, dem Bekenntnisglauben, und der fides qua credimur, der Glaubenskraft oder Glaubenstreue ([60]),

---

([58]) Vgl. ebda (XXXI, 54): quid est enim credere, nisi consentire verum esse quod dicetur? consensio autem utique volentis est; profecto fides in potestate est. Dieses Willensvermögen ist aber ein bewirkter freier Wille, der sonst nur zur Sünde frei wäre (III5: neque liberum arbitrium quidquam nisi ad peccandum valet, si lateat veritatis via). Vgl. *aaO*: Deus agit cum anima rationali, ut ei credat; profecto et ipsum velle credere Deus operatur in homine ... consentire autem vocationi Dei, vel ab ea dissentire sicut dixi, propriae voluntatis est. ... Iam si ad illam profunditatem scrutandam quisquam nos coarctet, cur illi suadeatur ut persuadetur, illi autem non ita; duo sola occurrunt interim quae respondere mihi placeat: O altitudo divitiarum (Rom. XI, 33) et Numquid iniquitas apud Deum (Id. IX, 14)? Cui responsio ista displicet quaerat doctiores, sed caveat ne inveniat praesumptores. Diese Stelle macht m. E. ganz deutlich, daß Grotius sich mit dem Vergleich von Glauben und Versprechen nicht ohne weiteres auf eine Position festlegte, die mit der calvinistischen Prädestinationslehre unvereinbar gewesen wäre (s. o. S. 963 f, 969.).

([59]) Vgl. *II Tim.* 4, 7 (o. A. 40).

([60]) FRIES, *Handbuch der theologischen Grundbegriffe*, I (1962) s.v. Glaube 534: ANWANDER, *Wörterbuch der Religion*, 2. Aufl. (1962) s.v. Glaube S. 200.

schließlich bekräftigt, wie sehr Augustinus im menschlichen Glauben neben dem intellektuellen Inhalt auch ein voluntatives, versprechensähnliches Element gesehen hat. In der vertraglichen Deutung der Glaubensbeziehung mußte dieses Versprechenselement des menschlichen Glaubens zudem notwendig in den Vordergrund treten.

Das zeigt schon die folgende Stelle aus den Etymologien des Isidor von Sevilla, in der die Möglichkeit den Glauben als eine zweiseitige Vertragsbeziehung zu konstruieren, schon voll durchgeführt ist.

> Isidor, *Etym.* VIII 24:
>
> Fides est qua veraciter credimus id quod nequaquam videre valemus. Nam credere iam non possumus quod videmus. Proprie autem nomen fidei inde est dictum, si omnino fiat quod dictum est aut promissum. Et inde fides vocata, ab eo quod fit illud, quod inter utrosque placitum est, quasi inter Deum et hominem; hinc et foedus.

Der gelehrte Bischof von Sevilla (etwa 570-636), bei dem die mittelbare und unmittelbare Kenntnis der augustinischen Lehren vorausgesetzt werden dürfen, hat sich die Etymologie Ciceros nicht entgehen lassen und mag auch durch Cicero mitbestimmt worden sein, neben dem intellektuellen Fürwahrhalten das vertragliche Element der fides besonders zu betonen.

Jene fides bei Cicero aber ist nun gerade nicht die stoische naturrechtliche bona fides, über die man sonst aus der Schrift de officiis viel lernen kann ([61]), sondern, wie hier doch kurz angedeutet werden muß, ein vertragsethischer Begriff, der in dem mit dem Naturrecht der Stoa konkurrierenden positiven Rechtssystem der skeptischen Akademie die Aufgabe hat, die Beziehung zwischen deren individualistischer Anthropologie und dem objektiven Rechtssystem der Vertragstypen herzustellen. Diese fides drückt damit für die Verträge in einem anthropologischen Begriff aus, was Cicero, der sich ja sein Leben lang zur Akademie bekannt hat, an anderer Stelle als einen Quasi-Naturrechtssatz der gleichen Schule mitteilt, nämlich die den Menschen als solchen tref-

([61]) Vgl. nur die Kardinalstelle zur bona fides als summa vis der societas vitae Cic. *de off.* III 17, 69-70 (u. A. 63); zuletzt zu ihr SZ, 95 (1978) S. 196 ff.

fende Vorschrift, die Gewohnheiten und Gesetze ihrer Gemeinwesen zu beachten (62).

Diese fides bei Cicero ist daher ein Ausschnitt aus der allgemeinen Treue gegenüber dem positiven Recht. Sie ist das Gerechtigkeitsfundament der vertraglichen Verkehrsgesellschaft, die Cicero zuvor in stoischen Farben geschildert hatte, erschöpft sich aber selbst in dem formalen, hochabstrakten Prinzip der Beständigkeit und Bewährung der vertraglichen Zusage, und stößt damit das offene, auslegungsfähige, stoische Vertrauensprinzip der bona fides, die für einen Q. Mucius die societas vitae der mitmenschlichen Rechtspflichten regulierte (63), gerade ab.

Cicero, *de officiis* I 7, 22:

... in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando acci-

(62) Cic. *part. orat.* 37, 130: atque etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur, quodam modo naturali iure praescriptum est als Lehre e media illa nostra Academia (*ibid.* 40, 139). Auch die Schrift de officiis ist vom Standpunkt eines Skeptikers geschrieben, der sich nur seines Rechts zum probabilistischen Eklektizismus auf Kosten der Stoa sehr ausgiebig bedient (vgl. Cic. *de off.* III 4, 20 a. E.).

(63) Cic. *de off.* III 17, 70 Q. quidem Scaevolam pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX BONA FIDE, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere ... Die bona fides des Mucius (zu ihr als Korrektiv des strengen Rechts u. A. 148), von der hier Cicero mit Distanz und in der Vergangenheit berichtet, ist geprägt von der den großen, nämlich urteilsfähigen Richter fordernden Auslegungsstruktur. Kennzeichnend für Ciceros Eklektizismus gegenüber der Stoa (*de off.* I 2, 6) ist, daß er die (von Mucius hier in der bona fides erfaßten) stoischen Gerechtigkeitsprinzipien dann dazu verwendet, das formale Prinzip der Vertragserfüllung der fides wieder gegenüber gewandelten Verhältnissen (Paradefall: Der Hinterleger eines Schwerts wird tobsüchtig) einzuschränken. Vgl. I 10, 31: Das Prinzip, Versprechen zu erfüllen und veritas und fides zu bewähren, müsse selbst wieder auf die objektiven Gerechtigkeitsgebote, niemanden zu verletzen und das gemeinsame Interesse zu verwirklichen, bezogen werden. Im stoischen System der bona fides folgte dagegen schon die Vertragsgeltung selbst aus der konkretisierten Pflicht zum communi utilitati servire. Ciceros dualistisches System ist übrigens erstaunlich modern (weithin anders noch Grotius u. A. 145), wenn man heute auch den Fall des tobsüchtig gewordenen Hinterlegers differenzierter lösen würde (einerseits Fortfall der Empfangszuständigkeit, andererseits Geltung schützender Nebenpflichten).

piendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem.

23. fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuipiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem.

Die von Augustin und Isidor entlehnte und übrigens auch bei Thomas von Aquin anklingende ([64]) fides-Etymologie ist so denn auch nicht etwa stoisch, sondern eine halb spöttische Imitation der in der Tat oft sehr gewagten Worterklärungen dieser Philosophenschule. In der Sache ist ihr Individualismus ganz unstoisch.

Für die Wirkungsgeschichte der von Augustinus begonnenen und von Isidor weitergeführten Verbindung der vertragsethischen fides Ciceros und der fides Christiana war nun sehr bedeutsam, daß jenes individualistisch-anthropologische fides-Konzept Ciceros auch in den Digesten vorliegt, und zwar dort ebenfalls als Theoriestück der skeptischen Akademie, deren Rechtslehre für die Formulierung der klassischen Jurisprudenz in der ausgehenden Republik grundlegend gewesen ist ([65]). Das Zusammentreffen dieser beiden Traditionsstränge der rein rechtsethisch gebliebenen und der zum Bild christlichen Glaubens gewordenen fides löste die Glosse aus, der ich überhaupt die ganze Fragestellung verdanke.

Vor der Betrachtung dieser Glosse ist nur noch zu bedenken, daß einerseits das Corpus der philosophischen Schriften Ciceros, zu denen auch de officiis gehört, seit der Spätantike stets zugänglich und beachtet geblieben ist ([66]), und vollends Isidors Etymologien ein Standardwerk des mittelalterlichen Unterrichts in

---

([64]) Thomas, *Summa* II 2 qu. 80 ad 3 Fides per quam fiunt dicta, includitur in veritate, quantum ad observantiam promissorum. Vgl. dazu DIESSELHORST (o. A. 12) S. 10 ff. mit A. 42. Es geht um die einfachen (nicht die rechtlichen) Versprechen.

([65]) Vgl. einstweilen insbesondere meine Arbeit *Römische Privatrechtsordnung und Grundrechtstheorie*, in *Sozialwiss. im Studium des Rechts*, IV Rechtsgeschichte hrsg. v. Dilcher u. Horn, 1978, S. 13-42; siehe auch unten S. 1004.

([66]) S. nur E. R. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, 2. Aufl. (1954) S. 58 ff.

Grammatik, Dialektik und Rhetorik geworden war, von dessen Wertschätzung etwa die Eingangsfragmente des decretum Gratianum zeugen (67). Auch bei den Glossatoren können, wie vielfach beobachtet worden ist, die Kenntnisse des Trivium vorausgesetzt werden, ganz abgesehen davon, daß Irnerius seine Laufbahn bekanntlich als Lehrer der Artistenfakultät begonnen hat (68).

Die anscheinend anonyme Glosse der Glossa ordinaria bezieht sich auf eine Bemerkung Ulpians zum Edikt de pactis, das bekanntlich den Grundsatz des pacta sunt servanda nur in dem bescheidenen Maße amtsrechtlich positivierte, daß auf bloße Abreden, z.B. Stundungsabkommen, vom Prätor eine Einrede gewährt wurde. Der Text lobt ganz ähnlich wie beim Edikt über die formlose Erfüllungszusage (constitutum debiti) (69) die Gerechtigkeit des Motivs dieser Rechtssetzung und folgt damit wahrscheinlich einer Tradition, die so alt ist wie die mit Servius Sulpicius, dem Freund und Zeitgenossen Ciceros, beginnende Gattung der Ediktskommentare überhaupt (70).

> Ulp. 4 ed D 2, 14, 1, pr.:
> Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?

Das Edikt positiviert ein Stück natürlicher Gerechtigkeit und entspricht insofern der fides humana, die hier ersichtlich wieder die vertragsethische und als solche noch nicht rechtserhebliche Pflicht ist, sein Wort zu halten (71).

---

(67) Vgl. das decretum Gratiani D. 1 c. 1-12; D. 2. c. 1-8; D. 3 c. 2-4; D. 4 c. 2.

(68) Siehe WIEACKER, PRGN², S. 61 ff., 56 ff.

(69) Ulp. 27 ed D. 13, 5, 1, pr. Hoc edicto praetor favet naturali aequitati qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.

(70) Zu diesen Zusammenhängen einstweilen noch meine Untersuchungen *Les « veteres » et la novelle jurisprudence à la fin de la République*, in *Revue historique de droit francais et étranger*, 55 (1977) S. 7 ff., 29 A. 79 und *Römische Privatrechtsordnung und Grundrechtstheorie* (o. A. 65) S. 13 ff., 22 ff. mit A. 41 (zum aequitas-Begriff dieser Tradition und seiner Verbindung zur fides humana).

(71) Ein Zitat dieser laudatio edicti enthält die folgende Fallentscheidung eines Reskripts aus der diokletianischen Kanzlei (CJ 2, 4, 20 a. 293): Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerunt custodiri.

Die Glosse nimmt nun an der rhetorischen, offenbar unbedingte Zustimmung heischenden Frage des Textes Anstoß.

> Hyperbolice loquitur: quia deum colere magis congruit: cum anima sit rebus quibuslibet praeferenda.
> (Er spricht übertreibend; da es der menschlichen fides mehr ansteht, Gott zu verehren, wo doch die Seele allen Dingen vorzuziehen ist).

Erst kommt die Glaubenstreue, die der Glossator hier nach ihrem Kern, der Verehrung Gottes kennzeichnet, dann die Vertragstreue. Das Bedürfnis, die Werthierarchie klarzustellen, zeigt, wie unmittelbar beide Begriffe im Wort fides humana zusammenliegen.

Interpretiert ist dabei als Sprecher natürlich nicht der Heide Ulpian, sondern der christliche Kaiser Justinian. Dessen Werk verstand sich nun aber auch, wie die Eingangskonstitutionen Deo auctore und Tanta betonen, als ein unter göttlichem Beistand errichteter templum iustitiae (72). Und die Glossatoren haben ganz in diesem Sinne Justinian als Werkzeug Gottes in der Gesetzgebung aufgefaßt und die Kodifikation als gottgewollt (73).

---

nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod secunda hora noctis intercesisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet.

(72) Vgl. Const. Deo auctore passim und insbesondere § 5: Cumque haec materia (die klassischen Juristenschriften als Baumaterial) summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare ... und Const. Tant, insbes. pr., wo die caelestis providentia berufen wird und § 23, wo die für alle Ewigkeit bestimmte Gesetzgebung in Institutionen und Digesten (in omne aevum valituras) als himmlisches Geschenk und Frucht des glücklichsten Beistands (maximi dei et domini nostri Jhesu Christi auxilium) gekennzeichnet werden.

(73) Vgl. die Summa codicis des Bulgarus-Schülers Rogerius: (KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, 1938, S. 284): ... ideo maxime Romanum principem Deus preposuerit, ut ipse solus rudem equitatem (id est iustitie finibus adhuc commorantem) hominibus revelaret. Zum dort erörterten Verhältnis von aequitas rudis und positivem Gesetz E. M. MEYERS, Tijdschrift, 17 (1941) S. 117 ff. Vgl. auch den Anfang des aus der Zeit der quattuor doctores stammenden Bologneser Traktats Divinam voluntatem (R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten etc.*, 1967, S. 454), der lehrt, daß auch die menschliche positive Gerechtigkeit göttlichem Willen folge, weil sie von göttlich inspirierten Menschen gesetzt worden sei.

Auch die Gerechtigkeit selbst hatte daher für die Glossatoren zwei Ausstrahlungen, die wichtigere göttliche der Offenbarung, die nachgeordnete mitmenschliche des positiven Rechts. Dieses Verhältnis, in dem sich doppelte Bedeutungsmöglichkeit der fides, Glaubensverhältnis oder Vertrag, wiederholt, spricht die anonyme Summa Trecensis, von Fitting einst Irnerius selbst zugeschrieben ([74]), eindrucksvoll aus:

> I 1 (*de trinitate et fide*):
> Equitas quoque atque iustitia suos extendit radios non tantum in rebus humanis verum etiam in divinis, et divine quidem res maiores seu venerabiliores habende sunt quam humanae: quapropter premittende sunt. et inter ceteras res que ad divinitatem seu ad finem pertinet precipua est causa trinitatis atque fidei.

Wenn daher Irnerius in einer noch zu erörternden Glosse zum Edikt de pactis die fides mit Ciceros Worten in de off. 17, 22 als Wahrheit und Beständigkeit dessen, was gesagt worden ist (eorum qua dicta sunt constantia et veritas) definierte, so konnte in dieser Formel die Glaubensdimension ohne weiteres lebendig werden, sobald der Kontext die Assoziation erlaubte.

Der Ausruf jenes anonymen Glossators, daß die fides humana in erster Linie durch Wahrung des offenbarten Glaubens Gott zu verehren und dann erst die mitmenschlichen Verträge zu halten habe, steht daher keineswegs isoliert da, sondern ist Ausdruck des in seiner Zeit gültigen, die menschlichen und göttlichen Bereiche zwar unterscheidenden, aber nicht trennenden Rechtsbildes.

Die doppelte Sinngebung von fides, als Glaubenstreue und Vertragstreue, hatte nun auch dogmatische Folgen für das mittelalterliche Privatrecht.

Entgegen dem klassischen System, in dem die fides humana ein rechtlich unverbindliches, ethisches Prinzip war, mußte die Gleichung dazu führen, der fides eine volle, naturrechtliche Versprechensgeltung beizulegen. Bevor ich aber auf diese Frage eingehe, möchte ich noch zwei ältere, spätantike Zeugnisse be-

([74]) Vgl. WIEACKER, PRGN², S. 67 A. 100; E. M. MEYERS (o. A. 73) S. 118 weist auf Beziehungen zur Schule des Martinus hin.

sprechen, die, mehr zufällig gefunden, für die Unmittelbarkeit, mit der diese doppelte Sinngebung der fides erlebt wurde, sehr aufschlußreich sind.

III. *Der Glaube als Gesinnungsgrundlage des Rechts und der Verträge.*

4. Die erste Stelle stammt von Eucherius von Lyon, einem Bischof aus der Mitte des 5. Jh., die zweite etwas jüngere von Prokop, also aus justinianischer Zeit.

Eucherius berichtet vom Martyrium der sogenannten thebaischen Legion ([75]), die unter Maxentius, dem Mitkaiser des Diokletian, als Christen den Befehl, selbst Christen zu verhaften, verweigert hätten. Eucherius läßt die Soldaten ihre Haltung mit Worten verteidigen, die, ungeachtet der historischen Glaubwürdigkeit des Berichts, für die in seiner eigenen Zeit gangbaren Überzeugungen einen unmittelbaren Beweis machen.

> S. Eucherii Lugd., *Corp. Script. Ecclesiast. Lat.* XXXI 168: pugnavimus semper pro iustitia, pro pietate, pro innocentium salute; haec fuerunt hactenus nobis pretia periculorum. pugnavimus pro fide, quam quo pacto conservabimus tibi, si hanc deo nostro non exhibemus? iuravimus primum in sacramenta divina, iuravimus deinde in sacramenta regia. nihil nobis de secundis credas necesse est, si prima perrumpimus. Christianos ad poenam per nos requiri iubes. iam tibi ex hoc alii requirendi non sunt. habes hic nos confitentes deum patrum auctorem omnium et filium eius Iesum Christum deum credimus.

Die Legionäre erklären sich für loyale Soldaten. Nur ist ihre Treue untrennbar mit dem Glauben verbunden. Die fides als Glaubenstreue gegenüber Gott steht nicht nur höher als die fides gegenüber dem Kaiser. Beide Treubindungen werden überdies von der gleichen Kraft gespeist, so daß der Bruch der höher stehenden Verpflichtung auch die niedrigere in Frage stellt.

([75]) Die Baugeschichte der an sie erinnernden Kirche von Saint-Maurice (Acaunus) im Rhone-Tal des Schweizer Wallis geht in das 4. Jh. zurück; das dortige Kloster wurde im Jahr 515 gebaut.

Respektiert aber der Kaiser den wahren Glauben — das ist die in seine Gegenwart hineingesprochene Lehre des Eucherius —, sind die milites Christi loyale Soldaten, bereit zum Kampf gegen Ungläubige und Feinde des Reiches. Der Glaube ist das höhere Gefolgschaftsverhältnis, die Gesinnungsgrundlage aber die gleiche. Die außerordentliche Bedeutung dieser Überzeugung, durch die das Christentum im Ergebnis in die Tradition der spätantiken Loyalitätsreligionen ([76]) tritt, ist hier nicht zu untersuchen, sondern gehört in die Verfassungsgeschichte des spätantiken Staates und der auf seinem Boden entstehenden Völkerwanderungsstaaten und deren weitere Geschichte. Jedenfalls dürfte die von Helbig und neuerdings von Kroeschell hervorgehobene ganz entsprechende karolingische Formel von den « fideles Dei et regis » auch christlich-spätantiken Mustern folgen ([77]). Ihnen steht im übrigen auch die einfachere und radikalere Fassung der Treu- und Bundesvorstellung des gleichzeitigen Islam nicht fern ([78]).

Daß die Erschütterung der Religion, des Glaubens an Gott, nach jener Recht und Religion eng verknüpfenden Vorstellung

---

([76]) Kurt LATTE, *Röm. Religionsgeschichte*, S. 313 ff.

([77]) H. HELBIG, *Fideles Dei et regis*, Archiv f. Kulturgeschichte, 33 (1951) S. 275 ff.; K. KROESCHELL, *Die Treue in der Deutschen Rechtsgeschichte*, Fs. Giuseppe Ermini, Spoleto 1970, S. 477-8. Kroeschell wendet sich offenbar mit Recht gegen Helbigs Ansicht, daß die christliche fides-Vorstellung durch die germanische Gefolgschaft geprägt worden sei, überzieht aber wohl, wenn er auch jegliche Wechselbeziehungen bestreitet. Vgl. zu einer verwandten Problematik meinen Artikel *Bucellarii* in Hoops Reallexikon der germanischen Altertumswissenschaft, Bd. 4, S. 30. Nicht zustimmen kann ich Kroeschell nach dem oben S. 969 ff, 975 ff. Ausgeführten, wenn er im christlichen Glaubensbild jegliche Gegenseitigkeit leugnet (S. 477). Auf die von Kroeschell im übrigen favorisierte Linie von der römischen Klientel (von ihm als einseitige Herrschaft gedeutet, und nicht, wie m. E. richtiger, als Rechtsverhältnis zwischen Ungleichen; vgl. nur die völkerrechtlichen foedera iniqua) hin zu den mittelalterlichen Treuverhältnissen ist hier nicht einzugehen.

([78]) Vgl. *Koran*, Sure IX, 102: « Wahrlich, von den Gläubigen hai Gottg ekauft ihre Kraft und ihr Vermögen und gibt ihnen dafür das Paradies. Auf dem Pfade Gottes sollen sie kämpfen und töten und getötet werden - ein Versprechen, verpfändet im Gesetz und im Evangelium und im Koran, und wer ist seinen Verheißungen treuer als Gott? Erfreue dich deshalb des Bündnisses, das du eingegangen bist, denn dies wird sein die große Seligkeit ». Siehe dazu Christopher DAWSON, *Die Gestaltung des Abendlandes* (*The Making of Europe*), 2. Aufl., Köln 1950, S. 140 ff., 150 ff.

auch die Rechts- und Vertragsordnung in ihren gesinnungsmäßigen Grundlagen zu erschüttern vermag, zeigt nun die Stelle aus Prokops Anekdota, einer geheimen Haß- und Enthüllungsschrift über Justinian, etwa gleichzeitig entstanden mit Prokops ganz « byzantinischer » Lobeshymne auf den Kaiser « Die Bauten » ([79]).

Der uns interessierende Abschnitt beginnt mit der Feststellung, daß Justinian durchaus treulos, d.h. unbeständig und wankelmütig gewesen sei, nur nicht in einem, seiner Unmenschlichkeit und Habgier ([80]). Infolge dieser sein Wesen bestimmenden Triebe sei er zu allem zu verleiten gewesen und habe sich auch durch seine von ihm selbst gegebenen Gesetze nicht daran hindern lassen, Recht zu sprechen, wie es ihm nützte. Die Invektive kulminiert in dem Satz (Prokop, *Anekdota* XIII, 23):

> ἔμεινε τε αὐτοῦ Ῥωμαίων ἄρχοντος οὐ πίστις ἢ δόξα πρὸς θεὸν ἀσφαλής, οὐ νόμος ὀχυρός, οὐ πρᾶξις βεβαία, οὐ συμβόλαιον οὐδέν.
>
> (Es blieb aber, während er über die Römer herrschte, nicht Treu noch Glauben gegenüber Gott sicher; kein Gesetz galt zuverlässig, kein Geschäft war wirksam und keinerlei Vertrag) ([81]).

Diese Worte sollen Justinian vernichtend treffen und zielen darum auf den Kern seines Selbstverständnisses und historischen Anspruchs. Für Justinian, mit dessen wieder das gesamte zurückeroberte imperium umfassenden Herrschaft der spätantike Cäsaropapismus seinen Höhepunkt erlebt, waren Sicherung von Glauben und Recht die dominierenden Motive seiner Politik. Für die Wiedergewinnung der von Spaltung bedrohten Einheit der Reichskirche hat er sich sogar auch schriftstellerisch so einge-

---

([79]) Vgl. Berthold RUBIN, *Prokopios von Kaisareia*, in Pauly-Wissowa Realenzykopädie Hbd., 54 (1957) Sp. 572 ff.

([80]) Prokop, *Anekdota* XIII 18 f. ἄπιστος γὰρ ἐν πᾶσι πλὴν γε δὴ τῆς τε ἀπανθρωπίας καὶ φιλοχρηματίας διαφανῶς. Zum Wert dieses Prokop'schen Charakterbildes Justinians Berthold RUBIN, *Das Zeitalter Justinians*, I (1960) S. 93 ff.; s. auch ders. (o. A. 79) Sp. 528 ff., 546.

([81]) Vgl. die etwas freiere Übersetzung von Otto Veh in der Tusculum-Ausgabe der Anekdota: « Treue und Glaube an Gott blieben erschüttert, solange er über das römische Reich herrschte; kein Gesetz war unverbrüchlich, kein Geschäft zuverlässig, keine Abmachung hatte Bestand ».

setzt, daß er manchem als der bedeutendste Theologe des 6. Jh. gilt (82).

Prokop zufolge war Justinian auch damit gänzlich gescheitert. Tatsächlich ist richtig, daß Justinians Kompromißpolitik, die vor allem den Monophysiten Syriens und Ägyptens entgegenzukommen bemüht war, die tiefgehenden Streitereien der Zeit über die Bekenntnisformel nicht beseitigt, sondern eher vergrößert hat (83). Uns interessiert aber hier vor allem die innere Logik des Prokopschen Angriffs. Sie liegt zutage. Weil die Unbeständigkeit Justinians Treue wie Glauben gegenüber Gott unsicher gemacht hat, sind auch die Gesetze und vor allem auch die Verträge unsicher geworden. Es ist offenbar der gleiche Gedankenzusammenhang, der später bei den Glossatoren, die Justinians Gesetzgebung anwenden werden, die Verbindung von iustitia divina und iustitia humana begründet und die noch engere zwischen der fides humana als Glaube und der fides als Versprechenstreue. Der Gedanke, der diesen Zusammenhang formell verbindet, ist, wie gleich noch weiter deutlich werden wird, das Prinzip der constantia et veritas: Offenbarung und Glaube, Gesetze und Verträge sollen Bestand haben nach ihrer ursprünglichen Wahrheit. Materiell ist es der Gedanke, daß zur Setzung von Sinn und Ordnung stiftenden Verhältnissen neben Gott auch der von Gott zur Gesetzgebung ermächtigte Kaiser (84) berufen ist und vor allem auch der Mensch im Glauben und bei Verträgen. Und genau in diesem letzten Zusammenhang zeigt sich der eminent christliche Grundzug des Konzepts einer Privatautonomie.

δόξα bezeichnet im übrigen bei Prokop tatsächlich im Gegensatz zur Sprache des Neuen Testaments, wo das Wort regelmäßig den Ruhm und die Ehre Gottes bezeichnet (85), die Glaubensmei-

---

(82) Siehe Hamilcar S. ALIVISATOS, *Die kirchliche Gesetzgebung des Kaisers Justinian*, I, Berlin 1913, Neudr. Aalen 1973, S. 5.

(83) Zur raschen Information Karl HEUSSI, *Kompendium der Kirchengeschichte*[12], § 36 h; ferner OSTROGORSKY, *Geschichte des byzantinischen Staates* (1963) S. 66.

(84) Siehe o. S. 981 mit A. 72-73.

(85) Wie das *Theologische Wörterbuch zum Neuen Testament* hrsg. v. G. KNITTEL, II (1935) S. 210, betont, ist die alte Bedeutung opinio im Neuen Testament schlechthin verschwunden.

nung, den Bekenntnisinhalt des Glaubens ([86]), ähnlich wie in einem Kaisergesetz opinio für die Glaubensmeinung von Häretikern verwendet wird ([87]). In Prokops mehr Aspekte verbindender als trennender Redeweise οὐ πίστις ἢ δόξα πρὸς θεὸν (weder Treue noch Glauben an Gott) ist damit offenbar die schon erwähnte auf Augustinus zurückgehende Unterscheidung zwischen Glaubenskraft und Glaubensinhalt, zwischen fides qua creditur und fides quae creditur ausgedrückt ([88]). Inwiefern in der deutschen Formel von Treu und Glauben ursprünglich der gleiche aspektuelle Unterschied hervorgehoben wurde, soll uns zum Schluß dieser Untersuchung noch kurz beschäftigen ([89]).

IV. *Die naturrechtlich-romanistische Versprechenslehre der Glossatoren.*

5. Die oben postulierte naturrechtliche Vertragslehre, die auf einem zweiseitigen, aus der fides abgeleiteten Versprechen aufbaut, findet sich sofort bei Irnerius, und in ausgeführter Form in der schon erwähnten Summa Trecensis im Sachtitel de pactis. Diese Skizze beschränkt sich auf diese beiden allerdings repräsentativen Überlieferungen.

([86]) Vgl. etwa 13, 4 Δόξαν δὲ βέβαιαν ἀμφὶ τῷ Χριστῷ ἔχειν ἐδόκει (er - Justinian - schien eine feste Glaubensmeinung hinsichtlich Christus zu haben); 13, 7 ἐς μίαν γὰρ ἀμφὶ τῷ Χριστῷ δόξαν ⟨συναγαγεῖν⟩ ἅπαντας ἐν σπουδῇ ἔχων (er eiferte danach, alle zu einer einzigen Glaubensmeinung hinsichtlich Christus zusammenzuführen) 11, 14: Χριστιανῶν δόξαι ἀπόβλητοι πόλλαί εἰσιν (es gibt viele verwerfliche Glaubensmeinungen der Christen); 11, 21: δόξης τῆς πατρίου τοὺς παραπίπτοντας μεταβάλλεσθαι (sie zwangen, wen sie trafen, den väterlichen Glauben abzulegen). Der Hintergrund aller dieser Bemerkungen ist die unitarische Religionspolitik Justinians (o. S. 986) und es mag sein, daß der Sprachgebrauch Prokops (nicht δόγμα, sondern δόξα) mit dem Standpunkt einer gewissen Toleranz zusammenhängt, von dem er seine Kritik übt. In jedem Fall verwendet er das Wort δόξα-opinio (u. A. 87) auch zur Bezeichnung der Rechtsgläubigkeit (o. S. 985 mit A. 81).

([87]) CTh 16, 5, 5 (3. 8. 379) Quisquis opinionem plectibili ausu dei profanus imminuit ...; vgl. aber auch CTh 16, 1, 2 (27. 2. 380) haeretici dogmatis infamiam.

([88]) Vgl. o. S. 976.

([89]) U. S. 978 ff, 997 ff.

Irnerius (y) zu D 2, 14 (90).

Pacta servari aequitatis est, non eius qua pro tempore seu loco postulat, conveniens dicitur, sed eius quae natura dictante semper et in cunctis se optinet. Namque ipsum genus eius est naturale: hoc est fidem praestare. fides autem est eorum quae dicta sunt constantia et veritas. dictat vero partim ratio sola, partim noster consensus et, si cogimur servare superiorem partem, quanto magis inferiorem (91).

Die Pflicht, Verträge zu halten, folgt nach diesem Text nicht aus der aequitas rudis, der noch nicht positivierten Gerechtigkeit (92) — das war der Standpunkt des klassischen römischen Rechts —, sondern ist ein allgemeingültiges Gebot der Natur, d.h. Gottes (93). Denn auch der Oberbegriff der Vertragsgeltung selbst (ipsum genus) ist ein solcher Naturrechtssatz, nämlich die Pflicht, die fides zu gewährleisten. Was dieser Oberbegriff alles umschließt, sagen die folgenden Sätze, die zwar äußerst knapp und andeutend gehalten sind, aber offenbar auf die religiöse Dimension der fides ausgreifen: Die Treue sei, wieder mit Ciceros Worten gesagt (94), die Wahrheit und Beständigkeit dessen, was gesagt worden ist. Teils spreche hier die Vernunft allein — gemeint ist ersichtlich die Offenbarung — teils unser Konsens und, wenn wir gehalten seien, den obigen oder den höheren (die Auflösung dieses Doppel-

(90) Vgl. Enrico BESTA, *L'opera d'Irnerio II. Glosse inedite d'Irnerio al Digestum vetus*, Torino 1896, S. 31; WEIGAND (o. A. 73) S. 20 f.

(91) Der außerordentlich gehaltvolle Text fährt noch mit einem weiteren Gedanken fort, den ich der Übersichtlichkeit halber abtrenne: cum et ea, quae non placuerunt servare fidei congruat humanae, quae in gestoribus negotiorum servanda dicuntur. Das meint: Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag gebietet allein die Treue zum eigenen Vorverhalten die Anerkennung des Quasi-Kontrakts durch den negotiorum gestor. Dieser Befund trägt in der Tat ein argumentum a fortiori auf die Notwendigkeit, Vereinbarungen zu halten.

(92) Vgl. dazu den wichtigen Aufsatz E. M. MEYERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, Tijdschrift, 17 (1941) S. 117 ff., wo gezeigt wird, daß die Glossatoren seit Irnerius (im Anschluß an Cic. *Top.* 2, 9) die aequitas nondum constituta oder rudis unterscheiden von der aequitas des positiven Rechts, das entweder Gesetzesnorm (ius ipsum) oder privatautonome Norm (Testament, Vertrag) ist (pro iure); vgl. ferner A. ROTA, *La concezione Irneriana dell'aequitas*, Riv. Intern. di filos. di dir., 26 (1949) S. 241-257. Vgl. auch u. A. 152.

(93) Vgl. WEIGAND (o. A. 73) S. 18, 455 u.ö.

(94) Vgl. o. S. 979.

sinns muß dahinstehen) (95) zu halten, wieviel mehr den unteren oder niedriger stehenden.

Daß nach dem römischen Recht nur die Vertragsabreden rechtsgültig und klagbar sind, die vom objektiven Recht der zivilrechtlichen Vertragstypen (nomina contractus) oder von prätorischen Edikten anerkannt und damit positiviert worden sind, erwähnt Irnerius in dieser allgemein redenden Glosse noch nicht. Er scheint aber überhaupt einen Widerspruch zwischen dem Naturrechtssatz, daß Verträge kraft der fides zu halten sind, und der beschränkenden Lehre des römischen Rechts nicht empfunden zu haben, und zwar offenbar deshalb, weil er das römische Recht selbst als göttlich inspiriert und darum als Konkretisierung jenes allgemeineren Satzes ansah. Für ihn erledigt sich das Problem noch in der einfachen Feststellung, daß Verträge nur dann nach Naturrecht beachtet werden, wenn sie vernunftbegründet sind, also dem römischen Recht entsprechen (96). Erst die Kanonisten werden später auf dem Widerspruch insistieren.

Die Summa Trecensis ihrerseits beeindruckt durch eine klare Ableitung des versprechenstheoretischen Vertragsbildes aus der individuellen Rechtsethik, und zwar in selbständig verarbeiteter Weise erneut aus der wohlbekannten Pflicht zur constantia et veritas.

Sum. Trec. II 3, 3:

> Equitas seu ratio qua pacta servantur tum iudicium proprium est, cui resistendum non est: hoc enim varii et inconstantis hominis est, quia quod semel nobis placuit, id postea displicere non debet. tum fides que a uno promittitur (et) ab altero spe-

---

(95) Vgl. immerhin das Stichwort der res maiores (o. S. 982) und den Gegensatz von iustitia superna und humana (WEIGAND, *aaO*, S. 455).

(96) Vgl. die Glosse des Irnerius (y) zu D 13, 5, 1 (zum prätorischen constitutum debiti): debito naturali subnixam. ex hoc ipso apparet ea demum pacta naturali iure custodiri quae nituntur ratione. Nach BESTA (o. A. 90 S. 32) gehört die Glosse zum Stichwort fidem fallere des principium, der Sache nach paßt sie aber weit besser zu dem § 7: Debitum autem vel natura sufficit, der mit debito naturali subnixam resümiert wird. Was nach klassichem Zusammenhang eine Lockerung der Akzessorietät des constitutum debiti war (naturale, d.h. klaglose Verbindlichkeiten genügen), wird für Irnerius zum Paradigma für das Verhältnis von natürlicher fides-Pflicht und ratio iuris.

> ratur, hoc suadet, ut ea que complacita sunt serventur, cum veritati hoc debemus ne fallamur, et hoc naturaliter in nobis inest ut verum dicamus.

Zu der eigenen Entscheidung (iudicium proprium) muß man in Namen der Beständigkeit stehen und die zugesagte Vertragstreue im Namen der Wahrheit bewähren. Obwohl hier die Glaubensdimension nicht anklingt, ist das immer noch die gleiche christliche fides-Pflicht, die wir bisher betrachtet haben. Daß sie rechtliche Vertragsbindung wiederum nur im Rahmen der Regeln des römischen Rechts erzeugt, ergibt sich wieder ohne nähere Problematisierung aus dem Fortgang der Darstellung [97].

V. *Die reine Versprechenslehre der Kanonisten.*

6. Hier mußte die Kritik der zeitgenössischen Kanonistik ansetzen. Auch nach heutigem Urteil ist es nicht einleuchtend, daß nach römischem Recht die Tauschverhältnisse, d.h. die nicht auf Geld lautenden Kontrakte, disprivilegiert waren, und grundsätzlich nur nach einseitiger Vorleistung klagbar wurden [98]. Wo nicht bei Vertragsschluß unter Anwesenden das entformalisierte Stipulationsrecht der constitutio Leonina helfen konnte [99], mußten die Legisten dem Grundsatz nach auch z.B. einem ernsthaft abgesprochenen Vertrag über Tausch zweier Äcker die Geltung versagen [100].

Der uns interessierende Kern der Aussage des kanonistischen Vertragsrechts war in diesem Zusammenhang der bekannte Satz,

---

[97] Vgl. *Sum. Trec.* II, 3, 11.

[98] Die Gründe für den klassichen numerus-clausus der klagbaren Verträge beruhen auf der klassichen Vertragsformenlehre, die als klagbare Austauschgeschäfte der Zivilisationsgeschichte des Rechts (ius gentium in diesem Sinne) nur die Geldkontrakte anerkannte.

[99] Dazu zuletzt Klaus Luig, *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Symposion aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker (1980) S. 301. Zu der komplizierten spätantiken Rechtsgrundlage Kaser, *Röm. Privatr.*, II, § 263 I 5, zur mittelalterlichen Anwendung des Stipulationsrechts Karsten, *Die Lehre vom Vetrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock 1822, Nachdr. 1967, S. 179 ff., 186 ff.

[100] S. o. S. 989.

daß die Nichterfüllung eines schlichten promissum wegen der Verletzung der Wahrheitspflicht ein peccatum mortale sei und daher grundsätzlich von der ratione conscientiae zuständigen kirchlichen Gerichtsbarkeit erzwungen werden könne ([101]). Die textliche Grundlage dieser Lehre ist schmal, eine in den Liber extra aufgenommene sehr allgemein redende Äußerung des Konzils von Karthago aus dem Jahre 348 ([102]), und vor allem auch die biblischer Weisung folgende Gleichstellung des einfachen Versprechens mit dem offenbar von Anfang an von der Kirche geschützten eidlichen Versprechen ([103]).

Dementsprechend sind auch, worauf A. Amandieu hingewiesen hat, die theoretischen Begründungsversuche dieser Lehre eher dürftig ([104]). Die wertvollste Äußerung finde ich bei dem soeben von Norbert Horn untersuchten Postglossator oder Kommentator Baldus, der Legist und Kanonist zugleich war. Er verteidigt

---

([101]) Vgl. Udo WOLTER, *Ius canonicum in iure civili* (1975) S. 11 mit Nachweisen Anm. 40; mit Textanalysen Hermann DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, SZ 77 (1961) S. 281 ff. Zu den beiden Erzwingungsmöglichkeiten, die diskutiert wurden, entweder die auch dem weltlichen Richter bei Meidung der Exkommunikation anempfohlene condictio ex canone oder die nur vor das kirchliche Gericht führende denuntiatio Evangelica (DILCHER, S. 281 A. 50 mit Nachweisen) auch KARSTEN (o. A. 99) S. 131 ff.

([102]) X I 35, 1 dixerunt universi: pax servetur, pacta custodiantur. Zum ursprünglichen Rechtsfall des Konzils SÖLLNER, SZ 71 (1960) S. 240 ff.; ferner CALASSO, *Il negozio giuridico*, 2. Aufl., 1959, S. 178 A. 16 mit weiteren Nachweisen; Norbert HORN, *Aequitas in den Lehren des Baldus* (1968) S. 183.

([103]) Vgl. insbesondere die bei H. DILCHER o. A. 101 S. 281 zitierte und in ihrer grundlegenden Bedeutung gewürdigte Lehre des Dekretisten Huguccio (bis 1190 in Bologna): nota quoad observantiam Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel alter firmatam promissionem ut C 22 qu 1 c 12 et qu 5 c 12. Sive ergo interveniat stipulatio sive non, promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum si potest. Vgl. auch WOLTER (o. A. 101) S. 11. Zu dem Schutz eidlicher Versprechen durch die kirchliche Gerichtsbarkeit und ihre mögliche Grundlage in der Verpfändung des Seelenheils auch noch u. S. 1000.

([104]) *Dictionnaire de droit canonique*, I, 1935 s.v. arbitrage Sp. 876 « On trouve rarement, dans les canonistes, à l'appui de leur thèse, des raisons autres que ces explications de la glose » (das sind die Wahrheitspflicht auch gegenüber schlichten Versprechen und der Hinweis auf X I 35 1, o. A. 102, als der eigentlichen Rechtsquelle).

als Legist die romanistische Lehre, hebt aber doch hervor, daß die Klagbarkeit aller Verträge sowohl der menschlich erkennbaren Wahrheit, der aequitas, als auch der divina ordinatio, der göttlichen Ordnung, besser entspreche (105). Diese Feststellungen wiederholen offenbar der Sache nach die bei den Glossatoren seit Irenerius zu beobachtende christlich-naturrechtliche Grundlegung der Vertragslehre und räumen lediglich nun ausdrücklich ein, daß die konsequente Anwendung dieser Grundlegung zur Anerkennung des kanonistischen Standpunktes führen müsse. Anders als im Eigentumsrecht konnte hier auch der in der kanonistischen Tradition vorhandene Gedanke, daß die Formalismen des weltlichen Rechts sich aus dem status corruptus erklären (106), nicht helfen, da die Heilsordnung des neuen Bundes zwar den status corruptus nicht aufhebt, aber in der Möglichkeit gerade der fides humana, der elementaren Versprechens- und Bindungsfähigkeit des Menschen, durchbricht (107).

Wenn Baldus gleichwohl ablehnt, von der divina ordinatio her die leges zu ändern (108), so folgt das offenbar dem einfachen Gedanken, den die Glossatoren von Justinian übernehmen konnten, daß auch das römische Recht mit seinen subtilitates göttlich gewollt sei (109).

Das schließliche Vordringen der kanonistischen Lehre zur herrschenden Meinung auch der Zivilistik, die ein keineswegs einfacher Vorgang war und deren dogmengeschichtlich interessante Stationen von Hermann Dilcher sorgfältig nachgezeichnet

---

(105) Vgl. HORN (o. A. 102) S. 183 und S. 9 zur aequitas-Definition als der rectitudo iudicii naturalem sequens rationem, der Richtigkeit des der natürlichen Vernunft folgenden praktischen Urteils.

(106) Lehrreich hierzu WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Kanonisten* (1967) S. 307 ff., 336, 339, 343 und insbesondere auch S. 88 mit A. 11, wo eine von Besta Irnerius zugeschriebene Glosse, welche das Eigentum als iniquitas bezeichnet, als Ergebnis einer Kontamination mit einer kanonistischen Glosse erwiesen wird.

(107) S. o S. 969 ff, 973.

(108) HORN (o. A. 102) S. 183 mit A. 13. Immerhin begründete aber Baldus die Lehre, daß in kirchlichen Territorien auch die Zivilgerichte das pactum nudum anzuerkennen haben, H. DILCHER, SZ 77 (1960) S. 298.

(109) Vgl. dazu o. S. 989 mit A. 96.

worden sind ([110]), hängt denn auch offenbar damit zusammen, daß infolge des in der Scholastik immer einflußreicher werdenden Nominalismus ([111]) der Gedanke, daß in den römischen Quellen ein vernünftiger, ein für alle Mal geäußerter Wille wirke, zurücktrat, und das römische Recht als historische Willenschöpfung begreifbar wurde, das als solche historischer Veränderung unterliegt.

Einen Endpunkt resümiert der Humanist Wesenbeck:

> *Comment. in Pandectas* (1565) N. 9 zu D 2, 14:
> communis opinio est, et ita usus observat, ut indistincte ex pactis nudis serio et deliberate initis, etiam in foro civili hodie detur actio.

Natürlich ging es, wie hier betont, immer nur um ernsthaft und mit Vorbedacht oder wie man heute sagen würde, mit Rechtsbindungswille eingegangene Verträge. Welche Indizien dazu entwickelt wurden, diese ernsthafte Vertragsabsicht festzustellen, in Gestalt der causa-Lehre ([112]) oder der Vestimenta-Lehre ([113]), ist hier nicht zu verfolgen. Jedenfalls war es niemals zweifelhaft, daß ein erhebliches Gebiet der Pflicht, sein Wort zu halten, der Moral, der honestas, überlassen bleiben mußte ([114]), zumal da die Kanonistik schon früh am Beispiel der laesio enormis formuliert hatte, daß selbst nicht jede im Recht vorkommende Sünde, bei der Läsion das erhebliche, aber noch nicht die Hälfte erreichen-

---

([110]) *AaO* (o. A. 101).

([111]) Hierzu WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 1962, S. 67 ff. (Duns Scotus), 82 ff. (Ockham), 89 ff. (die Spätscholastiker); zu unterscheiden dann die Neubegründung eines materialen, nicht voluntaristischen Naturrechts seit Gregor VON RIMINI, S. 93 ff. (vgl. o. A. 20).

([112]) Vgl. DIESSELHORST (o. A. 12) S. 14 und insbesondere Alfred SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionen und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* SZ Rom. Abt., 77 (1960) S. 182-269, insbes. S. 219 ff. (Gleichsetzung von causa und vestimentum bei den Glossatoren), S. 228 (Theorie der Stipulationscausa), S. 229 (Lehre des Cuneo), S. 240 ff. (kanonistische causa-Lehre), S. 266 ff. (Zasius und die deutsche Praxis der Rezeptionszeit).

([113]) Siehe nur DILCHER (o. A. 101) S. 278 ff., ausgehend von der «Vestiturtheorie» des Placentinus.

([114]) Vgl. nur DIESSELHORST (o. A. 12) S. 10 ff. zu Thomas von Aquin und der von ihm ausgehenden scholastischen Moraltheologie.

de Unterschreiten des iustum pretium, rechtlich sanktioniert werden kann (115).

Die Sünde, an welche die noch im 16. Jh. durchaus blühende kirchliche Vertragsgerichtsbarkeit ratione conscientiae anknüpfte, war — das sei betont — die Pflicht des Christen die fides zu wahren, und zwar wie im Gebiet des Glaubens so auch im Gebiet des Rechts (116). Diese durchaus individualistische Grundlegung unterscheidet diesen Beitrag der Kanonistik zur Fortbildung des römischen Rechts von dem äußerlich-terminologisch verwandten und ebenfalls fortwirkenden Reformbeitrag, nämlich der Abschaffung des römisch-rechtlichen Grundsatzes des Ersitzungsrechts: mala fides superveniens non nocet. Der hierfür von Innocenz III angeführte Satz: quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est ... ist mehr effektvolle Rhetorik, und sachlich zumindest ungenau, da das innere Motiv der Reform nicht auf Treu und Glauben gerichtet war, sondern auf die Verhinderung eines Erwerbs, der sich trotz dolus, trotz eines auf den Erwerb fremden Gutes gerichteten Willens, vollendete (117).

VI. *Treue und Glauben im deutschrechtlichen Treugelöbnis.*

7. Es bleibt noch ein Blick auf die Geschichte der Paarformel (118) Treu und Glauben zu werfen. Es ist ein sehr merkwürdiges Beispiel für die Möglichkeiten sprachlichen Bedeutungswandels, daß die gleiche Paarformel, aus deren gegenwärtigem Inhalt

---

(115) Vgl. AMANDIEU (o. A. 104) Sp. 876.

(116) Siehe dazu noch u. S. 997.

(117) Der auf dem 4. Laterankonzil von 1214 verabschiedete Text fährt fort (X 2, 26, 20): ... synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quam generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Die Sünde beruht hier auf dem aliena appetere (ausdrücklich so X 2, 26, 5), was bei einer Forderung, wenn man das Forderungsrecht als fremdes Vermögensrecht auffaßt, erst vorkommen kann, wenn die Rechtsgültigkeit des Versprechens anerkannt ist. Als schöpferisches Prinzip des Schuldrechts ist das Verbot des aliena appetere also nicht geeignet.

(118) Vgl. G. DILCHER, *Paarformeln in der Rechtssprache des frühen Mittelalters*, Darmstadt 1961, insbes. S. 18 ff.

in den §§ 157, 242 BGB die bedeutendsten Einschränkungen und Korrekturen des willenstheoretischen Vertragsrechts abgeleitet werden, ursprünglich selbst in die Geschichte des strengen, auf veritas und constantia verpflichteten christlich-mittelalterlichen Vertragsbildes gehört, und zwar sowohl dort, wo die romanistische Vertragslehre in volkssprachlicher Fassung vorgetragen wird als auch in der eigenständigen, freilich nicht immer leicht scheidbaren Tradition der deutschrechtlichen Treugelöbnisse.

Für das erstere genügt ein Blick auf das für die Praxis bestimmte Werk des Andreas Perneder (gest. um 1540) « Gerichtlicher Proceß, Ingolstadt 1564 », in dem es zum Thema « von beding und verträgen » heißt.

> « Nichts ist menschlichem trawen und glauben gemäßer oder bequemer, dann das ain jeder seinem zusagen und bewilligung, so je dieselb ain mal gefallen, wie sich gebürt, nachkome » ([119]).

Diese Äußerung, die sich auch tatsächlich im Verfolg auf das Edikt de pactis beruft ([119]), sagt ersichtlich auf deutsch dasselbe, wie der etwa zeitgenössische Johann Fichard (1512-1581) in der gelehrten Version ausspricht.

> J. Fichard, *Consilia*, Frankf. a. Main 1590, Bd 2, Cons 35 Nr. 1:
>
> Quoniam hoc naturalis aequitatis est, ut stemus pactis conventis, nihilque tam congruum sit humanae fidei, quae placuerunt inter eos servare ut dicit IC Ulpianus in l. 1 ff. *de pactis* et idem in l. 1 in pr. ff *de const. pecu.*
>
> Quod canonica quoque iura comprobant cap. 1 in fi. ibi. Dixerunt universi, pax servetur et pacta custodiantur.

Es handelt sich allerdings bei Perneder augenscheinlich nicht um eine künstliche Lehnübersetzung von fides humana, sondern um die Anwendung einer in der deutschen Sprache schon vorhandenen Ausdrucksmöglichkeit von offenbar starkem individualethischen Appellwert. Daß es dabei zugleich um einen vertragsethischen Sachverhalt ging, nicht um Wortformeln, zeigt die pa-

([119]) Der Fortgang der Stelle bei SÖLLNER, SZ Rom. Abt., 77 (1960) S. 267, dem ich auch die beiden folgenden Stellen verdanke.

rallele, ebenfalls in der romanistischen Tradition stehende Äußerung des Zasius.

> Freiburger Stadtrecht von 1520 II, 6, 8 ([120]):
> Welcher dem andern etwas mit bedachtlichkeit zusagt, es sig mit bloßen Worten oder andern zusagungen, die wort syent wie sy wöllen, so sol der ien, der zugesagt hat, sin zusagen halten und mag mit recht darzu gezwungen werden; dann es gepürt sich menschlicher erberkeit, das man glauben halte, es wer dann das zusagen um unerlich sachen.

Die fides humana ist hier zur menschlichen Ehrbarkeit geworden, die Möglichkeit aber, die Glaubensdimension zu assoziieren, durch die ihr zugeschriebene Pflicht den Glauben zu halten (fidem servare) ([121]), eher aufgefrischt.

Die Geschichte der Formel von Treu und Glauben in den Gebieten des sogenannten Deutschen Rechts, in denen nicht das gelehrte römische Recht rezipiert worden ist, sondern die eigenen land- und stadtrechtlichen, usrprünglich stammesrechtlichen Traditionen fortgalten, wenngleich in mehr oder minder tiefgreifend christianisierter Fassung und unter dem ratione conscientiae stets möglichen Einfluß der kirchlichen Gerichtsbarkeit, hat jüngst Hans-Wolfgang Strätz monographisch untersucht ([122]). Die Formel gehört nach den dort erzielten Ergebnissen in die Geschichte des Treugelöbnisses dieses Rechtskreises. Strätz zufolge, und er bestätigt hierin die Ansicht Kroeschells, habe sich die Formel als eigenständige Rechtsbildung in der Praxis dieser Treugelöbnisse seit der ersten Hälfte des 14. Jh. herausgebildet, und zwar ohne Einfluß des Christentums ([123]) und, wie Kroeschell ergänzt, auch ohne Beimengung einer Treuvorstellung im ethischen Sinne ([124]). Mir scheinen diese Ergebnisse jedenfalls in ihrem

---

([120]) Hrsg. von KUNKEL, *Quellen z. neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, I (Weimar 1936).

([121]) Vgl. o. S. 970 mit A. 40.

([122]) *Treu und Glauben I. Beiträge und Materialien zur Entwicklung von « Treu und Glauben » in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts.* 1974. Zum grundsätzlichen Anspruch der kirchlichen Gerichtsbarkeit in Vertragssachen S. 130 ff.

([123]) *AaO*, S. 32, 184 ff.

([124]) o. A. 77 S. 486.

negativen Teil zweifelhaft zu sein und die Allgegenwart des Christentums und zugleich die vertragliche Deutungsmöglichkeit des christlichen Glaubens zu unterschätzen ([125]). Wie sehr die Kirche schon in dem bloßen Vertragswort eine spezifisch christliche Rechts- und Gewissenspflicht begründet sah, zeigt ja doch schlagend die Beanspruchung der Zuständigkeit für die kirchlichen Gerichte ratione conscientiae, gegen die sich schon eine Bestimmung der erweiterten Fassung des Sachsenspiegels (vor 1280) wehren muß (Sssp III 87 § 1). Ihr trotz aller Abwehr durchschlagender Erfolg wurde dann bekanntlich ein Hauptinhalt der reformationszeitlichen Gravamina ([126]). Wenn Strätz die in baltischen, danziger und brandenburger Gelöbnis-Urkunden des 14.-16. Jh. vorkommende nun ausdrückliche Berufung des christlichen Glaubens (bei Ehren, guten Treuen und christlichem Glauben oder ähnlich) als Hervorhebung eines Standesmerkmals einordnet, so ist das in einer Welt, die gerade und nur im Bereich des Glaubens die Standesunterschiede überwindet, eine offenbare Verlegenheitsauskunft ([127]).

Zwar ist sicher richtig, daß die Formel nicht zu den alten an Stabreimform und Anschaulichkeit der Gegenstände erkennbaren Paarformeln gehört, und daher auch nicht sprachlich festliegt ([128]). Aber dieses Fehlen einer im Grunde ja altheidnischen Form macht eine spezifisch christliche Prägung der Paarung von Treu und Glauben natürlich nicht unwahrscheinlich.

Christliche Prägung der Formel bedeutet nun aber nicht, daß ihre Herkunft allein in der religiösen Sphäre zu suchen ist, wie es Pretzel, der Bearbeiter des Artikels Treue im Grimmschen Wörterbuch, vermutet hat ([129]). Der dort geführte Nachweis, daß die althochdeutschen Worte für Treue (treuwa) und Glaube (gi-

---

([125]) Vgl. insofern insbes. KROESCHELL (o. A. 77) S. 486.

([126]) STRÄTZ (o. A. 122) S. 130 ff. mit A. 574-576.

([127]) (O. A. 122) S. 184 ff. Eine Fügung wie « gute Treue » möchte im übrigen nicht ohne den Einfluß der bona fides zustandegekommen sein.

([128]) Sehr gut dazu STRÄTZ (*aaO*) S. 47, 88 im Anschluß an G. DILCHER (o. A. 118). Bezeichnend die noch ganz freie Verwendung des Wortpaars durch Luther; vgl. STRÄTZ S. 63 f.

([129]) *Deutsches Wörterbuch*, 11. Bd. Art. treu Sp. 243-275; Art. Treue Sp. 282-342; kritisch zuletzt STRÄTZ, *aaO*, S. 30 f.

lobo, gilouba) beide bis zur Synonymität als Bezeichnungen für den christlichen Glauben verwendet wurden ([130]), berechtigt zwar allerdings zu der Schlußfolgerung, daß die Häufung beider Ausdrücke zu einer nachdrucksvollen Bezeichnung des christlichen Glaubens führen mußte. Und daß von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht worden ist, beweist die Gleichung fidesgloubtrivvo in einer frühen Glosse zu Notker dem Deutschen (950-1022) ([131]).

Im übrigen darf man sich wohl vorstellen, daß den Priester der Germanenmission bis hin zur karolingischen Bekehrung der Sachsen der augustinische Unterschied zwischen der fides qua creditur und der fides quae creditur bekannt war. Was sie vorfanden, mußte sie geradezu auf den Unterschied stoßen. Das den Stammesgesellschaften bekannte, die völlige Selbstüberlieferung ermöglichende Treumodell — die Radikalität seiner Handhabung war schon Tacitus verwerflich erschienen ([132]) und der modernen Germanistik ist die germanische fides angesichts des jüngst damit getriebenen, ideologischen Mißbrauchs vollends so suspekt geworden, daß sie am liebsten ihr Vorhandensein leugnen möchte ([133]) — bot zwar eine gewiß höchst tragfähige gesinnungs-

---

([130]) PRETZEL (*aaO*, 129); STRÄTZ, S. 30.

([131]) Vgl. KROESCHELL (o. A. 77) 482; STRÄTZ (o. A. 122) S. 88 Anm. 373: Über die Worte « si (die Kirche) stat furder in fide » ist zur Übersetzung von in fide gesetzt » an iro gloub-trivvo ».

([132]) Tac. Germania 24: Ipsi fidem vocant, nämlich jene pervicacia (Halsstarrigkeit) in re prava, sich nach Selbsteinsatz im Würfelspiel bei Spielverlust widerstandslos zu unterwerfen. Zur Parallele mit der alten deutschrechtlichen Verwillkürung des Lebens EBEL, *Die Willkür* (1953) S. 32 mit A. 96.

([133]) Ein Musterbeispiel für diese Tendenz ist die schon mehrfach zitierte Arbeit Kroeschells zur Treue in der Rechtsgeschichte (o. A. 77). Die dort S. 475 vorgenommene Fortinterpretation der Tacitusstelle (o. A. 132) unterschätzt sicherlich die Informiertheit des Tacitus über die Verhältnisse bei den Germanen (vgl. dazu JANKUHN, *Archäologische Bemerkungen zur Glaubwürdigkeit des Tacitus in der Germania*, Göttingen 1966) und interpretiert den Passus Tac. Germ. 24 auch nicht richtig. Ea est in re prava pervicacia; ipsi fidem vocant, heißt: Das ist in einer solch verwerflichen Sache nichts als Starrsinn; sie nennen es noch Treue. Es spricht damit ein Römer, dessen Prätor zwar den Wert des fides humana in bestimmten Bereichen durchaus zu schätzen wußte (vgl. o. S. 980 mit A. 69, 71) der aber aus Abreden beim Würfelspiel jede Klage ausschloß (LENEL, *Edictum*

mäßige Grundlage für die fides qua creditur, die vitale Glaubenskraft. Aber es bedurfte gerade darum dringend zur wirksamen Festlegung auf die religio Christiana der Ergänzung durch die fides quae creditur. So wie Prokop einst πίστις und δόξα verband, um in den Glaubensstreitigkeiten seiner Zeit auf den Glaubensinhalt Gewicht zu legen (134), werden die Missionare neben der Treue, welche die christliche Religion fordert, gerade auch viel vom Bekenntnis und dem Glauben in diesem Sinne gesprochen haben, und damit der Synonymie der Worte für Treue und Glauben und der schließlichen Möglichkeit, sie zu häufen, vorgearbeitet haben.

Daß damit die fides im christlichen Sinne mit Treue, mit Glauben, aber auch mit Glaubenstreue oder Treu und Glauben bezeichnet werden konnte, schließt eine frühe Verwendung dieser Termini in den stammesrechtlichen Verträgen, wie die Parallele der fides humana in der Tradition des römischen Rechts zeigt, nun jedoch durchaus nicht aus.

So ist mit gutem Grund für das fränkische fidem facere, einem in die christliche Welt hineinragenden stammesrechtlichen Vertragsritual, von den italienischen Gelehrten Tamassia (135) und Calasso (136) vermutet worden, daß sich der Formabbau bei diesem Geschäft, von der Überreichung des heidnischen Persönlichkeitszeichens der festuca oder wadia notata (137) zum bloßen Handschlag, unter dem Einfluß des christlich-religiösen Vertragsgedankens

---

perpetuum, 3. Aufl., 1927, S. 187), und dessen Rechtskultur überdies schon seit gut 400 Jahren, seit der lex Poetelia von 313, die Schuldknechtschaft, die einst auch bei den Römern als Folge einer strengrechtlichen fides galt (s.u. A. 148), abgeschafft hatte. Vgl. meinen *Zwölftafelprozeß* (1974) S. 159 ff. Tacitus kritisiert also grundvernünftig Inhalt und Maß der Abrede, das die Germanen dem Treuprinzip unterstellen, nicht das Treuprinzip selbst. Für das ipsi fidem vocant, das von der Redeweise der Germanen spricht, gab es übrigens Nachrichtenwege genug. Man vergesse nicht, daß es seit Arminius' Zeiten immer wieder lateinisch sprechende Germanen von Stand in Rom selbst gab, die man bequem ausfragen konnte.

(134) Vgl. o. S. 985.

(135) Archivio giuridico, 70 (1903) S. 367-371.

(136) *Il negozio giuridico*, 2. ed., 1959, S. 188 ff.

(137) Dazu zuletzt HAGEMANN, *Fides facta und wadiatio*, SZ Germ. Abt., 83 (1966) S. 1 ff., insbes. S. 9 ff.

vollzogen hat, wie er von Isidor von Sevilla (138) gelehrt wurde. Es spricht vieles dafür, daß dies dem Grundsatz nach in der Weise geschehen ist, daß durch die interpretatio Christiana neben den Einsatz der Persönlichkeit selbst der Einsatz des Seelenheils getreten ist (139). Der damit begründeten typischen Schwurform der bedingten Selbstverfluchung mochte dann — aber in dieser Entwicklungslinie ist jedes Urteil verfrüht — von der verfeinerten kirchlichen Gerichtsbarkeit das schlichte Versprechen gleichgestellt worden sein (140).

Alle diese Hinweise dürften schon jetzt die vorläufige Vermutung tragen, daß das christliche Glaubensbild auch auf die Entwicklung der deutschrechtlichen Treugelöbnisse einen maßgebenden Einfluß gehabt hat. Wir dürfen daher diesen Exkurs hier abbrechen.

Für die Juristen des Usus modernus stand es am Ende nicht fest, wer nun eigentlich das römische System des numerus clausus der klagbaren Vertragstypen überwunden habe, das Naturrecht, das Kanonische Recht oder das autochthone Sachsenrecht, und Augustinus Leyser fand in seiner erfrischend offenen Art die Entscheidung dieser Frage auch gar nicht so wichtig.

> *Meditationes ad pandectas* (1761) 39, 5:
> Unde vero pacta nuda hodie vim obligandi accipiant, de eo non una JCtorum sententia est. Alii eam ex iure naturae derivant atque rem hanc ad simplicitatem naturalem reductam

---

(138) Vgl. in der oben besprochenen Stelle S. 977.

(139) Vgl. insbesondere Isidor XI, 1, 67: dextera vocatur a dando, ipsa enim pignus pacis datur, ipsa testis fidei atque salutis adhibetur (die « Rechte » wird nach dem « Reichen » genannt; sie wird nämlich als Unterpfand des Friedens gereicht, als Zeugnis des Glaubens und des Heils beigezogen). Wie anschaulich die Verpfändung der Rechten gesehen wurde, zeigt die Erzählung des gleichen Isidor, wonach ein Wortbrüchiger einst schwere Schmerzen in den Fingerspitzen zu erleiden gehabt hatte (In gloria conf. Mon. Germ. Hist., Script. Merov. I, 787 ss.). Eine solche recht robuste Christianisierung, die den Preis einer gewissen Paganisierung des Christentums kostete, darf nicht überraschen, wie ein Blick auf das Ordalienwesen lehrt. Dazu sehr gut Ekkehard KAUFMANN, *Ein Mann - ein Wort*, *JuS*, 1961, S. 120-122.

(140) Zu den noch sehr im dunklen liegenden Verbindungen zwischen dem fidem facere und mittelalterlichen Treugelöbnis (faire foi u.ä.) HAGEMANN (o. A. 137) S. 14 f. Zur Gleichstellung von Eid und schlichtem Wort o. S. 991.

dicunt. Alii ad ius canonicum provocant, quod in c. 1. & 3. X de Pactis omnia. quae promittuntur, compleri iubet. Alii denique mores veteres Germanicos, quibus omnes pactiones validae sunt (Spec. Sax. I. 1 art. 7), mansisse perpetuum, nec iuris Romani receptione hac in parte interruptos fuisse perhibent. Sed parum interest, utrum subtilitatem Juris Romani hac in parte iure naturali, an Germanico antiquo, an canonico vinci dicas. Victa certa est, omnia hodie pacta consensu perfecta vim eandem habent quam stipulationes.

In der Tat tritt die Bedeutung der Frage zurück, wenn man sich klarmacht, daß in allen drei Rechtsgebieten der gleiche spätantike christliche Vertragsgedanke gewirkt hat, gleich ob er nun als fides, Treue, Glauben oder Treu und Glauben bezeichnet wurde. Selber das Produkt einer Verbindung von klassicher Vertragsethik mit christlicher Glaubensstrenge, wirkte er überall mit der gleichen Tendenz, die äußeren Verpflichtungsformen abzubauen und innere Geltungsstrenge zu sichern.

Angesichts einer gewissen sehr verständlichen Emotionalisierung der Debatte über den Wert des Treue-Begriffs darf vielleicht hier nur noch der Truismus angefügt werden, daß die Prinzipien der constantia und veritas in Religion und Recht durchaus nur formaler Natur sind, und zwar als solche unverzichtbare Größen in jeder Ethik und jeder Rechtslehre und jedem Glauben, daß sich aber ihr Wert nach dem Inhalt der Sachverhalte richtet, auf die sie angewendet werden, und nach dem Maß, das dabei beachtet wird. In den schönen, ganz der erörterten christlichen Tradition verpflichteten Abschiedsworten, die Polonius dem scheidenden Laertes mitgibt, ist so beispielsweise diese inhaltliche Mäßigung zwar nicht ausgesprochen, aber gewiß vertrauensvoll vorausgesetzt.

Shakespeare, *Hamlet* 1. Akt. 3. Szene (übers. A. W. Schlegel)
Dies über alles: sei dir selber treu.
Und daraus folgt, so wie die Nacht dem Tage,
Du kannst nicht falsch sein gegen irgendwen.
Leb' wohl! mein Segen fördre dies an dir!

VII. *Treu und Glauben und bona fides.*

8. Abschließend noch ein Wort zu der Frage, wie es dazu kommen konnte, daß die Formel Treu und Glauben, die als Aus-

druck eines strengen individualistischen Vertragsbilds entstanden ist, heute als eine Übersetzung der bona fides des römischen Vertragsrechts für ein objektives, sozialethisches Prinzip des vertraglichen Vertrauensschutzes steht. Gerhard Beseler, der die Strenge der alten Formel von Treu und Glauben sehr klar empfand, vermutete einfach einen groben Übersetzungsfehler (141). Und in der Tat ist es zumindest eine höchst auffällige Bedeutungsdiskontinuität, wenn eine Formel, die ursprünglich ein grundsätzlich bedingungsloses Festhalten an der Zusage forderte (142), heute unter anderem das Prinzip ist, mit dem der Fortfall der Geschäftsgrundlage, die alle Vertragsbindung prekär machende clausula rebus sic stantibus, in das Vertragsrecht eingeführt wird.

Ohne daß hier schon Endgültiges gesagt werden könnte, dürfte eine wesentliche vorbereitende Ursache dieses Bedeutungswandels darin gelegen haben, daß Grotius in seinem wirkungsreichen Werk zwar auf der einen Seite den christlichen Vertragsgedanken durch säkularisierende Nachkonstruktion und erneute Betonung noch einmal wieder nachdrücklich zur Geltung gebracht hat, aber auf der anderen Seite zugleich und unter dem gleichen Stichwort fides das stoische Naturrecht der societas humana rezipierte (143), und zwar unter ausdrücklicher Ablehnung des vertragsrechtlichen Unterschieds zwischen ius strictum und bona fides (144).

---

(141) Vgl. G. BESELER, *Bulletino dell'Istituto Romano*, 48 (1941) S. 212: «wie sprachwidrig und töricht es war, bona fides mit Treu und Glauben zu übersetzen-weil man in Sexta gelernt hatte, daß fides 1. Glaube und 2. Treue bedeutet, also fides = Treu und Glaube». In diesem wohl auch nicht ganz ernst gemeinten Ausbruch ist natürlich das Alter der Paarformel verkannt.

(142) BESELER (o. A. 141) S. 172: «Der Ausdruck Treu und Glauben meint ursprünglich und meint oft auch noch heute ganz schlicht das Worthalten und das Vertrauen darauf, also pacta sunt servanda, dient erst in neuerer Zeit als Übersetzung des Ausdrucks bona fides». Vgl. auch STRÄTZ (o. A. 122) S. 286.

(143) Vgl. aber insbesondere j.b. III 25, wo die fides als Prinzip der genuin stoischen (insbes. Cicero entlehnten) gentium societas erscheint; siehe dazu o. A. 63 und die u. A. 147 genannte Arbeit.

(144) J.b. II, 11 Discrimen actuum bonae fidei et stricti iuris, quatenus ex iure est Romano, ad ius gentium non pertinet. Für das stoische ius gentium der römischen Jurisprudenz der veteres war dagegen die Beziehung zur bona fides wesentlich. Vgl. u. S. 1003 mit A. 148 und meine Bemerkung in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen 1980, Gött. Rechtswiss. Stud., 111 (1980) S. 64 A. 36.

Dadurch wurde der Ausdruck fides und folgeweise auch seine alte Übersetzungsgleichung Treu und Glauben zweideutig und nahm neben seiner alteingewurzelten individualethischen auch eine sozialethische Bedeutungsmöglichkeit auf. Deren volle Tragweite, bei Grotius selbst kaum erkennbar (145) und wohl selbst noch vom BGB-Gesetzgeber kaum geahnt, hat freilich erst die Anwendung der beiden Generalklauseln der §§ 157, 242 in der neuesten Rechtsprechung erwiesen (146).

Erst seitdem kann man von einer gewissen Renaissance des auf die vertraglichen Pflichtenverhältnisse der societas vitae bezogenen Auslegungsrechts der bona fides sprechen, wie es ein Mucius unter stoischem Einfluß vertreten hat (147). Stand aber damals diesem Bereich des vom Vertrauensprinzip beherrschten Rechtsverkehrs das ius strictum des Stipulationsrechts gegenüber, das die strenge fides des Kredits zu schützen bestimmt war (148), so

---

(145) Für eine systematische Untersuchung der Ansätze ist hier nicht die Gelegenheit. Die Auslegungslehre des Grotius und die Art, in der nachträgliche Veränderungen der Umstände berücksichtigt werden, enthalten objektive Merkmale, aber meist anderen Ursprungs (vgl. DIESSELHORST, S. 57 und S. 135 ff.: anpassende Willensauslegung in aristotelischer Tradition). Die Übernahme einer typisch sabinianischen und insofern mittelbar stoisch beeinflußten Auslegung einer « stillschweigend » vereinbarten Vertragsklausel nach Sinn und Zweck findet sich an herausgehobener Stelle j.b. III 24, 1. Ganz stoisch geprägt ist dagegen die Ableitung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten aus einer Sonderbeziehung (proprior quaedam societas) zwischen den Kontrahierenden. Vgl. i.b. II 12, 9 und dazu BESELER (o. A. 141) S. 186, 138 ff.

(146) Vgl. WIEACKER, PRGN², S. 476, 517.

(147) Zu den allgemeineren historischen und philosophiegeschichtlichen Voraussetzungen der Rezeption dieser Lehren jetzt meine Untersuchung « Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit », in *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Symposion aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, 1980, S. 41 ff., 51 ff., 64 ff. (70).

(148) Die strenge kreditrechtliche (als solche mit dem Zinsproblem verbundene) fides des alten Rechts erwähnt Livius als sozialpolitisches Problem ersten Ranges (s. nur Liv. 6, 2, 8: fidem moliri coepit; Liv. 8, 28, 8: ingens vinculum fidei; vgl. meinen *Zwölftafelprozeß*, S. 139, 164), ein gebildeter, kaiserzeitlicher Jurist wie African sucht nach den Gründen für die Härte des alten Rechts und findet sie in ärmeren Lebensverhältnissen (Gell. XX ,I 41): Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio: adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita

hat schon die Grundlegung des klassichen römischen Vertragssystems zur Zeit Ciceros für die vertragliche Bindung einheitlich das formale Prinzip der fides humana durchgesetzt, freilich um den Preis, daß die beschränkten Positivierungsmittel der anerkannten zivilrechtlichen Vertragsinstitute und amtsrechtlichen Edikte im Bereich des nicht auf Geld lautenden Tauschverkehrs die großen Regelungslücken der nuda pacta entstehen ließen (149). Diese Regelungslücken geschlossen zu haben, ist wesentlich, wie wir zu zeigen versucht haben, die geschichtliche Leistung der christianisierten fides humana und der aus ihr abgeleiteten Versprechenslehre. Grotius' Vertragslehre zieht im wesentlichen die Bilanz dieser Entwicklung. Die Rezeption des stoischen Gesellschaftsmodells der societas humana hat auf das Vertragsrecht kaum einen Einfluß gehabt, weil Grotius sich in dem zentralen Punkt, sicherlich durch die Tradition des christlichen Vertragsrechts bestimmt, nicht für die stoische den sozialen Wert des rechtsgeschäftlichen Vertrauens darstellende bona fides, sondern für die von Cicero bereits vertretene klassische individualethische fides humana entschied (150).

Im geltenden Recht wirkt diese stets festgehaltene Tradition darin fort, daß die Lehre der Vertragsschließung vom formalen Recht der Willenserklärung beherrscht wird, während die Ableitung von Vertragsbindungen aus dem sozialethischen Vertrauensprinzip

---

indiget, si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet. Die Härte (Tötung u. Verkauf) fidei gratia (*ibid.* § 48), die das römische Schuldrecht ganz nie verloren hat, gehört von Hause aus dem formellen Stipulationskredit an, von dem die fidepromissio ein sehr alter, die fideiussio ein sehr junger, Kreditbürgschaften mit Peregrinen ermöglichender Ableger war. Das zinslose Gefälligkeitsdarlehen des mutuum gehörte dagegen im Rechtssystem der veteres oder maiores nicht zum strengrechtlichen ius civile, sondern zum naturrechtlichen, von der bona fides beherrschten ius gentium alten Stils (dazu einstweilen SZ 95 (1978) S. 197). - Höchst bezeichnend für das Verhältnis von fides und bona fides im System der veteres ist, daß Q. Mucius gegen die (notwendig stipulationsförmigen) wucherischen Darlehensgeschäfte eine restitutorische Einrede ex bona fide gewährte (Cic. *Att.* 6, 15).

(149) Das neue Vertragssystem liegt in den Kommentaren zum Edikt de pactis systematisch entwickelt vor, und zwar, wie an anderer Stelle im Zusammenhang nachzuweisen ist, seit Beginn dieser Literaturgattung zur Zeit Ciceros. Vgl. einstweilen o. S. 980 mit A. 70.

(150) Cic. *de off.* I 7, 23 (o. S. 978 mit A. 63).

von Treu und Glauben eine Ausnahme bleibt, die grundsätzlich dem Hauptsystem als ein für Notfälle mögliches Korrektiv untergeordnet ist (151). Wenn in dem Recht der Willenserklärung die Vertragsbindung durch Erklärung als ein Unterfall der allgemeineren Fähigkeit des Privatrechtssubjekts erscheint, privatautonom Rechtsregelungen zu setzen, bedeutet das im übrigen durchaus nicht einen Bruch mit dem betrachteten christlichen Vertragsbild, sondern zieht nur, wie schon bei den Glossatoren geschehen, die Konsequenz daraus, daß in diesem Vertrags- und Rechtsbild der Individualwille allgemein Zugang zur Rechtsvernunft hat, nicht nur im Bereich der Verträge (152). Es mußte nur hier überall die Vernunft, auf die sich der Wille stützt (153), von den positiven Rechtsformen des römischen Rechts gelöst werden, und durch den Gedanken des Rechts und der Rechtsregelung als solcher ersetzt werden, um den allgemeinen Gedanken der Privatautonomie zu gewinnen.

Diese letzte Abstraktionsstufe dieser Theorie erscheint heute in der Lehre vom Rechtsfolgewillen, wonach die privatautonomen Regelungen deswegen gelten, weil sie als Rechtsregelung gewollt sind. Und gerade von diesem Lehrstück haben wir eingangs gesehen, daß es sich im heutigen Vertragsrecht und darüberhinaus im Recht der Willenserklärungen nicht ganz durchhalten läßt und nur noch eingeschränkt gilt. Die moderne Auslegungspraxis ist über diese Lehre, die den theoretischen Angriffen, die seit Lenel gegen sie geführt worden sind (154), bisher standgehalten hat, nicht selten hinweggegangen oder zollte ihr wo nötig nur noch Lippenbekenntnisse (155).

---

(151) Vgl. o. S. 960 mit A. 11.

(152) Die Glossatoren unterschieden im Rahmen ihrer (interessanterweise wieder Cicero entlehnten) Theorie der aequitas constituta (Cic. *Top.* 2, 9) das allgemeine Recht der gesetzlichen Normenordnung (ipsum ius) von dem privat gesetzten Recht, quod pro iure habetur ut hominum legitima voluntas sive viventium ut contractus sive morientium ut testamenta. So schon in dem von KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, 1938, Irnerius zugeschriebem Exordium Codicis (*aaO*, S. 234 § 3). Siehe auch E. M. MEYERS, Tijdschrift, 17 (1941) S. 117 ff. Vgl. bereits o. A. 92.

(153) Vgl. o. A. 96.

(154) S. o. A. 8.

(155) Vgl. die o. A. 6 zitierte BGH-Entscheidung.

Das ist von der christlichen Tradition her gesehen ein wirklicher Säkularisierungsvorgang, der auch über die « halbe » Säkularisierung, wie sie in dem kantischen Konzept der Privatautonomie vorliegt (156), hinausgeht. Die Selbstbestimmung des Menschen in der säkularen Rechtsordnung ist empirischer Art. Sie kann durch rechtliche Informiertheit gewinnen (157), bedarf ihrer aber nicht notwendig. Ein Vertrag, der durch Auslegung oder Konversion bestimmt werden muß, kommt gleichwohl privatautonom zustande, wenn er noch an freies, wirtschaftlich oder sozial verantwortungsbereites Handeln anknüpft. Erst dort wo der empirische Wille die rechtliche Bindung nicht will, greift, wenn der Vertrauensschutz, das soziale Prinzip von Treu und Glauben, es unabweisbar verlangt, das Korrektiv der Privatautonomie ein und verpflichtet vertraglich auch den, der nicht wollte (158).

---

(156) Vgl. o. S. 973 mit A. 49.

(157) O. S. 959 mit A. 9.

(158) In einem Spezialfall, nämlich der dem Vertrauensprinzip widersprechenden Vereitlung des Ereignisses, daß die Bindung aufschiebend bedingte, hat schon das spätklassische Recht Roms die Korrektur des Vertrags- durch das Loyalitätsprinzip dadurch eingeordnet, daß es die Bedingung als eingetreten behandelte (Ulp. 11 ed D 18, 1, 50) und das BGB ist dieser Lösung im § 162 Abs. 1 gefolgt. Vgl. FLUME, *Allgem. Teil*, II, § 40 I. Es erscheint möglich, bedarf aber selbständiger Untersuchung, daß diese Einordnung ein verallgemeinerungsfähiges Modell darstellt.

JEAN CARBONNIER
Università di Parigi

LA SÉCULARISATION DU DROIT CIVIL PAR LE CODE CIVIL DES FRANÇAIS

I. La sécularisation, la laïcisation du droit civil est une des innovations capitales de ce code qui, promulgué en 1804 sous le nom de Code civil des Français, devait devenir quelques années plus tard le Code Napoléon. Sécularisation, laïcisation, deux vocables qui peuvent être tenus pour équivalents, bien que leurs racines attirent la réflexion vers des horizons très différents: le siècle, c'est-à-dire le monde, la société, ou bien l'Etat, le pouvoir, qui, certes, même en démocratie, est loin de se confondre avec la société; et c'est peut-être un fait révélateur des tendances historiques des Français, monarchiques, puis jacobines, centralisatrices et finalement toujours étatistes, que le mot de *laicisation* soit beaucoup plus courant en France, même aujourd'hui malgré la contagion américaine, que celui de *sécularisation*.

Les phénomènes de laïcisation du droit forment une catégorie reconnue de la sociologie juridique. Catégorie assez lâche, il faut l'avouer. Entre le passage lent du *fas* au *jus* chez les Romains et le rejet brutal de la *char'ia* par Kemal Ataturk, il n'y a d'analogie que dans la direction générale du mouvement. A s'en tenir aux laïcisations européennes des XIXème et XXème siècles, bien qu'elles aient en commun d'avoir reçu, de près ou de loin — de très loin pour les plus récentes —, leur première impulsion de la philosophie des Lumières, il est naturel que la diversité des histoires nationales les ait colorées différemment. La laïcisation de 1804, pionnière dans la série, possède ainsi des traits originaux. C'est cette originalité que nous voudrions mettre en relief.

II. Il convient d'abord de recenser, à travers le Code dans sa rédaction première, les institutions, les dispositions qui peuvent traduire une volonté de laïciser le droit civil. Et tout de suite on éprouve un embarras, qui tient à la méthode dont le législateur consulaire s'est servi: il a laïcisé par le silence. La religion est traitée chez lui par prétérition: le mot ne s'y rencontre pas, non plus qu'aucun des mots apparentés, si l'on met à part une allusion fugitive, dans l'article 909, dernier alinéa, au ministre du culte, placé sur la même ligne de suspicion que le médecin, quand il faut protéger les familles contre les captations d'héritage.

Le silence de la loi défie la recherche informatisée, mais il suffit de l'interpréter tant soit peu pour le rendre éloquent. L'interprétation se dégage d'une simple comparaison avec les précédents — entendons (en enjambant le droit intermédiaire, dont le Code Napoléon s'est voulu justement, sur ce point, la continuité) les précédents de l'Ancien Droit monarchique. Il n'est que de relever les matières où cet Ancien Droit parlait de religion, où le Code n'en parle plus: le contraste marque le triomphe du principe de laïcité. Quelles matières?

Le bloc principal est constitué par ces parties du droit civil qui, en tous pays, à toutes époques, sont les plus perméables à la confessionnalisation, parce que tous les peuples y sentent quelque chose de sacré, une projection de la loi hors du temps des hommes: le mariage et ce qui est autour, sa preuve, sa dissolution. Trois titres, dans le livre *des personnes*, ont été ainsi, par excellence, le champ de la laïcisation: *des actes de l'état civil. du mariage, du divorce.* La tenue des registres d'état-civil est enlevée au clergé; la célébration du mariage est remise au maire; par le divorce, le lien matrimonial est dépouillé de sa nature de sacrement. La pointe anticléricale de ces trois titres n'avait point échappé aux contemporains. D'autres endroits, sur le moment, passèrent plus inaperçus, qui témoignaient, pourtant, tacitement, du même dessein. Ce n'est pas innocemment que les articles 910 et 937 s'occupent des libéralités faites aux pauvres *de la commune*, non pas aux pauvres de la paroisse, que l'article 1357 s'abstient de définir le serment. Et quand l'article 1905 déclare qu'*il peut être stipulé des intérêts pour simple prêt d'argent*, nul doute qu'il faille

y entendre une proclamation muette d'indépendance à l'égard du droit canonique. Il est significatif que, pendant deux ou trois décennies encore après la promulgation du Code civil, il y eut, dans l'Eglise catholique, des confesseurs qui cachèrent mal leur mauvaise humeur devant cet article 1905, jugeant que ce n'était pas assez de sa permission pour mettre à l'abri la conscience des prêteurs (1).

Au terme de ce bilan de silences, nous pouvons conclure que le Code civil est un code laïque (2), mais qu'il l'est dans un certain style, un style de discrétion, ce qui ne devait pas être sans conséquence. Pour y voir plus clair, examinons de quelle source lui est venue cette laïcité.

III. La source immédiate de la laïcité du Code a été le droit intermédiaire. La Révolution avait affirmé la liberté du prêt à intérêt, institué le mariage civil, installé sur le territoire le réseau des municipalités, substituant partout les maires aux curés comme archivistes de l'état des personnes — les gestes primordiaux étaient déjà accomplis. Il n'était besoin que de les couler dans le bronze. C'est une banalité, en histoire du droit, que d'analyser le Code de 1804 comme ayant été, pour partie et par politique de compromis, une consolidation de l'oeuvre révolutionnaire. Nulle part ce n'est aussi exact que dans la laïcisation du droit. Bonaparte

(1) V. les épisodes de la querelle relatés par Troplong, dans la préface de son traité *du Prêt*, 1845, p. CLXVI à CLXXV. Troplong (1795-1869) n'a pas toujours été un exégète très sur, mais il avait l'esprit historique, presque sociologique, et il s'était directement intéressé, en bon gallican, aux rapports du droit et de la religion, à preuve son mémoire *De l'influence du christianisme sur le droit romain* et son traité *Du pouvoir de l'Etat sur l'enseignement d'après l'Ancien droit public français*.

(2) Certains contemporains, dans les rangs catholiques, avaient même qualifié le Code civil de loi *athée*, ce qui pouvait, il est vrai avoir un sens plus faible qu'aujourd'hui, où le qualificatif ferait songer à un athéisme militant. Un code athée, ce pouvait être tout simplement un code d'où Dieu était absent — pour cause de laïcité. Troplong (préface précitée, p. CLXXV) ne s'en insurgeait pas moins contre la formule, soutenant que le Code était spiritualiste et chrétien. Ce qui n'était pas faux non plus. Spiritualiste, le Code civil l'était en un sens particulier, pour peu que dans l'esprit on comprenne la volonté, car, à travers le contrat, la faute, il exaltait la volonté humaine. Chrétien, il l'était inévitablement, en tant que produit d'une civilisation très profondément marquée par le christianisme.

en personne, même après qu'il fut devenu empereur et qu'il eut, pour un empire, mis beaucoup d'eau dans son vin, ne détestait pas de brandir à travers l'Europe les symboles législatifs de sa non-allégeance au Siège romain. Au divorce, notamment, il attribuait l'importance d'un test: et dans une parfaite schizophrénie d'homme d'Etat, en même temps qu'il affectait une répugnance aristocratique à admettre autour de lui des divorcés (3), il ne décolérait pas en apprenant que Murat voulait introduire dans le royaume de Naples les lois françaises amputées du divorce: c'était châtrer son Code civil.

De fait, il est probable que le Code civil était imprégné, sans l'afficher, d'une conception du mariage civil plus agressive qu'on n'a cru. Il ne contenait point une disposition axiomatique telle que celle qui figurait dans la Constitution de 1791 (titre 2, art. 7): la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. Une définition qui aurait rejeté aussi clairement hors du droit le mariage canonique se serait mal accordée à la politique feutrée des laïcisateurs consulaires. Sur le fond, cependant, ils ne devaient pas être tellement loin de penser comme leurs prédécesseurs dix ans plus tôt — c'est-à-dire de penser qu'il existe un seul mariage, le mariage civil, que ce qui pourra se passer à côté, ensuite, dans une église, n'a aucune valeur de mariage, n'est que cérémonial, voire simulacre, ou simagrée. L'air de fête, la solennité dont la Convention, puis le Directoire, avaient souhaité entourer l'acte municipal, son insertion recommandée dans le décadi, ce sabbat sans-culotte, son rattachement idéologique aux avatars successifs de la religion civique (du culte de la Raison à la théophilantropie, en passant par l'Etre suprême) — tout démontre le dessein d'instaurer pour le mariage en mairie un monopole du *vinculum juris* (4).

---

(3) Il ne se regardait point comme tel, puisqu'il avait eu les moyens de faire annuler par l'officialité de Paris son mariage religieux avec Joséphine. Mais il ne pardonnait pas à son frère aîné Lucien d'avoir épousé une divorcée: pour faire cesser la disgrâce, il eût fallu que Lucien consentît à divorcer, le nouveau divorce d'un divorcé pouvant paraître le début d'un retour à l'ordre canonique. Cfr. dans les *Mémoires de Constant*, le fidèle valet de chambre (Paris, 1830, t. 5, chap. XIX), l'épisode (en 1813) de la pension de la veuve du général Derval: la veuve, c'était la première femme du général, non la seconde, épousée après divorce.

(4) Un arrêté du 25 frimaire an VI, signé de Barras, est symptomatique à

Or, il n'est pas sûr que le dessein ait été abandonné tout de go avec le changement de régime. Des traces au moins en demeurent dans le vocabulaire de la codification. Le mariage est mieux que l'enregistrement d'un acte de l'état-civil, c'est une *célébration* (art. 62, al. 1; 75, al. 4 C. civ.). Expression plus forte: l'officier de l'état-civil *célèbre* le mariage (art. 68, 69, 75 al. 2 C. civ.); il est investi d'un authentique ministère. En regard, que peut faire le prêtre? Il faut se reporter au Code pénal de 1810, à son article 199: est punissable tout ministre d'un culte qui procédera aux *cérémonies religieuses* sans qu'il lui ait été justifié d'un *acte de mariage* préalablement reçu par les officiers de l'état-civil. Ainsi, d'un côté un acte juridique, de l'autre rien que des cérémonies. Arrière-pensée persistante: il y a en somme un seul mariage. Mais le public ne prit pas garde à ces finesses de rédaction, sans doute parce qu'il ne voulait pas de l'idée. Et sans trop y réflechir, on s'habitua à parler d'un double mariage: vous vous mariez à la mairie, puis, s'il vous plaît, vous vous mariez à l'église. Deux mariages l'un après l'autre, c'est encore une manière de sécula-riser, en enlevant la primauté à l'autorité ecclésiastique. Mais ce n'est plus tout à fait la sécularisation monopoliste qu'avaient conçue les pères fondateurs. Un glissement de sens s'est produit.

IV. Un agent de ce glissement a été le Concordat. On aurait souvent intérêt, pour prendre une vue juste du Code civil, à ne pas la séparer de certains textes fondamentaux qui étaient entrés dans notre législation de conserve avec lui. Ils lui étaient restés extérieurs, parce qu'ils semblaient relever du droit public, mais ils étaient destinés à lui servir d'appuis. C'est ainsi que, collatéralement au chapitre *du louage d'ouvrage et d'industrie*, manifestement par trop laconique pour régler les rapports entre patrons et salariés, il y avait eu la loi du 22 germinal an XI relative

---

cet égard. Ordonnant la déportation d'un ci-devant chanoine de Poitiers — non-jureur, il est vrai — il en donne, entre autres, ce motif que ledit chanoine a *annulé* des mariages contractés devant l'autorité civile (comp. de ROUX, *Histoire religieuse de la Révolution à Poitiers et dans la Vienne*, 1952, p. 268). Comment cela? En procédant au mariage religieux des mêmes couples. Le raisonnement implicite est que les deux actes ne peuvent valablement se superposer en tant que mariages: le second, s'il prétend être mariage, annule le premier.

aux manufactures, et que, si le titre des contrats n'était guère prolixe sur le statut de son outil essentiel, la monnaie, les principes d'un système monétaire avaient tout de même été posés ailleurs, et avec quelle solidité, dans la loi du 7 germinal an XI, créant le franc de Germinal, et dans celle du 24 germinal an XI, instituant la Banque de France. On pouvait reconnaître à la loi du 18 germinal an X une fonction semblable. C'était la loi qui promulgait la Convention, dite *Concordat* du 26 messidor an IX, passée entre le gouvernement français et le pape, ainsi que les articles organiques de cette convention. Elle pouvait être comprise comme un complément virtuel, pour ne pas dire une annexe, du Code civil, dont la promulgation était imminente. Et dans le Code civil, il fallait avant tout songer au titre *Du mariage*. Certes, aucune référence au Concordat n'y fut insérée, ce qui ne pouvait que fortifier la thèse d'une laïcisation *a silentio*; et les argumentations doctrinales n'avaient point encore été aiguisées, qui prêtent de nos jours aux traités une force supérieure aux lois internes. Néanmoins, sur la laïcité du Code civil, le Concordat projetait une ombre dont le XIXème siècle ne se débarrassa pas si aisément.

L'attention se concentra, à l'intérieur de la loi du 18 germinal an X, sur deux des articles organiques (6 et 26), qui faisaient expressément état des *canons reçus en France*. Les ultramontains déduisirent de là, sans en construire scientifiquement la théorie (5), le principe d'une *réception* générale du droit canonique dans notre droit positif. Cela pouvait aller très loin: à ce compte, la loi de 1816 n'aurait pas été nécessaire pour effacer le divorce du Code. « Si cet argument est fondé, s'écriait un gallican (6), je me fais fort d'en faire sortir logiquement l'ancien régime tout entier! ». En fait, il n'y eut guère qu'une application: le mariage des prêtres (7). Les canons reçus en France faisaient du sacerdoce

(5) Comme ils auraient pu tenter de le faire, par exemple, en demandant une analogie aux différents phénomènes de *réception* du droit romain dans les droits du Continent.

(6) SERRIGNY, professeur à la Faculté de droit de Dijon, *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 387-395, spéc. p. 393.

(7) Pour reconnaître à un prêtre la capacité d'adopter, un arrêt de la Cour de Cassation (Req. 26 nov. 1844, S. 44.1.801) avait formellement relevé que « ceux des canons de l'Eglise qui, reçus dans le royaume, avaient force de loi » ne conte-

un empêchement dirimant. Sans doute, le titre *du mariage* n'en avait soufflé mot, et puisqu'il avait été promulgué postérieurement aux articles organiques, on pouvait soutenir qu'il les avait tacitement abrogés en tant qu'ils formaient, par renvoi aux canons, la base légale de l'empêchement. Mais complication: sur un ordre verbal de Napoléon, dont tous les motifs n'étaient point religieux (8), il avait été enjoint par circulaires aux officiers de l'état-civil, en 1806, 1807, 1813, de ne plus se prêter à de telles célébrations. Partagée entre le pape et l'empereur, la jurisprudence avait cru pouvoir conclure de tout le débat à l'existence d'un empêchement, mais qui n'était que prohibitif (9). L'atteinte à la laïcité du droit civil était atténuée. C'était une attenite tout de même, et il fallut la République des républicains, en 1888, pour libérer de ses entraves de droit, qui n'étaient peut-être pas les plus lourdes, le mariage des prêtres (10).

Cependant, tandis que se poursuivait, avec éclat, cette discussion d'exégèse, attisée par des passions partisanes, le Concordat ou plutôt l'esprit du Concordat agissait diffusément. Après tout, entre le Concordat et le Code, une harmonie en sous-main était plus vraisemblable qu'une contradiction. Le même Bonaparte en avait été le décideur; le même Portalis, le maître d'oeuvre. Une analyse s'imposa peu à peu inconsciemment, qui réconciliait. Quand deux puissances égales signent un traité, la présomption est qu'elles s'accordent pour un partage — partage de territoires, partage de compétences. A chacune des deux puissances, l'Etat et l'Eglise, sa compétence propre en matière matrimoniale, à chacune son mariage — tel pouvait être le sens de l'annexion, sans inclusion, de la loi du 18 germinal an X au Code civil. Ainsi s'est élaboré le système dualiste qui a modelé les moeurs françaises: deux célébrations à égalité, réciproquement indépendantes

---

naient aucune prohibition à ce sujet. Mais l'hypothèse était moins significative que celle du mariage: le droit canonique coïncidait ici avec le droit civil dans une même absence de prohibition.

(8) On disait que des prêtres cherchaient à se marier — d'un mariage vrai ou fictif — pour échapper à la conscription. Cf. la note S. 1832.2.65.

(9) Il y eut en ce sens plusieurs arrêts de la Chambre des Requêtes, 21 février 1833, S. 33.1.168; 23 février 1847, S. 49.1.177; 26 février 1878, S. 78.1.241.

(10) Par un arrêt de la Chambre civile, 25 janvier 1888, S. 88.1.193.

dans leurs sphères respectives. Les couples doublement mariés intériorisent sans effort ce cumul, ce phénomène de pluralisme normatif (11), jusque dans l'éventualité de sa conséquence extrême, si révélatrice: un mariage qui est dissoluble par divorce, un autre que n'est qu'annulable en cour de Rome (12).

La loi du 9 décembre 1905, la loi de Séparation, et la vague anticatholique dont elle fut accompagnée auraient pu être l'occasion de remettre en question le système et, ressuscitant l'exclusivisme révolutionnaire, de porter, jusque dans le domaine propre du mariage canonique, la négation de son caractère de mariage. Malgré tout, l'apaisement survint très vite. Si bien que, finalement, le droit canon, loin d'être nié sur son terrain, allait recevoir une certaine reconnaissance, sans privilège, sur le terrain même du droit civil. Une jurisprudence bien connue attache des effets civils au mariage religieux en le considérant comme une réalité psychologique et sociale, comme une donnée de fait que les juges ont à peser, parmi toutes les autres, quand il leur faut apprécier le comportement des parties (13). Mais c'est une jurisprudence qui

---

(11) Pour éclairer et organiser cette coexistence pacifique entre le Sacerdoce et l'Empire, plus exactement entre le droit de l'Empire et celui du Sacerdoce, le règime impérial avait édité, en 1811, un manuel pratique dont on ne doit pas sous-estimer l'importance: *Code ecclésiastique ou Recueil complet des dispositions des Codes Napoléon et pénal, relatives à l'Etat, aux fonctions, etc. des ministres des cultes chrétiens, suivies d'observations.*

(12) Les commentateurs français du Code civil ont analysé le système du double mariage comme un phénomène de pluralisme normatif (droit et religion, de même qu'il y a droit et morale), non pas comme un phénomène de pluralisme juridique (loi contre loi). Les commentateurs allemands, au contraire, de mentalité moins centralisatrice, étaient plus aptes à apercevoir une analogie avec les conflits de lois du droit international privé. C'est ainsi que Zachariae (cf. note 16 ci-dessous) dans une remarque (t. 3, § 453, note 12) qui n'a pas été reprise par Aubry et Rau, avait dégagé des règles de conflit, qu'il estimait propres à prévenir les *collisions* entre les deux droits: 1) l'interdiction, imposée par l'Etat, de marier religieusement un couple avant qu'il n'ait été marié civilement; 2) le droit du ministre du culte de se refuser à célébrer des mariages interdits par le droit ecclésiastique, bien que permis par le droit civil (avec un tempérament, toutefois, en ce dernier cas: l'appel comme d'abus).

(13) Comp. P. COULOMBEL, *Le droit privé français devant le fait religieux depuis la Séparation*, dans *Rev. trimestr. dr. civ.*, 1956, p. 1 s.; L. DE NAUROIS,

s'est surtout développée au milieu du XXème siècle. Il est temps de revenir à 1804.

V. En 1804, le pluralisme n'était pas encore une doctrine. Mais la liberté religieuse en était une; et dès que l'on creuse les soubassements de cette liberté, c'est la pluralité qu'on découvre. Nous n'avons envisagé précédemment que le vis-à-vis du Code civil avec le catholicisme. Or, celui-ci, en 1804, n'était plus seul. Si l'on ne s'inquiétait guère des juifs, à peine sortis de leur condition d'étrangers, il fallait compter du moins avec les protestants. La fiction selon laquelle il n'y en avait plus dans le royaume, fiction qui avait fondé la révocation de l'Edit de Nontes, n'était plus tenable depuis l'Edit de tolérance de 1787; et la Révolution avait proclamé la liberté des cultes. Les rédacteurs du Code ne pouvaient ignorer le protestantisme: la question protestante, avec ses dossiers de droit privé — état-civil, mariage, légitimité des enfants — n'avait pas cessé, pendant le XVIIIème siècle, de nourrir l'actualité juridique, et Portalis lui-même, dans sa jeunesse, avait donné là-dessus une consultation d'avocat. Il n'est donc nullement hors de propos de rechercher quelle part peut être imputée, dans la sécularisation du droit civil, à la présence du protestantisme.

Sans Louis XIV, sans la révocation, il n'y aurait pas eu de mariage civil — pas si tôt en tout cas. Il fallait bien inventer un procédé pour se dégager de l'impasse: le pouvoir ne voulait pas des pasteurs, les intéressés ne voulaient pas des curés; il ne restait que des officiers laïcs à qui confier l'état-civil des huguenots. Une première ébauche, en 1685 même, ne fut que de papier vite oublié. Mais, en 1787, c'est toute une organisation de l'état-civil qui fut mise en place, à l'usage des non-catholiques, une des ces organisations comme on savait les fignoler dans l'administration du XVIIIème siècle. L'Assemblée législative, puis le Code civil, n'avaient plus, pour séculariser, qu'à généraliser, qu'à convertir l'état-civil des non-catholiques en état-civil non catholique. Ce ne fut pas, d'ailleurs, le seul emprunt du Code, aux archives de

---

Aux confins du droit privé et du droit public, dans *Rev. trimestr. dr. civ.*, 1962, p. 242 s.

la question protestante: le rôle étendu que, sous l'influence de Portalis, il accorde à la possession d'état comme preuve de la filiation, se ressent encore des souvenirs du Désert (14): pourquoi faudrait-il être protestant pour se sauver de la bâtardise par un moyen aussi universel que la nature des choses?

Mais le protestantisme, en 1804, ce n'était pas seulement un passé, c'était une population très présente sur le territoire de la République (peut-être même, de Paris, s'en exagérait on le volume). On lui avait fait largesse de la liberté des cultes. Il était juste qu'en échange elle servît à quelque chose. Une fonction lui fut donnée sur l'échiquier de la politique religieuse. Fonction subtile qui a continué d'être la sienne jusqu'à nos jours. Le protestantisme, en France, c'est l'alibi, c'est l'autre, celui qui permet de rompre le tête à tête, pénible à la longue, entre l'Etat et l'Eglise, et subsidiairement d'éteindre la dispute sans issue entre les philosophes et les dévôts. Il y a une autre religion! il y a d'autres Eglises! Pour faire accepter le divorce, Portalis n'invoque principalement ni l'autorité du droit romain ni les fatalités de la vie conjugale: il y a des protestants, et le principe du divorce est impliqué dans leur liberté religieuse. Il ne voyait pas, il ne voulait pas voir (car un coup d'oeil sur l'étranger le lui aurait montré) que la loi civile aurait sauvegardé aussi bien leur liberté si elle avait ouvert, mais à eux seuls, la faculté de divorcer, qui serait restée fermée aux catholiques. A chaque confession son mariage, ç'aurait pu être une forme de la neutralité du Code. N'était-ce pas ce qu'il allait faire, à l'autre bout, en admettant, à l'égal du divorce, la séparation de corps, comme « divorce des catholiques »? Mais choisir entre deux portes de sortie est moins cataloguant, discriminant pour des époux, que de fixer un emblème à l'entrée de la maison familiale. Le système des mariages confessionnels ne pouvait que répugner à un droit civil dont la laïcité consistait avant tout à ignorer la religion.

Le paradoxe, c'est que ce système aurait peut-être convenu au protestantisme. Non au protestantisme dans sa totalité, mais dans une de ses parties les plus considérables. Car les protestants

---

(14) Cf. *Le mariage par les oeuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil*, dans *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 255-266.

que le Code Napoléon, dans ses premières années, était appelé à régir, ce n'était plus uniquement les huguenots libérés par la Révolution. C'étaient aussi les protestants d'Alsace, que le droit des traités avait à peu près réussi à préserver des oppressions; c'étaient davantage encore, et de plus en plus massivement au fur et à mesure des victoires impériales, tous les protestants des territoires incorporés ou satellisés, au delà des frontières de l'ancien royaume, en Allemagne, en Suisse, en Hollande, surtout en Allemagne. Luthériens en grand nombre, souvent majoritaires sur leur sol, toujours assez denses, en tout cas, pour ne pas éprouver un complexe de minoritaires, n'ayant pas connu eux-mêmes les persécutions catholiques, méfiants par esprit pratique envers une philosophie qui sortirait du cercle des philosophes pour se mêler de légiférer — l'idée leur était familière que, dans une situation d'équilibre entre les confessions, la liberté religieuse pouvait être mieux assurée par une pluralité de mariages confessionnels que par l'institution d'un mariage laïc. Beaucoup des résistances, en pays germaniques, à l'introduction ou à l'imitation du Code Napoléon s'accrocheront à ces questions d'état civil, de mariage, de divorce. Les protestants allemands n'étaient pas horrifiés par le principe du divorce, mais ils auraient volontiers laissé toutes ces matières à la compétence des Eglises ([15]). Dans la doctrine française du XIXème siècle, une voix s'élève pour regretter, sinon critiquer, comme trop radicale, la laïcisation opérée par le Code civil: on croyait écouter Aubry et Rau, mais c'était Zachariae, le Luthérien saxon, qui parlait ([16]).

VI. Du XVIIème au XVIIIème siècle, la monarchie avait eu un autre souci de politique religieuse: le jansénisme. Après l'hérésie extérieure, l'hérésie intérieure, demi-hérésie plutôt, mais

([15]) Df. par ex., REHBERG, *Über dem Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*, Hanovre, 1814, p. 129 et s.

([16]) Le Cours de droit civil d'Aubry et Rau ne faisait, sur ce point (t. 1, § 16), que traduire le *Handbuch des französischen Civilrechts* (t. 1, § 16) de Karl Salomo ZACHARIAE, professeur à Heidelberg. Le Cours d'Aubry et Rau est toujours réédité, mais c'est seulement dans la 7ème édition du tome I par P. Esmein et A. Ponsard, en 1964, que les regrets de Zachariae, d'Aubry et de Rau ont été renvoyés à l'histoire.

s'insinuant partout, insaisissable. Portalis a été soupçonné de jansénisme. Qui était ou n'était pas janséniste, parmi les acteurs de la législation consulaire? Enquête sans espoir: le signalement du janséniste est qu'il va toujours déclarant que le jansénisme n'existe pas. C'est plutôt par des vraisemblances d'atmosphère qu'il faut présumer une influence janséniste. Comment le Code civil aurait-il échappé à cette influence? Toute la classe juridique en avait été imprégnée; les trois pères intellectuels de la codification, Domat, Daguesseau [17], Pothier, se trouvaient être, en même temps, des pères spirituels de ce que les adversaires appelaient une secte. Mais en quoi le législateur de 1804 a-t-il donc *janséniſé*?

Les jansénistes seraient tombés d'accord même avec les Jésuites pour haïr, ou du moins pour ne pas aimer, la sécularisation du droit civil. Cependant, ils firent mieux que de condamner — d'une vaine condamnation — cette expulsion de la religion hors de la loi; ils s'arrangèrent pour introduire dans la loi, sans le dire, peut-être sans y penser, un peu de religion, beaucoup de leur religion. Il y a, répandue sur tout le Code civil, pour peu qu'on le sonde, une rigueur morale toute chrétienne: elle ne vient pas de la philosophie, mais de Port-Royal. Sans doute, il a fallu céder sur le prêt à intérêt, mais l'hostilité au jeu, au trafic, voire à la fortune mobilière est en filigrane dans la loi (c'est le combat de Daguesseau contre Law qui se poursuit). Le soin avec lequel est traitée la transaction, grande extinctrice des procès, contrat pacificateur, est comme un ressouvenir de Nicole [18]. Et puis, ce qui est profondément janséniste, c'est la rupture avec le légalisme révolutionnaire. La Révolution avait voulu réduire le juge à n'être que l'applicateur de la loi. Au rebours de cette conception, il va recevoir de multiples facultés d'appréciation, le pouvoir

---

[17] Cf. *L'importance de Daguesseau pour son temps et pour le nôtre*, dans *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau*, 1953, p. 36 et s., spéc. p. 41. Son jansénisme a parfois été mis en doute (cf. Hervé CHABANIS, *La philosophie juridique de Daguesseau*, mémoire D E S d'histoire du droit, 1977, Paris II, ronéo, p. 23, 31, 61). Mais c'est faire bon marché de ces catégories reconnues en sociologie des religions et des idéologies: le sympathisant, le « crypto ... ».

[18] Cf. *La double morale des petits contrats*, dans *Flexible droit*, 1979, p. 248-251.

d'octroyer des délais de *grâce* (le mot est suggestif) et, par la théorie de la cause comme par la notion des bonnes moeurs, un ministère de moralisation. Le juge du Code civil, très puissant à l'image du juge biblique, est un juge selon Domat, beaucoup plus que selon Robespierre.

VII. La sécularisation accomplie en 1804 a traversé bien des régimes politiques.

La Restauration, en proclamant dans sa Charte de 1814 tout à la fois que le catholicisme serait la religion de l'Etat, et que le Code civil resterait en vigueur jusqu'à dérogation légale, semblait appeler un réajustement. Ce réajustement se limita à l'abolition du divorce deux ans plus tard. D'avoir été ainsi aboli pour cause de lèse-religion, le divorce renforça sa réputation de laïcité militante, ce qui aida par la suite à le rétablir et même à l'étendre.

Le mariage civil, lui, sut gagner la tolérance, sinon la confiance, du parti adverse. Grâce à sa modestie: se contentant d'être solennel au sens juridique, il abandonna au mariage religieux la solennité selon les moeurs, la fête et la joie. Par ce concordat non écrit, l'Eglise accepta de jouer le jeu de la double célébration [19]. Elle continua, néanmoins, à contester le système en théorie [20], et l'on pourrait découvrir des formes nouvelles de cette contestation jusque dans notre XXème siècle finissant. Mais n'allons pas perdre de vue que la présente étude a été arrimée à 1804.

---

[19] Le démarrage de l'enregistrement municipal de l'état civil, énorme machine, n'alla pas sans grincements, çà et là, notamment dans les départements de l'Ouest, pour d'évidents motifs religieux. Mais très vite, le rythme fut pris, et il n'y eut plus que des actes individuels, pathologiques de résistance (tel le cas de ce prêtre de la région de Perpignan qui, sous Louis-Philippe encore, faisait comme si l'état civil n'existait pas, Crim. 29 déc. 1842, S. 1843.1.73). Cf. pour la croyance naïve à la validité du mariage contracté seulement devant l'Eglise, Bastia, 3 février 1834, S. 1834.2.355.

[20] Il y eut même, en 1853, une ébauche de négociations à ce sujet: le pape serait venu sacrer l'empereur à Paris; en échange, la législation du mariage aurait été modifiée. Mais les anticléricaux eurent vent du projet et réagirent vivement. Un démenti fut publié: « L'expérience de soixante années, déclara *Le Moniteur*, a consacré la sagesse de notre législation civile dans cette importante matière ». C'est sur la même ligne de défense du Code civil que Daru, ministre des affaires étrangères de Napoléon III, devait dénoncer, au début de Vatican I, le schéma *De ecclesia*, distribué aux Pères du Concile.

GERHARD DILCHER
Università di Frankfurt A. M.

EHESCHEIDUNG UND SÄKULARISATION

I. *Zum Problem.*

Das Eherecht ist in wohl allen Kulturen ursprünglich dem religiösen Bereich besonders eng verbunden; dies gilt auch für die Geschichte der christlichen Religion und der von ihr geprägten Kulturen. Das Christentum besitzt und entwickelt Ehelehren, die sich von den jüdischen, den römisch-griechischen, wie auch von denen der germanischen Völkerschaften deutlich in ihren Grundlagen wie in ihren Inhalten und Aussagen abheben. Darum läßt sich hier viel deutlicher als in den meisten anderen Bereichen von Recht und Sozialethik feststellen, was Anteil und Inhalt einer spezifisch christlichen Tradition ist in jenem Geflecht antiker und dann abendländisch-europäischer Gedanken und Kulturformen, das sich als Grundmuster unserer Geschichte in oft kaum auflösbarer Verwebung darstellt.

Auch weiterhin ergeben sich für das europäische Abendland deutliche Abschnitte der Geschichte des Eherechts, die denen der Kirchengeschichte entsprechen. Die Reformation setzt neben die mittelalterlich-kanonische Ehekonzeption eine deutlich unterschiedene eigene, ebenfalls auf christlichen Grundlagen beruhende; diese führt ihrerseits zu einer klareren Ausformulierung der katholischen Ehelehre seit dem Konzil von Trient. Gerade die frühe Neuzeit bringt so die Epoche der deutlichsten Herrschaft der christlichen Kirchen über das Eherecht hervor. Der bürgerliche Rechtsstaat, auf den Theorien der Aufklärung fußend, löst das kirchlich bestimmte Eherecht zugunsten einer staatlichen Herrschaft über das gesamte Eherecht von der Eheschließung bis zur

Ehescheidung ab. Hierbei handelt es sich um einen geschichtlichen Vorgang, der sich in Mitteleuropa vom Ende des 18. bis zum Ende des 19. Jhdts. erstreckt; in anderen geographischen Bereichen, etwa den katholischen Staaten Südeuropas, ist er noch im Flusse. Ohne schon hier auf die differenzierte Säkularisierungsproblematik näher einzugehen, läßt sich diese Ablösung unter den « Primärbegriff der Säkularisation » einordnen: den Entzug oder die Entlassung einer Sache, eines Territoriums oder (und das ist der Fall des Eherechts) einer Institution aus kirchlich-geistlicher Observanz und Herrschaft (1). Erst in der genauen Analyse dieses Vorganges stellt sich dann die weitere Frage, wo und in welcher Form christliche Ehelehren innerhalb des neugestalteten staatlichen Rechtes weiter wirken, also die Fragestellung « Christentum und modernes Recht ».

Das hier zum Gegenstand gewählte Problem der Ehescheidung stellt nun gleichsam die Nagelprobe des Eherechtes dar, muß sich doch an der Frage der Trennung einer vollgültig geschlossenen Ehe die zugrundeliegende Ehekonzeption offenbaren. Mit der katholischen Lehre von der Untrennbarkeit der Ehe dem Bande nach stoßen wir hier zudem auf eine besondere und charakteristische Ausprägung der christlichen Ehelehre.

Die wissenschaftliche Kompetenz des Autors muß im Rahmen dieser Abhandlung dazu führen, daß in erster Linie rechtshistorische Sachverhalte im Blicke stehen. Dies führt jedoch zu zentralen Problembereichen, handelt es sich doch beim Recht um den durchsetzungsstärksten Normenbestand einer Gesellschaft. Wenn auch die rechtliche Regelung im Mittelpunkt der Untersuchung steht, so soll es doch das Bestreben sein, deren Ableitung aus geistes- und damit religionsgeschichtlichen Zusammenhängen mit einzufangen. Die andere Seite des Rechts, seine Funktion in Kontext der gesellschaftlichen Zusammenhänge, konnte nur an einigen Schlüsselstellen der Entwicklung beleuchtet werden; eine intensivere Behandlung der sozialgeschichtlichen Funktionen des Eherechts wäre ein Desiderat auch unter der Fragestellung

(1) Vgl. H. LÜBBE, *Säkularisierung. Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs* Freiburg-München 1965, S. 23.

der Bedeutung der Säkularisation. Doch hätte eine ausführlichere Einbeziehung dieser Problematik nicht nur den äußeren Rahmen der Abhandlung gesprengt, sondern in weitere erst zu klärende Fragenkomplexe geführt. Nicht einbezogen schließlich wird die Frage, wieweit das Ehe- und Ehescheidungsrecht Folge oder Voraussetzung des jeweiligen Verhältnisses der Kultur zur (männlichen und weiblichen) Geschlechtlichkeit war und noch ist — eine sicherlich wichtige Rückfrage an die europäisch-christliche Tradition in einer Zeit grundlegender Wandlung im Verhältnis zur Sexualität, die aber den Rahmen dieser Überlegungen weit überschreiten würde.

Wenn hier ein Aufriß der ganzen abendländisch-christlichen Tradition versucht wird, so ist dies nur möglich dank der zahlreichen und gründlichen Vorarbeiten auf diesem Gebiet - Vorarbeiten, die in Fragestellung und Erkenntnisinteresse allerdings deutlich von aktuellen Eherechtsproblemen ihrer jeweiligen Entstehungszeit geprägt sind. Die thematische Ausweitung von einer ursprünglich vor allem auf das 18. und 19. Jhdt. gerichteten Studie erschien mir im Laufe der Arbeit durch die Ergiebigkeit für die Gesamtthematik der Arbeitsprojektes gefordert. Das Wagnis einer so weit gespannten Thematik schien lohnender als der Versuch, den vorhandenen monographischen Behandlungen eine weitere anzufügen.

II. *Zu den Textgrundlagen der christlichen Ehescheidungslehren.*

Die christlichen Lehren zur Ehe und Ehescheidung stützen sich im wesentlichen auf eine beschränkte Zahl von Bibelstellen (2). Die überlieferten Lehren Jesu zur Ehe heben sich z.T. deutlich vom mosaischen Gesetz ab; so beanspruchen die Stellen des Neuen Testaments hier Vorrang; die alttestamentlichen gewinnen Wirksamkeit in der spezifischen Beleuchtung der Jesusworte. Die folgende Darstellung der historischen Entfaltung christ-

(2) Vgl. etwa Art. Ehe III (J. MICHL) in *Lexikon f. Theologie und Kirche* (LThK.), 3. Bd., Sp. 677 ff., Freiburg 1959; Ehe III A. (H. GREEVE) in *Religion in Geschichte und Gegenwart* (RGG), 2. Bd., Sp. 318 ff., 3. Aufl., Tübingen 1958 sowie weitere ältere und neuere Standardwerke.

licher Ehelehren und christlich-kirchlichen Ehescheidungsrechts gewinnt größere Klarheit, wenn die Texte, um deren ungewöhnliche Wirkungsgeschichte es geht, zunächst kurz vorgestellt werden. Deren hermeneutische Möglichkeiten sollen dabei angedeutet werden, um auf die Variationsbreite ihres historischen Verständnisses schon vorzubereiten. Diese dabei angedeuteten Möglichkeiten, diese Texte zu verstehen, beanspruchen natürlich in keiner Weise den Rang einer textkritischen oder systematisch-theologischen Erörterung, sondern dienen dem Zweck, den Leser für das Verständnis der vielgestaltigen, gerade heute wieder offenen Wirkungsgeschichte zu gewinnen.

Die Aussagen Jesu zur Ehe in den synoptischen Evangelien geben offenbar in leicht variierender Form eine einheitliche Überlieferung wieder. Sie gehen aus von dem Schöpfungsbericht (Mt. 19, 4 f. 1. Mose 1, 27) und den zehn Geboten (Mt. 5, 27 2. Mose 20, 13: Du sollst nicht ehebrechen), vertiefen und radikalisieren deren Aussagen jedoch (insbes. Mt. 5, 28: Ich aber sage euch...) und lehnen das mosaische Scheidungsrecht, ein Verstoßungsrecht des Mannes in der Rechtsform des Scheidebriefes, ab (Mt. 19, 3 ff. gegen 5. Mose 24, 1). Die erste Matthäusstelle (Mt. 5, 27-32) steht dabei im Rahmen der Bergpredigt, also der Auseinandersetzung mit und der Neuinterpretation gegenüber der jüdischen Gesetzlichkeit; die zweite Matthäusstelle (Mt. 19, 3-12), die ausführlichste Aussage zur Ehescheidung in den Evangelien überhaupt, ist eine Antwort auf (« versuchende ») Fragen von Pharisäern zum jüdischen Recht des Mannes, die Frau aus der Ehe zu entlassen. Jesus greift auf die Einheit von Mann und Frau nach der Schöpfung zurück (« ein Fleisch »), die dem Willen Gottes entspricht (« Was Gott zusammengefügt hat, soll ein Mensch nicht scheiden »). Die mosaische Regelung der rechtmäßigen Entlassung der Frau durch einen Scheidebrief des Mannes sei ein Zugeständnis an « eure Hartherzigkeit » (also der Männer); « von Anfang war das nicht so ».

Darum hält Jesus dieser Scheidungspraxis entgegen: « Wer seine Frau entläßt ... und eine andere heiratet, begeht Ehebruch ». Eine Ausnahme (« außer wegen Unzucht », porneia, fornicatio) findet sich nur an den zwei Stellen des Matthäus-Evangeliums, nicht in den kürzeren Parallelstellen bei Markus (Mk. 10, 6-12) und

Lukas (Lk. 16, 18). Sie wird heute als Einfügung des Evangelisten aufgrund und zur Rechtfertigung früher judenchristlicher Gemeindepraxis angesehen (3). - Diese Aussagen Jesu in Mt. 19 stehen unter der Überhöhung (auf erschrecktes Nachfragen der Jünger: « dann ist es nicht gut zu heiraten ») der Ehelosigkeit um des Himmelreiches willen, wie überhaupt die Ehe als Ordnung dieses Äon, nicht des zukünftigen bezeichnet wird (Mk. 12, 25). Die überlieferten Worte Jesu verwerfen also die jüdische Verstoßungsscheidung, stellen ihr, die ein Ausfluß der « Hartherzigkeit » sei, die unverbrüchliche Einheit von Mann und Frau im anfänglichen, « paradiesischen » Schöpfungszustand gegenüber und verschärfen das Ehebruchsverbot zu einer radikalen Eheethik, stellen andererseits für die Jüngerschaft die Ehelosigkeit als höchstes Wertideal dar. Die Einfügungen « es sei denn um Unzucht » bei Matthäus zeigen, daß aus diesem Ansatz einer radikalen Eheethik Jesu schon früh eine jüdisch-christliche Gemeindepraxis wird, die aber ohne eine mildernde Ausnahme nicht leben kann. - In den Umkreis der (auch) heidenchristlichen Gemeinden führen die Eheweisungen der Paulusbriefe, insbesondere der erste Korintherbrief (1. Kor. 7). Diese Gemeinden stehen im römischen Rechtskreis, der eine freie Trennung von jeder der beiden Seiten kannte, wenn der Konsens über die Eheführung endete (4). Paulus antwortet innerhalb seiner Ermahnungen zum Geschlechtsleben speziell auf Anfragen der Gemeinde zur Führung der Ehe. Hier beruft er sich auf das Herrenwort, daß weder die Frau vom Manne noch der Mann von der Frau sich scheiden solle - also eine Umformung der Aussagen, wie sie bei den Synoptikern überliefert sind, im Hinblick auf das antik-römische Recht, indem anstelle einer patriarchalischen eine gleichberechtigte Scheidungspraxis vorausgesetzt ist. Im Falle einer vollzogenen Scheidung solle der Partner unverheiratet bleiben bzw. sich versöhnen. Paulus fügt dann eine ausdrücklich von dem Herrenwort abweichende Regelung hinzu, die später als Privilegium Pauli-

(3) Vgl. RGG, Bd. 3, Sp. 318.

(4) Vgl. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschn., 2. Aufl., München 1971, § 73 (S. 310 ff.), § 77 III (S. 326 ff.); W. MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, Tübingen 1962, S. 4-11.

num bezeichnet wird (*a.a.O.*, 12 ff.): In dem Falle, daß in einer « Mischehe » der nichtchristliche Partner sich trennen will, sei der gläubige Partner nicht länger an ihn gebunden, sondern frei. Im übrigen stehen die Weisungen des Paulus unter dem Zeichen der Parusie, der Naherwartung der Wiederkunft Christi, die der Ehe eine nur relative Bedeutung gibt, wie auch unter dem Anliegen der Forderung, daß die Christengemeinden sich durch eine sittlich überlegene Lebensführung gegenüber der Umwelt auszuzeichnen hätten. Festzuhalten bleibt, daß sich die Jesus-Worte gegen das patriarchalische jüdische Verstoßungsrecht richten, Paulus dies dann für die andersartige römisch-griechische Umwelt auf eine spiegelbildlich gleiche Ehebindung und Verpflichtung zur Treue für Mann und Frau wendet. Die in den sog. Haustafeln zu findende Unterordnung der Frau in Liebe, die sich in das Bild Haupt-Leib, Christus-Kirche faßt (z.B. Eph. 5, 22 ff.), betrifft nur die Eheführung, nicht die Frage der Bindung durch die Ehe und der ehelichen Treue. Beide Aspekte sind für Wirkung des Christentums auf die Entwicklung des europäischen Eherechts von gleicher Bedeutung (5).

Die frühen christlichen Gemeinden haben die Aussagen Jesu zur Ehescheidung, die sich nun in den Evangelien finden, also als konkrete und bindende Lebensregel aufgefaßt; zeuge dessen ist judenchristlich die Interpolation « es sei denn um Unzucht willen » im Matthäusevangelium, heidenchristlich der Paulusbrief an die Korinther. Diese Lebensregel steht freilich im Rahmen der Forderung einer der Umwelt sittlich überlegenen Lebensführung der Christengemeinden (Eph. 5, 1 ff.) und ist in das höchste Gebot der Nächstenliebe eingeschmolzen (Röm. 13, 8-10) « als des Gesetzes Erfüllung ». Paulus selber erteilt in seinen Weisungen nicht rechtliche Urteile, sondern Verhaltensgebote an Gemeinden und Gläubige für den Fall, daß Eheleute in der christlichen Gemeinde sich trennen. Im Falle der Trennung einer Ehe eines christlichen mit einem nicht gläubigen Partner hält er in Abweichung von dem generellen Herrengebot die Wiederverhei-

(5) Vgl. Marianne WEBER, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, Tübingen 1907, S. 183 ff., 186 ff. u.ö.

ratung für statthaft. Er nimmt also eine Kompetenz zu Abwandlung und Abwägung mit anderen christlichen Prinzipien in Anspruch. - In der Unterscheidung von äußerer Trennung und Wiederverheiratung wie auch der Verknüpfung der Wiederverheiratung mit dem Ehebruch in den Jesusworten liegt der Ansatz der katholischen Lehre der Untrennbarkeit der Ehe dem Bande nach.

So sicher sich aus den erwähnten Texten eine Ablehnung des gleichzeitigen jüdischen und römisch-heidnischen Scheidungsrechtes für die unmittelbare Jüngerschaft bzw. die frühen Gemeinden ergibt, so wenig erscheint die Entwicklung eines christlichen absoluten Rechtsverbotes der Scheidung zwingend (6). Aus ähnlich radikal-ethischen Jesusworten zu Wahrheit und Eid, zu Feindesliebe und Waffenführen, zu Reichtum und Armut, zu Richten und Gericht wurden vergleichbar radikale Konsequenzen, außer von einzelnen christlichen Sekten, von den christlichen Gesellschaften und Kirchen nicht gezogen.

Die radikal-ethische Stoßrichtung der Jesus-Worte wird noch deutlicher, wenn man sie mit den einschlägigen Textstellen der beiden anderen monotheistischen Religionen, des Judentums und des Islam, vergleicht. Auch diese suchen durch eine Eheethik die Stabilität der Ehen zu stützen, wobei ihr Ausgangspunkt aber die vorgefundene patriarchalische Eheform orientalischer Prägung ist. Sie sehen in den religiösen Grundtexten selbst (Pentateuch, Koran) rechtlich verwendbare Regeln für den Fall des Scheiterns dieses Eheideals vor. Hier ist für das jüdische Recht vor allem die mosaische Regelung der männlichen Verstoßungsscheidung mit Scheidebrief zu nennen (7); eine Regelung, die am patriarchalen Herrschaftsrecht des Mannes über den Bestand der Ehe festhält, aber der Frau den Schutz der Rechtsform und Rechtsklarheit gewährt. An diese Regelung konnten sich

---

(6) So meint etwa MOLINSKI, daß das Problem der äußeren Auflösbarkeit der Ehe für die Kirche im 1. Jt. kaum bedeutsam war (*Sacramentum Mundi*, 1. Bd., Freiburg, Basel, Wien 1967, Art. *Ehe*, Sp. 978).

(7) Vgl. neben den Ausführungen der genannten christl. Lexika zum Alten Testament vor allem *Encyclopaedia Judaica*, 6. Bd., Berlin 1930, Art. *Ehescheidung*, Sp. 259 ff.

nun eine Vielzahl theologisch-juristischer Lehren, Schulen und Einzelregelungen mit zahlreichen Variationen nach Kulturstand und Umgebung der jüdischen Bevölkerung anschließen. Der religiöse Text enthält aber selber neben der auf Unverbrüchlichkeit der Ehe zielenden Eheethik den Ansatz für die Rechtsregel und Kasuistik für den Fall ihres Scheiterns.

Ganz ähnlich wie das Judentum versucht auch Mohammed Unzuträglichkeiten im Eheleben zu steuern, indem er — neben einer Eheethik — formelle Regeln für die Scheidung aufstellt, ohne sie selber als Rechtsinstitut infrage zu stellen (8). Bei der männlichen Verstoßungsscheidung (Talak) zielen die Regelungen auf Ernsthaftigkeit, Beachtung von Fristen und nur begrenzte Wiederholbarkeit bzw. Rücknahme. Daneben werden eine Art Loskauf seitens der Frau von der Ehe (Chul'), schließlich Fälle einer Art Nichtigkeit (Fas'ch) vom Koran anerkannt. Festzuhalten ist dabei für unseren Zusammenhang, daß der Prophet unmittelbare, förmlich-rechtliche, z.T. kasuistische Regeln verkündet; gerade sie werden als unmittelbare Offenbarung Allahs an den Propheten bezeichnet. Auch im Islam sind dann die Grundregelungen Gegenstand theologisch-juristischer Schulauslegungen, wobei aber anscheinend durch die, einerseits umfassende Institutionen schaffende (Talak, Chul', Fas'ch), andererseits detaillierte Formregeln gebende Grundlage des Koran eine starke, Zeit und Raum übergreifende Einheitlichkeit für die islamische Welt geschaffen worden ist.

Ganz anders erscheint demgegenüber die dargestellte christliche Textgrundlage. Hier wird die Eheethik in den übernatürlichen Zusammenhang zwischen Schöpfungszustand und Eschaton gestellt und daraus eine radikale Absage an die vorgefundene patriarchalische Mannesherrschaft über das Eheband abgeleitet; die Interpretation von Mt. 19 aus der Gesprächssituation von Anfrage und Antwort ergibt ja vor allem dieses. Angefügt ist dann das Geheimnis-Wort zur Ehelosigkeit. Als deutlicher Fremdkörper in diesem Text erscheint gerade auch von dieser Sicht

---

(8) Vgl. Ch. W. JUNGSOLL, *Handbuch des islamischen Gesetzes*, Leipzig 1910, § 49, S. 229 ff.; *Enzyklopädie des Islam*, hg. von M. HONTSUMA u.a., vor allem Bd. IV, Leiden-Leipzig 1934, Art. *Talak*, S. 688 ff.

der Passus: « Es sei denn um Unzucht (Ehebruch) », der von der Anwendung des Hauptsatzes als (judenchristliche) Gesetzlichkeit ausgeht und ihm eine kasuistisch-pragmatische Ausnahmeregelung einfügt. Eine etwas andere Struktur haben die Paulus-Worte, die, ausgehend von den Jesus-Worten als Gebot des Herrn, Weisungen und Anleitungen zu einer Gemeindepraxis zu geben versuchen, bei der insgesamt eine Abwägung verschiedenartiger Wertgehalte im Hintergrund steht (Vorbereitung auf die Parusie - Leben mit der Sexualität, Vergebung und Zwist, sittliche Überlegenheit gegenüber der Umwelt, Gefährdung des Glaubens durch fehlende Stützung durch die Ehe).

III. *Das kanonische Recht.*

Die kirchliche Regelung der Scheidungsfrage entwickelte sich in der vorkonstantinischen Zeit in Form innerer Praxis der christlichen Gemeinden, also von Minderheitsgruppen innerhalb des römischen Reiches. Ihre strengere Eheauffassung konnte zwar niemanden als staatliches Recht zwingen, wohl aber zum Ausscheiden desjenigen, der sie verletzte, aus der Communio der christlichen Gemeinde führen. Doch diese letzte Konsequenz war sicher eine Frage der gesamten Lebensführung des Gemeindegliedes, auch von Buße und Umkehr, nicht bloß eine der Ehegesetzlichkeit ([9]). Auch nach der Verbindung des römischen Reiches mit der christlichen Religion wurde, wie bereits angedeutet, die kirchliche Lehre keineswegs zu staatlichem Recht. Zwar regelte die nachkonstantinische kaiserliche Gesetzgebung unter dem Einfluß der christlichen Lehre die rechtlichen Scheidungsmöglichkeiten, doch ohne sie rigoros zu beschränken oder gar völlig aufzuheben ([10]). Das wäre gegenüber dem geltenden römischen Recht, das eine freie Möglichkeit der Trennung kannte, sobald die Fortdauer des Ehewillens bei einem Partner entfiel, als undenk-

---

([9]) So im Ergebnis auch aus katholischer Sicht J. FAHRNER, *Geschichte des Unauflöslichkeitsprinzips u. der vollkommenen Scheidung der Ehe im kanonischen Recht*, Freiburg 1903, S. 15 ff.

([10]) M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschn., München 1959, § 219, insbesondere S. 120 ff.

bare Verschärfung der ehelichen Bindungswirkung erschienen. Dieser fortdauernde Dualismus von staatlichem römischen Recht und kirchlichen Auffassungen muß festgehalten werden, wenn wir die Lehren der Kirchenväter zur Ehescheidung richtig einordnen wollen. Diese sprachen nicht als Quelle des Rechts, sondern nach wie vor in einer Kontraposition zum Recht; sie konnten diesem ein von der unmittelbaren Verantwortung für den Rechtsbereich freigesetztes christliches Eheideal gegenüberstellen, das allerdings auf die kirchliche Seelsorge- und Bußpraxis einwirkte ([11]). Der Kirche war die Rechtsentscheidung aber entzogen; sie wirkte auf die Ehe vielmehr im vor- und nachrechtlichen Bereich von Ehelehre und -ethik. Das wird als historischer Kontext meist nicht mitbedacht, wenn die Kirchenväter als Quelle und in unmittelbarer Kontinuität zum kanonischen Recht gesehen werden.

In dieser Zeit gehen wichtige Grundlagen des römischen Rechtes in die Lehren der Kirche ein; vor allem die Konstruktion der Ehe als eines personalen Vertrages der Eheleute. Hier konnte sich der römische Konsensgedanke mit dem christlichen Personalismus und der Aufwertung der Frau gegenüber allen rein patriarchalischen Modellen verbinden. Auch in der für die spätere Zeit grundlegend gewordenen Ehelehre des Augustin findet eine Verbindung von römischem Recht, antiker Naturrechtslehre und spezifisch christlichen Gedanken statt, die sich in der klassischen Trias von bonum prolis (Nachkommenschaft), bonum fidei (Treue) und bonum sacramenti (Heilsvermittlung und Unverbrüchlichkeit) ausdrückt ([12]). Inhalt, genaue Bedeutung und Folgerungen dieser Ehelehre und dieser Begrifflichkeit bleiben aber bis in die Neuzeit sehr unterschiedlichen Interpretationen offen.

Wir können zusammenfassend aus der Spätantike einige wichtige Ansätze festhalten: Eine gemäßigte Beschränkung der

---

([11]) Dieser Zusammenhang wird recht deutlich bei J. PETERS, *Die Ehe nach der Lehre des hl. Augustinus*, Paderborn 1918. Insbes. S. 41 ff. zur Ehescheidung. Etwa die Anfragen des « frater religiose » Pollentius an Augustin zeigen deutlich die weithin ungesicherten Prinzipien und die Praxis in den christlichen Gemeinden, vgl. *a.a.O.*, S. 49 ff.

([12]) J. PETERS, *a.a.O.*, S. 25 ff.

Scheidung im staatlichen Recht unter christlichem Einfluß, die für die ostkirchliche Entwicklung maßgebliche, verdrängte Unterschicht darstellt, auf die aber als rezipierbares Recht zurückgegriffen werden kann; eine Verbindung christlicher Ehelehre mit dem römischen Konsens- und Kontraktsgedanken; eine auf ein geschlossenes Ehesystem hin schon angelegte westliche Kirchenväterlehre, vor allem des Augustinus.

Die Einbeziehung der germanischen Welt in das werdende Abendland brachte die Auseinandersetzung dieser halbwegs gefestigten Ehelehre mit den ganz anderen Auffassungen der Germanen bezüglich des sozialen und rechtlichen Verhältnisses von Mann und Frau, von Fortpflanzung und Geschlechtlichkeit (13). Das kriegerische Ideal der adligen Führungsschichten, die hohe Bedeutung von Ehre und Ansehen, Macht und Besitz der Sippe und Dynastie erlaubten mehrfache gleichzeitige legitime Geschlechtsbeziehungen des Mannes, Verstoßungsrecht gegenüber der Frau bei Unfruchtbarkeit, Untreue, veränderten politischen dynastischen Beziehungen, kontrolliert nur durch das eheliche Güterrecht und den Sippenschutz zugunsten der Frau. Grundlage der Ehe war nicht der personale, sondern der Sippenvertrag. Er erlaubte neben der Verstoßung aufgrund der männlichen Muntgewalt auch die Aufhebung durch Übereinkunft. In der neben der Sippenvertragsehe stehenden Friedelehe ergab sich aus der freien Stellung beider Partner ein beiderseitiges Scheidungsrecht, in der Kebsehe aufgrund des niederen Standes der Frau ein weitergehendes Herrschaftsrecht der Mannes über die eheliche Verbindung (14).

---

(13) Vgl. H. E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 4. Aufl., Köln-Graz 1964, § 14 II (S. 128) und § 34 II (S. 431 f.) m. Lit.

(14) Ausführlich und in Auseinandersetzung mit der Literatur R. HÜBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 5. Aufl., Leipzig 1930, IV. Buch, § 90 ff. Insbes. § 91 Die Eheschließung; § 92 die Auflösung der Ehe. Als neuere Zusammenfassung: P. MIKAT, Art. *Ehe*, in *Hwb. z. dt. Rechtsgesch.*, hg. A. Erler - E. Kaufmann (HRG), Bd. 1, Sp. 809 ff. Einzelheiten auch bei FAHRNER, *a.a.O.*, S. 48 ff. Nach wie vor lesenswert u. in der Reichhaltigkeit der Aspekte unübertroffen Marianne WEBER, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, Tübingen 1907, hierzu S. 200 ff.

Die Kirche lag von der Christianisierung bis zum Untergang der alteuropäischen Adelswelt im 18. Jhdt. mit dieser germanisch-adligen Eheauffassung in einem Kampf, in dessen Verlauf sich heftige Auseinandersetzungen mit innerer Angleichung beider Seiten mischen. Dagegen stieß die Kirche im mittleren und unteren gesellschaftlichen Bereich auf weniger starken Widerstand, so daß sie hier im Laufe des Mittelalters ihr Eheideal weitgehender durchsetzen konnte. Beim Bauer und später beim Bürger festigte die auf Unverbrüchlichkeit angelegte Ehe auch die Wirtschaftseinheit des «ganzen Hauses»: des bäuerlichen Betriebes innerhalb von Grundherrschaft und Dorf, des handwerklichen wie des Handelshauses in der Stadt. Kirchliche Moral und kirchliches Recht stabilisierten auf so einsichtige Weise die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse, daß ein vom kirchlichen abweichendes Ehebild bald nicht mehr zur Diskussion stand, der einzelne allenfalls bei einer verfehlten Ehe die Konsequenzen dieses Ehebildes für sich zu umgehen trachtete. Durch den Einfluß des Pfarrers und des bischöflichen Sendgerichts ist vermutlich jenseits der uns bekannten Schicht staatlich-kirchlicher Ehegesetzgebung die kirchliche Lehre schon tief in die hochmittelalterliche Gesellschaft gedrungen, ohne allerdings die sippenrechtlichen Grundlagen ganz zu verdrängen. Deutlicher als bei der Ehescheidung zeigt sich diese Auseinandersetzung bei der Form der Eheschließung, bei der sich der Konsens der Brautleute gegenüber dem Sippenvertrag im Laufe des Hochmittelalters durchsetzt und der Rechtsakt aus dem Kreis der Gesippen in den Bereich der Kirche gezogen werden kann ([15]). Erst der Sieg der römischen Kirche über die germanische Königsidee und Adelswelt im Investiturstreit führt zu einer klaren Vorherrschaft der kirchlichen Ehelehre jedenfalls in der Theorie und nun auch zu einem kirchlichen Eherecht, das als kanonisches Recht zum das Abendland beherrschenden Eherecht wird, welches das römische Recht in diesem Bereicht nicht zur Rezeption gelangen und auch die germanischen Ehetraditionen immer mehr zurücktreten läßt ([16]).

([15]) Vgl. HÜBNER, *a.a.O.*, S. 639 ff.; MIKAT, *a.a.O.*, Sp. 813 ff., 818 ff.

([16]) W. M. PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, Bd. II, 2. Aufl., Wien-München 1962, IV. Kap., § 5 Eherecht (S. 305 ff.).

Auf der Grundlage des römisch-rechtlichen Konsensgedankens (consensus facit nuptias), der biblischen Aussagen, der Lehren der Patristik, unter dem Systematisierungs- und Harmonisierungsbestreben der Scholastik und dem Juridifizierungswillen der römischen Kurie entwickelt sich hier das imposante Gebäude eines innerlich geschlossenen Eherechts, das sich über die Stufen der Zusammenfassung des Trienter Konzils, des erneuten Durchdenkens in der Säkularisierungs- und Kulturkampfphase des 19. Jhdts. uns schließlich heute im Codex iuris canonici darstellt (17). Das schon in der mittelalterlichen Kanonistik angelegte, wenn auch noch nicht überall endgültig ausgeprägte Ergebnis ist folgendes: Die Grundlagen des kanonischen Eherechts werden in den beiden Schichten des Naturrechts und des ius divinum der Diskussion und der juristischen Pragmatik entzogen und in positivem kirchlichen Recht ausgeformt. Zu den Grundlagen gehört der personale Vertragscharakter, die Einehe, die beiderseitige Pflicht zu geschlechtlicher Treue, der Zweck der Erzeugung von Nachkommenschaft, die Unauflöslichkeit und damit der Ausschluß der Scheidung. Der Sakramentscharakter der Ehe befestigt die schon im Naturrecht angelegte Unauflöslichkeit und begründet außerdem die zwingende kirchliche Zuständigkeit für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Fragen des Ehebandes. Als bürgerlich-rechtliche, zivile Folgen der Ehe erscheinen damit nur mehr sekundäre Fragen wie etwa das eheliche Güterrecht. Aus der germanischen Eherechtstradition wird vor allem die Berücksichtigung der geschlechtlichen Vereinigung (copula carnalis) für die vollgültige Ehe übernommen, die mit dem biblischen Wort vom « einen Fleisch » in Konkordanz gebracht werden kann.

Die Scheidung mit der Folge, eine neue Ehe zu ermöglichen, ist damit aus dem Gebäude des kanonischen Rechts verbannt (18).

---

(17) Kurze Charakterisierung bei MÜLLER-FREIENFELS, *a.a.O.*, S. 11 ff.; E. EICHMANN - K. MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, II Bd., 11. Aufl., Paderborn 1967, III. Abschnitt: Das Eherecht, H. BARION, in RGG II, Sp. 331 ff.; H. VOLK, in LThK III, Sp. 680 u. J. WENNER ebda. Sp. 690 ff.; A. KNECHT, *Handbuch des katholischen Eherechts*, Freiburg 1928.

(18) Wie vorige Anm., und F. MERZBACHER, Art. *Ehe*, kirchenrechtlich in

Der historischen Erfahrung, daß ein Teil der geschlossenen Ehen gerade gegenüber dem christlichen Ideal der vollkommenen Einheit mißlingt, wird nur in der Rechtsfigur der Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam) Rechnung getragen; dabei wird diese separatio zwar teilweise auch als divortium bezeichnet, doch ist klar, daß sie nicht zur Trennung dem Bande nach, also nicht zur Möglichkeit erneuter Verehelichung führt. Die Ehe ist also, außer für den Fall des Todes eines Gatten, auf Einmaligkeit im Leben des Menschen hin angelegt, und diese Einmaligkeit wird auch rechtlich erzwungen.

Eine gewisse Milderung dieses juristischen Rigorismus bilden allenfalls einige rechtliche Einfallstore im System des kanonischen Rechts: Die Tatsache, daß die nicht vollzogene Ehe noch durch Dispens lösbar ist, sowie die reiche Kasuistik der Nichtigkeitsgründe. Durch eine differenzierte Ausgestaltung des Verfahrens- und Beweisrechtes, die ja gerade bei den Intimfragen des Eherechts eine entscheidende, die Härte des materiellen Rechtes mildernde Funktion haben können, ist hier wohl für manche Fälle die Möglichkeit zur wirksamen Lösung der Ehe gegeben.

So ist es wohl vor allem für den europäischen Adel möglich [19], innerhalb seiner oben skizzierten dynastischen Ehekonzeption auch nach kanonischem Recht zur Trennung mancher Ehe zu kommen, etwa wegen Ehenichtigkeit aufgrund naher Verwandtschaft, wegen Impotenz oder durch Dispens. Das Auswuchern der kanonistischen Verwandtschaftslehre, der Impotenzlehre, der Lehre vom Ehebruch mit z.T. sehr problematischem Eindringen in den sexuellen Intimbereich der Ehegatten ist andererseits wohl auch daraus zu erklären, daß hier ein Problemdruck verarbeitet werden muß, der bei anderen Rechtssystemen von einem Scheidungsrecht gelöst wird.

Die Tatsache, daß weite Teile der kanonischen Ehelehre schon im Mittelalter voll ausgebildet sind, darf nicht dazu führen, die Gesellschaften des mittelalterlichen Abendlandes als eherechtlich wohlgeordnete Gemeinschaften unter kirchlicher Leitung und

---

HRG I, Sp. 835. Zu den Einzelheiten nach der Rechtslage des Codex iuris canonici ausführlich A. KNECHT, *Handbuch des katholischen Eherechts*, Freiburg 1928.

[19] H. E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte* [4], S. 432.

Juridiktion zu sehen. Eher das Gegenteil ist der Fall. Der Einfluß der Kirche über das Eherecht greift sowohl in der Antike wie im Mittelalter erst dann tiefer in die gesamten Sozialverhältnisse ein, wenn deren alte Strukturen, die ihnen verbundenen sittlichen Haltungen und Rechtsgewohnheiten zerfallen. Das Spätmittelalter, in dem sich durch die Differenzierung der sozialen Verhältnisse und den Einfluß der Kirche die germanisch-sippenrechtliche Eheordnung weitgehend aufgelöst hatte, war bei immer klarerer Systematik des kanonischen Rechts durch eine häufige Wirrnis der ehelichen Verhältnisse gekennzeichnet. Sie hing weitgehend mit der mangelnden Ordnung der Ehebegründung zusammen. Es handelt sich um das bekannte Problem der matrimonia clandestina. Da es für den Eheabschluß keine Formvorschrift gab, sondern formfreier Konsens und geschlechtliche Gemeinschaft genügten, war es oft unsicher, ob eine Ehe bestand. Ehe, bigamische und Konkubinatsverhältnisse waren tatsächlich oft schwer zu trennen. Das gilt vor allem auch für jene Schichten, in denen nicht die wirtschaftliche Bedeutung des Hausstandes und das Bedürfnis nach unbemakelter Reputation die Stabilität der Ehe stützten. Hier haben unter dem Anstoß der Reformation auf katholischer Seite die Regelungen des Konzils von Trient, auf evangelischer das sich ausbildende protestantische Eherecht zusammen mit der Sozialdisziplinierung durch die fürstlichen und städtischen Obrigkeiten erst seit der Mitte des 16. Jhdts einen Wandel geschaffen. Bekanntlich war das Mittelalter auch weit entfernt von einer Durchsetzung der kirchlichen Forderung, sich außerhalb der Ehe des geschlechtlichen Verkehrs zu enthalten, obgleich Sittengerichtsbarkeit und Beichtstuhljurisprudenz den Schutz der Ehe in dieser Richtung flankierten. Für die tatsächlichen Verhältnisse ist schließlich zu bedenken, daß schon infolge der hohen Sterblichkeit in mittleren Jahren, besonders der Frauen infolge von Geburten, eine mehrfache Verehelichung im Laufe eines längeren Lehens durchaus der Regel entsprach. Neben der Möglichkeit zur Annulierung einer Ehe machte der, vor allem fürstliche, Adel von der Möglichkeit, neben einer Ehe nicht legale, aber doch anerkannte längerdauernde Geschlechtsbeziehungen zu pflegen, nicht selten Gebrauch; wie ja noch für das 17. und 18. Jhdt. die Maitresse durch-

aus als Statussymbol eines Fürstenhofes gelten kann. Die Ehen dieser Schicht entsprachen wohl häufig keineswegs dem christlichen Ideal der volkommenen Einheit; die güterrechtliche Ausstattung der adligen und fürstlichen Ehefrau diente nicht erst der Sicherung ihres Witwenstandes, sondern schon als Rückzugsmöglichkeit beim Scheitern der Ehe. Es zeigt sich also, daß sich für den Ausschluß der Ehescheidung durch das kanonische Recht zahlreiche Umgehungs- und Ersatzformen gehalten haben. Die Sozialverhältnisse behalten ebenfalls eine keineswegs durchdrungene Eigenmacht gegenüber Eheideal und Eherecht.

Als Ergebnis der mittelalterlichen Entwicklung wird man festhalten können, daß das kirchliche Eherecht durch sein Ansetzen im zentralen Bereich zwischenmenschlicher und zugleich sozialer Beziehungen in einem — allerdings über die Jahrhunderte gestreckten — Vorgang das Werk einer tiefgreifenden Durchdringung und Umformung der abendländischen Gesellschaften geleistet hat. Das kirchliche Eherecht ist dabei freilich immer zu sehen in seiner Einbettung in Vorbereitung auf die Ehe, Begleitung der Eheführung und Kindererziehung durch Unterricht, Seelsorge, Beichte, Predigt. Der Ausschluß der Ehescheidung wirkt als Schutz der Frau vor Verstoßungsscheidung, als Aufwertung ihrer Stellung in einer personalen Partnerschaft auf Lebenszeit, als rechtlicher Partnerin eines unverbrüchlichen Vertrages, gegenüber der naturalistisch-biologischen Wertung als Fortpflanzerin für die Sippe. Der Schutz vor der männlichen Verstoßung kann ebenso wie die Gleichstellung der männlichen mit der weiblichen Sexualität in Einehe, Lebenslänglichkeit und gleichmäßigem Verbot des Ehebruchs als wichtiger Beitrag des geschichtlichen Christentums zur heutigen Stellung der Frau gewertet werden; er ist allerdings, wie schon betont, von der Kirche seit Paulus mit einer patriarchalischen Lehre der Eheführung kombiniert worden. Dieser Beitrag ([20]) zur Festigung und Aufwertung der Ehe wurde

([20]) Genau charakterisiert in dieser Ambivalenz von M. WEBER, *Ehefrau und Mutter* etc., S. 262: Einerseits staunenswert, daß es der Kirche gelang, ein so hoch gespanntes Ideal mitten in einer Welt von Barbarei zum Rechtssatz zu erheben; andererseits nicht nur Duldung des Konkubinats als Tatsache des Lebens, sonder Opferung der Reinheit der Ehe zugunsten ihrer formellen Unlöslichkeit durch die Kirche.

erkauft mit dem fast gänzlichen Ausschluß der Möglichkeit, das Mißlingen einer Ehebeziehung zu korrigieren, selbst in beiderseitiger Übereinstimmung. Durch die hohe Systematisierung und Verrechtlichung der biblischen Textaussagen wurde im kanonischen Recht die Unscheidbarkeit der Ehe so unmittelbar mit der obersten Schicht des Sakralen (ius divinum und Naturrecht) verbunden, daß hier eine Veränderung und Öffnung und Anpassung an veränderte Anschauungen und gesellschaftliche Verhältnisse nur durch die Herauslösung des Eherechts aus kirchlicher Kompetenz und ein Abkoppeln der unmittelbaren Ableitung des geltenden Rechts aus dieser sakralrechtlichen Theorie vollziehbar war. Eine solche Entwicklung konnte sich also nur in einem Vorgang der Säkularisation des Eherechts vollziehen; damit hat auch der Begriff der Säkularisation für unseren Themenbereich einen klareren Inhalt und eine ebenso deutliche Funktionalität gewonnen.

IV. *Das Ehescheidungsrecht der Reformation.*

Die Reformation brachte für die protestantischen Länder eine tiefgreifende Veränderung der Grundkonzeption und damit das Zerbrechen eines einheitlichen abendländisch-christlichen Eherechts ([21]). In einer seltsamen historischen Dialektik bewirkt die Reformation demgegenüber durch die Festigung des kanonischen Rechts auf dem Konzil von Trient einerseits und die Bildung eines von den Obrigkeiten gewährleisteten protestan-

---

([21]) Die grundlegenden Arbeiten zum ev. Ehescheidungsrecht sind: E. RICHTER, *Beiträge zur Geschichte der Ehescheidungsrechts der ev. Kirche*, Berlin 1858; ergänzend unter dem Gesichtspunkt des Verfahrens A. STÖLZEL, *Zur Geschichte des Ehescheidungsrechts*, in *Zs. f. Kirchenrecht*, hg. v. Dove und Friedberg, XVIII Bd. (1883) S. 1-53. Zusammenfassand DOVE und SEHLING, Art. *Scheidungsrecht, Realenzyklopädie für prot. Theologie und Kirche*, 3. Aufl., hg. v. A. Hauck, 21. Bd., Leipzig 1908, Sp. 858.

Neuere umfassende Darstellung H. G. HESSE, *Evangelisches Ehescheidungsrecht in Deutschland*, Bonn 1960. Ein Überblick auch bei P. MIKAT, *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, Zs. f. das gesamte Familienrecht*, 9 (1962), S. 84 ff., S. 81 ff, 273 ff, 497 ff; 10 (1963), S. 65 ff, jetzt auch jetzt auch in: *Religionsrechtliche Schriften*, II, Berlin 1974, S. 915-1011.

tischen Eherechts das Zeitalter der geschlossensten Herrschaft — wenn auch unterschiedlichen — kirchlichen Rechts über Ehe und Ehescheidung überhaupt. Diese wird erst in einem mit der Aufklärung einsetzenden, geschichtlich noch andauernden Vorgang durch den Siegeszug säkular-staatlicher Ehegesetzgebung abgelöst.

Luther kam nach längerem inneren Ringen zu der Auffassung, die Ehe sei ein « weltlich Ding » ([22]), eine Auffassung, die von allen Reformatoren als Absage an das kanonische Eherecht geteilt wird. Luther ist sicher geprägt von seiner inneren und persönlichen Auseinandersetzung mit den Geboten der spätmittelalterlichen Kirche zu Sexualität, Zölibat und Ehe. Diese Gebote waren nicht nur in sich vielfach Ausdruck eines oft unnatürlich-ungesunden Verhältnisses, sie brachten auch die schon erwähnten problematischen gesellschaftlichen Erscheinungen hervor. Luther weist die rechtliche Ordnung der Ehe dem Amt der weltlichen Obrigkeit, nicht dem Predigtamt der Kirche zu. Vor allem die Ehescheidung ist ihm Sache des weltlichen Regimentes, der Juristen; sie ist der Vernunft (und nicht der Offenbarung) unterworfen, res politica ([23]). Die Kirche solle hier wie Christus selbst nicht als Regent oder Jurist setzen und ordnen, sondern als Prediger die Gewissen unterrichten. Die Ablehnung des kanonistischen Rechts erstreckt sich also voll und ganz auch auf das Ehescheidungsrecht. Das ist gemeinsame Auffassung aller Reformatoren, so daß es in der Frage der Ehescheidung innerhalb der Kirchen der Reformation keine grundlegenden Unterschiede gibt ([24]).

Jedoch ist für Luther die Ehe in besonderer Weise unter die Worte und Verheißungen des Alten und Neuen Testaments gestellt. Die Ehe ist ein heiliger, ein geistlicher Stand ([25]); nur von

---

([22]) « ein eusserlich weltlich ding », « wie kleider und speise, haus und hoff », in: Von Ehesachen 1530, WA 30/3, S. 205 u.ö. zit. nach D. SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegexetzgebung in der Neuzeit*, Bielefeld 1967, S. 105, dort auch S. 106 Nachweise für Calvin, Bucer u.a.

([23]) Vgl. DOVE-SEHLING, *a.a.O.*, S. 862 (zu Mt. 5, 32, EA XLIII, S. 116f.) auch SCHWAB, *a.a.O.* (« weltlicher oberkeit unterworffen »).

([24]) H. LIERMANN, *Löslichkeit und Unlöslichkeit der Ehe im evang. Kirchenrecht*

dieser Hochschätzung der Ehe her kann er zur Ablehnung der kirchlichen Zölibatsgebote kommen. Die Ehe ist für Luther zugleich der Stand, in welchem der Mensch ohne Sünde und ohne Konflikt mit seiner geistlichen Berufung seiner vom Schöpfer eingepflanzten, in neuer Weise bejahten Sexualität leben kann (26). Hier kann er direkt an Paulus anknüpfen. Diese besondere Heiligkeit der Ehe äußert sich bei Luther in der grundsätzlichen Ablehnung der Scheidung, die er « gar sehr hasse », so daß er ihr sogar die Doppelehe vorzöge. Dies war ein im spätmittelalterlichen Eherecht keineswegs ganz abwegiger Gedanke, aus dem Luther im Falle des Landgrafen von Hessen und der Margarethe von Sale auch praktische, wenn auch umstrittene Konsequenzen zog (27).

Der scheinbare Widerspruch zwischen der Ablehnung des Scheidungsverbots des kanonischen Rechts und gleichzeitiger Absage gegenüber der Scheidung löst sich von Luthers Rechtsverständnis her. « Geistlich ist bei Luther kein Begriff rechtlicher Zuordnung » (28). Der geistliche Charakter der Ehe fordert also keine Ordnung durch kirchliches Recht. Aber zugleich geht Luther doch davon aus, daß die rechtsetzende und rechtsprechende Obrigkeit eine christliche Obrigkeit sei, also nach christlichen Grundsätzen handle (29). Sie hat aber hier neben religiösen Weisungen politisch-gesellschaftliche Klugheit zu berücksichtigen, entsprechend der Zuordnung als res politica.

Die Auffassung einer christlichen Obrigkeit stellt nun das theoretische Eingangstor dar, durch das die Kirchen der Reformation, entgegen dem ursprünglichen Ansatz Luthers, wieder für Jahrhunderte in den Raum der Verantwortung für das Eherecht

---

Dt. Landesreferate zum VI. Int. Kongreß f. Rechtsvergl., hg. v. E. Wolff, Düsseldorf 1955, S. 49 mit Bezugnahme auf E. Friedberg u. L. Richter.

(25) O. LÄHTEENMÄKI, *Sexus und Ehe bei Luther*, Turku 1955, bes. S. 120 ff., S. 125.

(26) LÄHTEENMÄKI, *a.a.O.*

(27) LÄHTEENMÄKI, *a.a.O.*, S. 87.

(28) D. SCHWAB, *Grundlagen* etc., S. 107; J. HECKEL, *Lex charitatis*, München 1953, S. 62.

(29) RGG, Art. *Zwei-Reiche-Lehre*, VI Bd., Sp. 1946; LIERMANN, *a.a.O.*, S. 60

und Ehescheidungsrecht gezogen wurden ([30]). Der Wegfall des kanonischen Rechts und der kirchlichen Ehegerichtsbarkeit schufen in den Städten und Ländern der Reformation ein Vakuum, in welchem in den damaligen krisenhaften Zeiten besonders schnell Zerfallserscheinungen der ehelichen Verhältnisse auftraten. Infolge des Wegfalls des kirchlich-kanonischen Rechts « schied man sich selbst », teilweise ohne für eine rechtliche Regelung der Folgeprobleme zu sorgen ([31]). Mit dieser Selbstscheidung lebte der römisch-rechtliche Zustand wieder auf, der auch in den Korintherbrief des Paulus eingegangen war und deshalb von Luther durchaus als schriftgemäß empfunden wurde. Das für ihn erhebliche und auf die protestantischen Pfarrer als Trauungsinstanz zukommende Problem war so zunächst nicht das der Scheidung, sondern das der erlaubten Wiedertrauung. Hier war der örtliche Pfarrer meist überfordert. Städtische wie fürstenstaatliche Obrigkeiten drängten aber auf eine Ordnung der eherechtlichen Verhältnisse, um der durch die Reformation zunächst verschärften sozialen Auflösungserscheinungen Herr zu werden. Nach dem Wegfall des kanonischen Rechts war weder eine Instanz noch ein Modell im weltlichen Bereich vorhanden, das im Eherecht die entstandene Lücke hätte füllen können. Das römische Recht des Corpus iuris fand hier keinen Wurzelboden, fürstlicher oder städtischer Gesetzgebung fehlte eine legitimierbare Konzeption. So blieb nur der Rückgang auf die biblischen Textstellen in einem neuen, reformatorischen Verständnis. Hier wollten und konnten sich die Reformatoren einem theologischen Rat zum Problem von Scheidung und Wiedertrauung nicht entziehen. So entwickelten sich schnell im Zusammenwirken kirchlicher und weltlicher Instanzen ein Verfahren, Rechtslehren, Gesetzgebung und Entscheidungen in Sachen Ehescheidung, also ein protestantisches Ehescheidungsrecht. Gutachtliche Auskünfte

---

([30]) Vom Rechtsverständnis her ist der Umschlag deutlicher als bei anderen bei SCHWAB, *a.a.O.*, S. 109 f. u. Anm. 26 gekennzeichnet.

([31]) Deutlich herausgestellt mit anschaulichem Belegmaterial aus der Reformationszeit von STÖLZEL, *a.a.O.*; W. KÖHLER, *Zürcher Ehegericht u. Genfer Konsistorium*, Bd. 1, Leipzig 1932, u. DERS., *Die Anfänge des protest. Eherechts*, ZRG, Kan. Abt., 30 (1941), S. 271-310.

der Reformatoren, dann der theologischen Fakultäten legten erste Grundlagen, das Verfahren spielte sich in dem geistlich-weltlichen Verwaltungsaufbau des evangelischen Landeskirchentums zwischen Pfarrer, Amtmann, Superintendent, Konsistorium, fürstlichem Rat und Landesherren, von Territorium zu Territorium etwas verschieden, ein; entsprechendes galt für die Städte ([32]). Für die Materie der Ehescheidung waren somit Theologen und Juristen in einem bestimmten Zusammenwirken zuständig ([33]). Oberste Instanz war der Landesherr, dessen Befugnis zum Ausspruch der Scheidung bzw. einer Wiedertrauungserlaubnis (Toleramus oder Permittimus) als Gnaden- oder Dispensrecht vom strengen Recht freigestellt und Billigkeitserwägungen offen war. Es war bis ins 19. Jhdt. in Wirkung, wobei nicht ganz klar war, ob der Fürst dieses Recht als Landesherr oder in Wahrnehmung des bischöflichen Amtes ausübte ([34]).

Inhaltlich versuchten sie, ein schriftgemäßes Scheidungsrecht unter Ablehnung der Sakramentsnatur und der Unscheidbarkeit dem Bande nach zu entwickeln ([35]). Damit war allerdings die Möglichkeit zur Übernahme der von der Kanonistik entwickelten Kasuistik zur Trennung von Tisch und Bett gegeben. Man konnte sich auf die Schriftstellen bei Matthäus stützen, wenn man dem anderen Teil das Recht der Trennung von dem Ehebrecher zubilligte, im Unterschied zum kanonischen Recht nur mit der Befugnis zur Eingehung einer neuen Ehe. Neben den Ehebruch wurden schwere schuldhafte Tatbestände gestellt, vor allem das bösliche Verlassen (Desertion). Dieser Scheidungsgrund war allerdings schon nicht mehr durch wörtliche Schriftauslegung gedeckt. Wenig verwunderlich ist es dann, wenn die Grenze zu einem weiteren Bereich der « Quasidesertion » stets schwimmend blieb. Hier entwickelt sich eine teilweise schon im römischen und kanonischen Recht begründete Kasuistik um die Fälle von Verschol-

---

([32]) Ersteres vor allem bei STÖLZEL, letzteres bei KÖHLER dargestellt.

([33]) SCHWAB, *a.a.O.*, S. 111 ff.

([34]) Chr. MEURER, *Das landesherrliche Ehescheidungsrecht*, Arch. f. öff. R. 6, 1891; A. STÖLZEL, *a.a.O.*, bes. S. 40 ff.; E. HUBRICH, *a.a.O.*, S. 147 ff.

([35]) Übersichtlich, wenn auch vielleicht zu systematisiert dargestellt bei HESSE, *a.a.O.* Vgl. E. HUBRICH, *Das Recht der Ehescheidung in Deutschland*, Berlin 1891, S. 43 ff.

lenheit, Landesverweisung, schwerer austeckender Krankheit, Geisteskrankheit, Lebensnachstellung, schwerer körperlicher Mißhandlung, dauernde Verweigerung des Geschlechtsverkehrs, Impotenz. Man hat später eine « strenge Richtung » des evangelischen Ehescheidungsrechts, die die herrschende war und nur Ehebruch und Desertion als Scheidungsgründe anerkannte, und eine « milde Richtung » als durchlaufende Minderheitsmeinung, die weitere Scheidungsgründe anerkannte, unterscheiden wollen ([36]). Diese Unterscheidung ist nur teilweise zutreffend, die Grenzen sind fließender. Einmal blieb das protestantische Scheidungsrecht immer seelsorgerlicher Güterabwägung, schon vor Luthers Ansatz her ([37]), offen; allein der schon bei Paulus ausgesprochene, von Luther stark betonte Gesichtspunkt, die Ehe sei das Mittel (remedium), durch das der Mensch ohne seelische Gefährdung mit seiner Sexualität leben könne, sprach stets für die Ermöglichung funktionierender ehelicher Partnerschaften ([38]). Auch das Verfahren in den kirchlich-weltlichen Instanzen bis hin zum Landesherren ermöglichte diese Güterabwägung nach Person und Einzelfall. Zum anderen fehlte ja ein autoritatives Lehramt, so daß im evangelischen Bereich auch Mindermeinungen nicht endgültig ausgeschlossen waren, sondern stets Wirksamkeit und Einfluß gewinnen konnten. Wir haben darum ein buntes Bild des evangelischen Scheidungsrechts, das bis in die Gegenwart hinein von liberalen Richtungen als Argumentationsvorrat genutzt, von konservativ-orthodoxen wegen der mangelnden Festigkeit bedauert wird.

Die vorhandenen Texte des Alten und Neuen Testaments in Verbindung mit der überlieferten Kasuistik konnten ohne feste lehramtliche Grenzziehung einer Auslegung in den Bahnen wohlvertrauter theologischer und juristischer Schulmethoden unterzogen werden ([39]): Argumentum a fortiori, argumentum a minore ad maius, Analogiebildung, Verwendung eines Beispiels zur Regelbildung. Für das letztere sei das sog. Privilegium Paulinum

([36]) Vgl. etwa bei HESSE.

([37]) Positiv bei DOVE-SEHLING, Sp. 868, mit krit. Bedenken bei LIERMANN, S. 55 ff.

([38]) Vgl. LÄHTEENMÄKI, *a.a.O.*, bes. S. 72 ff., S. 175.

([39]) Vgl. HESSE, *a.a.O.*, S. 30 u.ö.

erwähnt, das man über das Problem der Ehe zwischen Christen und Nichtchristen hinaus ausweiten kann zur Regel eines Vorrangs schwerer seelischer Gefährdung vor der Erhaltung des Ehebandes (40). Aus der Öffnung der Argumentation ergaben sich in Verbindung mit der neuen, vom Humanismus ausstrahlenden Höherwertung der Person (41) gegenüber objektiven Ordnungsstrukturen auch ganz neue Ansätze zur Einordnung des Scheidungsproblems innerhalb eines christlichen Grundkonzeptes: Schließt nicht ein ganz unchristliches, das Gebot der Nächstenliebe verleugnendes Verhalten eines Partners überhaupt die Anwendung christlicher Gebote auf die Ehe aus? (42). Ist nicht das seelische Band der Partner höher zu werten als das sexuelle, das bisher meist allein für die Auslegung des Begriffes Ehebruch ins Auge gefaßt wurde (43)? Hat überdies Christus sein gegen die Scheidung gerichtetes Gebot gerade an die Jünger als persönlichen Aufruf, nicht aber an den Gesetzgeber zur Erzwingung einer staatlichen Ordnung gerichtet (44)? - Neben diese Argumentation von der Basis christlicher Texte tritt durch die Humanisten der Rückgriff auf das römische Recht, das im Corpus iuris ja in seiner Ausprägung durch die Gesetzgebung christlicher Kaiser vorliegt, aber weder direkt auf den biblischen Texten fußt noch mit dem kanonischen Recht identisch ist (45). In der obrigkeitlichen Scheidungspraxis allerdings herrschte im 16. und 17. Jhdt. ganz weitgehend die strenge Richtung einer Einengung der Scheidung auf schwere Verschuldensfälle (46). Sie war flankiert von einer rigorosen Strafrechtspflege, die den Eheberecher mit Todesstrafe, Landesverweisung oder schweren Schandstrafen verfolgte, und einer strengen Sittengerichtsbarkeit (47). All dies

---

(40) Hierzu MIKAT, wie FN 21, S. 87; vgl. auch LIERMANN, *a.a.O.*, S. 54 ff

(41) Vgl. HESSE, *a.a.O.*, S. 23, 30.

(42) Dieser bei Erasmus v. Rotterdam zum erstenmal formulierte Gesichtspunkt wird ausführlich von MIKAT, *a.a.O.*, S. 277 dargestellt, der hierin die wesentlichen Elemente des Zerrüttungsgedankens vorweggenommen erkennt.

(43) Vgl. MIKAT, *a.a.O.*, S. 277.

(44) *a.a.O.*

(45) Zu diesem Gesichtspunkt vgl. MIKAT, *a.a.O.*, S. 87, insbes. Fn. 48.

(46) Vgl. HESSE, *a.a.O.*, S. 92.

(47) Vgl. *ibid.*, 69 ff.

liegt in der Linie einer Festigung und Disziplinierung der sozialen Verhältnisse, die die Signatur der frühen Neuzeit bis in den Absolutismus hinein darstellt ([48]). Hierin waren sich fürstliche und städtische Obrigkeiten mit den ihnen verbundenen kirchlichen Instanzen einig. Sie beseitigten, wie das tridentinische Eherecht in den katholischen Ländern, die krisenhaften Erscheinungen spätmittelalterlichen Ehelebens.

Ein folgenschwerer Ansatz des Ehescheidungsrechts wurde im protestantischen Scheidungsrecht ausgeprägt: Der Grundsatz der Verschuldungsscheidung. Die Tatbestände der kanonistischen Trennung von Tisch und Bett wie des strengen protestantischen Scheidungsrechts gehen bei Ehebruch, Desertion u.ä. durchaus vom Verschulden eines Teils aus, im Vordergrund stehen aber klare objektive Tatbestände und die Feststellung oder Vermutung der Zerrüttung. Durch die einseitige Wiederverheiratungserlaubnis für den unschuldigen Teil erhielt die Schuldfrage im protestantischen Eherecht erhöhtes Gewicht. Dem anderen Teil war die Wiederverheiratung versagt, er war aufgrund seiner Eheverfehlung in den ehelosen erzwungenen Büßerstand versetzt, während der unschuldige Partner zu einer neuen Ehe schreiten konnte. Das war eine theologisch wie juristisch problematische Konsequenz. Theologisch problematisch, weil ja die zum Scheitern von Ehen führende « Hartherzigkeit » (Math. 19) primär als Folge der Erbsünde erscheint, an der auch der unschuldige Teil trägt, dem es ja auch an der Kraft der Vergebung und Versöhnung gemangelt haben mag. Durch das fehlende remedium der Ehe wird der schuldige Teil überdies eventuell immer tiefer verstrikt. - Juristisch problematisch deshalb, weil die differenzierteren gesellschaftlichen Verhältnisse der nachmittelalterlichen Entwicklung, die weniger rigorose Strafjustiz, die deutlichere Wahrnehmung und Entfaltung der seelischen Beziehungen der Eheleute die Anknüpfung der Schuldfrage an einem der anerkannten äußeren Scheidungstatbeständen (Ehebruch, Desertion usw.) oft als sehr fragwürdig erscheinen ließ. Den Menschen wird deutlicher, daß sich das Scheitern einer Ehe oft in difficilen Vorgän-

([48]) Gerhard OESTREICH, *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlin 1969, bes. S. 187 ff.

gen vor einem « Ehebruch » abspielt. Doch ließ hier gerade der kirchliche Kontext des Rechtsverfahrens Abhilfe möglich werden: Bei Bußfertigkeit und Umkehr des schuldigen Teils konnte auch ihm das Toleramus für die Wiederverheiratung gewährt werden; im Aufklärungszeitalter genügte zum Nachweis der Reue schließlich, « daß man etliches an das Waisenhaus in Potsdam gab » ([49]). Gerade den Schichten, die die neue seelische Dimension der Ehe entdeckten und entwickelten, (beamteter) Adel und gebildetes Bürgertum, war zudem das Gerechtigkeitserwägungen und der Billigkeit im Einzelfall offene Scheidungsverfahren vor dem Landesherren zugänglich ([50]).

Das protestantische Ehescheidungsrecht vermochte historisch mehrere Funktionen zu erfüllen, deren Widersprüche die des Zeitalters reflektieren: Ehescheidungsrecht und - verfahren wurden grundsätzlich aus der alleinigen Kompetenz der Kirche gelöst, aber dann doch im Bereich der Kirche belassen. Die Scheidung mit der Folge der Wiederverheiratung war ermöglicht, aber doch wieder so eingeschränkt, daß Staat und Kirche die sozialen Verhältnisse über die Institution der Ehe festigen konnten. Die Legitimation der Regelungen über die Scheidung gründete sich weiter auf die Texte der Heiligen Schrift, war aber weder in der Theorie noch in der Praxis auf diese Textgrundlage bzw. eine fest abgegrenzte Kasuistik festgelegt, so daß sowohl neuen Begründungsansätzen wie gesellschaftlichen Bedürfnissen Raum gewährt werden konnte.

Das Problem der Säkularisation auch in diesem Sinne trifft darum das protestantische Ehescheidungsrecht nicht in seinem Wesen ([50a]). Im theoretischen Ansatz bei den Reformatoren hatte es dem Säkulum, der weltlichen Ordnung schon ihre Kompetenz eingeräumt. Doch besitzt diese kein legitimierbares Modell, um diesen Raum auszufüllen. So hatte die evangelische Kirche an der Seite des frühmodernen Staates das aufgetretene Vakuum an Legitimation und Sozialgestaltung ausgefüllt. Da diese Stel-

---

([49]) Hierzu LIERMANN, *a.a.O.*, S. 55; DOVE-SEHLING, *a.a.O.*, S. 875.

([50]) Vgl. MEURER, *a.a.O.*, S. 47 ff.

([50a]) Vgl. dazu allgemein E. TROELTSCH, *Die Bedeutung des Protestatismus für die Entstehung der modernen Welt*, Berlin 1911.

lung aber nicht mit der Konzeption einer säkular begründeten Rechtsordnung zu vereinbaren war, mußte der Vorgang der Säkularisation doch auch für den Protestantismus zu einer grundlegenden neuen Abgrenzung im Bereich des Eherechts führen. Die Kirche mußte hier Terrain räumen, an dessen Herrschaft sie sich gewöhnt hatte, welche sie aber vom eigenen Grundverständnis her nicht aus eigenem Recht beanspruchen durfte. Eine zwiespältige Haltung, die Säkularisation des Eherechts als formale und inhaltliche Überleitung in die Kompetenz eines weltlichen Staatswesens teils bejahend, teils nur unter der Bedingung eines inhaltlich « christlichen » Eherechts akzeptierend, ist darum schon historisch im Protestantismus angelegt.

V. *Das Ehescheidungsrecht in Vernunftrechtstheorie und Aufklärung.*

Die vernunftrechtliche Theorie des 17. Jahrhunderts legt für die volle und konsequente Säkularisation des Ehe- und Ehescheidungsrechts die Grundlage: Sie versucht einmal, von der Bibel als maßgebender Quelle abzusehen und zu einer innerweltlichen Rechtsbegründung vorzustoßen und kommt zum anderen dazu, dem Staat und nicht der Kirche die volle Kompetenz in Gesetzgebung und Rechtsprechung in Ehesachen zuzusprechen. Dieser Ansatz wird dann zuerst von den Staatswesen des aufgeklärten Absolutismus wie des revolutionären Frankreich in die Wirklichkeit umgesetzt ([51]).

Das vernunftrechtlich-naturrechtliche Denken seit dem frühen 17. Jahrhundert löst sich bekanntlich ganz allgemein immer mehr von den Textgrundlagen und den inhaltlichen Traditionen des älteren christichen Naturrechts und stößt zu eigenen Konstruktionsprinzipien und Wertungsgrundlagen vor, ohne doch die Herkunft aus der mittelalterlich-christlichen Tradition gänzlich zu verleugnen ([52]). Dieser allgemeinere Vorgang ergreift auch

---

([51]) D. SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, Bielefeld 1967.

([52]) Unter dem Aspekt der Privatrechtsentwicklung bei F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, S. 249 ff.

das Eherecht. Die einschlägigen Stellen des Alten und des Neuen Testaments treten aus der Rolle autoritativer Rechtsquellen zurück in die Rolle historischer Belege und schließlich bloßer innerkirchlicher Weisungen. Die Ehe wird statt von göttlichem Recht oder biblischen Weisungen vom Gesellschaftsvertrag her konstruiert; ihre besonderen Ausgestaltungen werden aus empirisch-vorfindlichen, innerweltlichen Gesichtspunkten abgeleitet ([53]): aus dem Zweck der Erzeugung und Erziehung der Nachkommenschaft, der Befriedigung der Sexualität, wechselseitiger Hilfe und Beistandes. Schon bei dieser Aufzählung wird deutlich, daß man an alte Topoi der abendländischen Tradition und insbesondere der älteren christlichen Ehelehre anknüpfte; sie hatte eben wichtige « natürliche » Grundtatsachen der Ehe thematisiert. Jedoch war auf der Grundlage der neuen, innerweltlichen Rechtsbegründung ein Vorstoßen auch zu ganz anderen Ehemodellen als den traditionellen möglich, sobald man ein andersartiges Menschenbild, veränderte gesellschaftliche Zielvorstellungen und Ehemodelle zugrundelegte. Mit dem neuen Ansatz war den Entwicklungen des Eherechts in den liberalen westlichen wie den sozialistischen Staatsgesellschaften die Türen aufgestoßen zu den Wegen, die sie bis heute gegangen sind.

Mit dem innerweltlichen Begründungsansatz wurde der Vertragsgedanke auf doppelte Weise für die Ehe maßgebend: durch den Gesellschaftsvertrag als Grundlage des Rechts der Staatsgesellschaft und durch den individuellen Ehekontrakt. Dabei ging man für beide Vertragsschlüsse nicht von völliger Vertragsfreiheit aus, sondern akzeptierte inhaltliche Vorgaben der christlich-europäischen Tradition als Naturrecht oder aus der Natur des ehelichen Verhältnisses gegebene Voraussetzungen. Die Ehe blieb damit weiterhin dem Individuum vorgegebene Institution. Zu den naturrechtlichen Vorgaben gehört, kaum bezweifelt, die Einehe für beide Geschlechter. Einschränkungen für die Scheidung der Ehe ergeben sich für die Vernunftrechtstheorie ([54])

([53]) Sehr eingehend entfaltet bei M. ERLE, *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1952.

([54]) Im einzelnen bei ERLE, *a.a.O.* Die Grundlinien und wichtiges Material auch bei P. MIKAT, *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip*, *a.a.O.*

teils aus dem Inhalt der Willenserklärungen der Partner bei Eheschluß (wobei Ehe auf Zeit und auf Kündigung als Denkmöglichkeiten erscheinen, aber aus unterschiedlichen Gründen wieder verworfen werden), teils aus dem Ehezweck der Aufzucht der Nachkommenschaft; die Kinder erscheinen nämlich als Träger von Ansprüchen auf Erziehung durch beide Elternteile. Unter diesem Gesichtspunkt eröffnet sich dann allerdings die Ehescheidungsmöglichkeit für Ehen ohne Nachkommen oder nach Erwachsensein der Kinder. Im letztgenannten Fall wird aber das inzwischen erreichte Alter der Frau und ihre Schutzbedürftigkeit gegen ein Scheidungsrecht des Mannes angeführt; der biologische und wirtschaftliche Unterschied der Geschlechter wird also berücksichtigt im Sinne einer Einschränkung der einseitigen Scheidung.

Die geschilderte Emanzipation der vernunftrechtlichen Eherechtstheorie aus den Vormundschaften der gleichzeitigen katholischen und orthodox-protestantischen Eherechtslehren kann sich dabei auf tieferliegende historische Grundschichten wie auch auf durchgehende, allerdings in Minderheitsposition befindliche Traditionen innerhalb des geschichtlichen Christentums stützen. Zu den Grundschichten gehört die durch Schöpfung und Erlösungstat begründete Bedeutung der Person, die sich im Eherecht durch den personalen Vertragsgedanken, in der katholischen Lehre durch das Spenden des Sakramentes durch die Eheleute, nicht den Priester, ausdrückt. Somit erscheint das Prinzip der innerweltlichen Autonomie der Person auch von christlicher Seite her zunächst betont, die Einfügung in eine von der Kirche verwaltete Institution Ehe bedarf deswegen gesonderter Begründung. Gerade der kanonistische Konsensgedanke weist auf einen contractus civilis, der der Begründung ausschließlicher kirchlicher Jurisdiktion Schwierigkeiten bereitet. Jedoch wird diese Schwierigkeit für die offizielle katholische Lehre spätestens seit dem Tridentinum durch die Annahme der im kirchlichen Sinne sakramentalen Natur des vinculum matrimonii beseitigt. Eine Minderheitsmeinung innerhalb der im Raum des Katholizismus entwickelten Lehren knüpfte aber an den Rechtscharakter der Ehe als contractus civilis auch die staatliche Zuständigkeit zur Ehegesetzgebung und -rechtsprechung für das Eheband, indem die Sakramentsnatur der Ehe eine spiritualisierte Ausdeutung er-

fährt. Auf dieser Linie liegen die sog. Regalisten (55). Sie lieferten dem Bestreben der französischen Könige nach staatlicher Ehegesetzgebung, nachdem im Bereich der gallikanischen Kirche der Ehegesetzgebung des Trienter Konzils die unmittelbare Rechtswirksamkeit versagt worden war, die theoretische Grundlegung. - Im Bereich des Protestantismus mußte dagegen nur auf den Rechtsbegriff Luthers und sein Bestreben, das Religiöse aus der Verhaftung der rein weltlichen Ordnungen zu lösen, zurückgegriffen werden, um das Eherecht der Verantwortung der weltlichen Obrigkeit zuzuordnen (56).

Die geistige und politische wie auch die religiöse Konstellation hatte sich freilich zwischen den spätmittelalterlichen Verhältnissen, innerhalb deren Luthers Lehren entstanden, und dem Zeitalter von Aufklärung und Absolutimus, in welchem man nun zu einer Verwirklichung dieses Ansatzes schritt, grundlegend geändert. Die « Sozialdisziplinierung » durch den Fürstenstaat (57), im Ehebereich in den protestantischen Staaten vermittels des « bürokratischen » Systems von Pfarrer, Superintendent, Konsistorialbehörde und dem Landesherren als Bischof und unter Anwendung des kanonisch beeinflußten strengen Kirchenrechts durchgeführt, hatte jene gesellschaftlichen Auflösungserscheinungen überwunden, vor denen Luthers radikalerer eherechtlicher Ansatz später zurückgeschreckt war. Die Ausbildung frühbürgerlich-adliger Mittelschichten innerhalb des Fürstenstaates trug zu einer Verinnerlichung und Spiritualisierung sowohl im Bereich der Ehe wie im religiösen Denken bei, etwa im Pietismus. Das führte zu einer verstärkten Ausdifferenzierung der Bereiche (Recht-Religion-Ethik-Lebensführung), und ermöglichte dem Individuum ein differenzierteres Rollenverhalten, ein Bewußtwerden seiner Subjektivität und Entfaltung seiner Innerlichkeit. Der undifferenzierte Schutz des objektiven Bestandes einer Ehe durch ein strenges Scheidungsrecht vermochte den Maßstäben eines

---

(55) SCHWAB, *a.a.O.*, S. 70 ff.

(56) SCHWAB, S. 125 ff.

(57) Der Begriff wird verwandt in Anlehnung zu G. OESTREICH, *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlin 1969, bes. S. 157 ff.

den Subjektivismus seelischer Beziehungen betonenden Verständnisses vom Verhältnis der Ehegatten nicht mehr zu genügen ([58]).

Im protestantischen Bereich fließen darum im 18. Jahrhundert Individualismus und Selbstbestimmungsdenken der Aufklärung mit dem Willen des Fürstenstaates zur Regelung der Sozialverhältnisse zu einer Ehegesetzgebung zusammen, die vorbereitet und bejaht wird von den aufklärerisch-liberalen Strömungen in der Kirche und im Kirchenrecht.

Im katholischen Bereich steht dem das festgefügte Lehrgebäude des Kirchenrechts und die Autorität der Hierarchie gegenüber. Katholische Herrscher nehmen zwar Gesetzgebungsrechte in Anspruch ([59]), erlassen ein vom kanonischen Recht zum Teil abweichendes Scheidungsrecht, das aber Geltung beansprucht im allgemeinen nur für die nicht-katholischen Untertanen. Für den katholischen Bereich bringt darum nicht jene Entwicklung des Zusammenwirkens geistiger Strömungen, kirchlicher Ansätze und des politischen Willens des Fürsten, sondern die Französische Revolution als antiklerikal-laizistische Bewegung den Umschlag zu einem säkular-staatlichen Eherecht. Dieser Umschlag ist anfangs entsprechend radikal und sagt sich von der bisherigen Tradition staatlichen Schutzes der Institution Ehe weitgehend los. Vielmehr kann der berühmte Ehescheidungsgrund der « Unvereinbarkeit der Gemüter und Charaktere » des Gesetzes vom 20.9.1792 nach einem rein « gesellschaftlichen » Schlichtungsverfahren einseitig und ohne Gerichtsverfahren von einem Gatten geltend gemacht werden. « Der erste Versuch eines völlig verweltlichten Eherechts war somit bestimmt von dem Versuch, sich von der christlichen Gestalt der Ehe so weit als möglich zu entfernen » ([60]).

([58]) Auf die Auswirkungen der sich verändernden Einstellung zur Person, die die Ehe stärker als geistig-seelische Gemeinschaft erscheinen läßt, auf das Ehescheidungsrecht hat vor allem P. MIKAT in seiner Aufsatzereihe *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip* hingewiesen (vgl. Anm. 21).

([59]) Dazu wiederun D. SCHWAB, *a.a.O.*

([60]) D. SCHWAB, *cit.*, S. 219 f. H. CONRAD, *Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die Französische Revolution*, ZRG germ. Abt., 67 (1950) S. 336 ff.

Anders im protestantischen Teil Deutschlands. Hier erfolgte die Reform des Eherechts in einer im wesentlichen noch vorbürgerlichen ständischen Gesellschaft durch die Gesetzgebung des aufgeklärten absoluten Staates. Dabei war bekanntlich Preußen der Vorreiter. Auch hier findet nach der Entbindung des Scheidungsrechts aus der Verwaltung der Kirche zunächst eine Wertungsunsicherheit, ein Pendeln zwischen zu « faciler » und zu « difficiler » Scheidung statt. Ganz ungeschminckt drängt sich bei Friedrich dem Gr. das staatliche Interesse an der « Population » vor andere Gesichtspunkte und fordert die Auflösung zerrütteter Ehen; doch wird in dem Augenblick, in welchem die bedenklichen Wirkungen der erleichterten Scheidung auf die Stabilität der gesellschaftlichen Verhältnisse deutlich werden, das Steuer wieder in Richtung einer « difficilen » Scheidung gewendet. An Stelle des von gewissen Prinzipien beherrschten christlichen Scheidungsrechts tritt also ein Experimentieren von sozialen Zwecken her ([61]). Im ALR wird dann eine Lösung gefunden, die bis in die Industriegesellschaft des späten 19. Jahrhunderts hinein angewandt wurde und nur scheinbar dem Rückschlag des Pendels zu kirchlich-christlichen Eherechtskonzeptionen im BGB weichen mußte.

Das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794 nimmt dabei durchaus die Ehezwecke der christlichen Tradition auf, wenn auch in einem aufklärerisch-utilitaristischen Ton und Kontext ([62]): Erzeugung und Erziehung der Kinder und wechselseitige Unterstützung der Ehegatten. Es hält sich auch im Scheidungsrecht in den Grundlinien der Tradition. Einmal ist nämlich die Auflösung der Ehe nur durch Richterspruch aus genau normierten

---

([61]) Das Steuern zwischen « nicht so gar facil » und « auch nicht gar zu difficil » wie auch der krasse Hinweis auf das staatliche Interesse an der Population findet sich in der wichtigen Kabinettsordre vom 22.5.1783. « Dagegen wird ein solches Paar geschieden, und der Weib heirathet dann einen anderen Kerl, so kommen doch noch eben Kinder davon ». Vgl. dazu R. MESTWERDT, *Das Sozialbild der Ehe im Spiegel von Gesetzgebung und Rechtsprechung der letzten 150 Jahre.* Diss., Göttingen 1961, S. 32; P. MIKAT, *Zur Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die Entwicklung des deutschen Scheidungsrechts im 19. Jahrhundert*, in *Festschrift für F. W. Bosch*, Bielefeld 1976, S. 671 ff.

([62]) So auch D. SCHWAB, *cit.*, bes. S. 244.

Gründen zulässig (II, 1, § 668). Zum andern entstammt der Kern der Ehescheidungsgründe (II, 1, §§ 669 ff.) dem «strengen» protestantischen Kirchenrecht (Ehebruch, Desertion); er ist erweitert um einen Kreis von Verschuldensgründen, die bisher meist unter dem Begriff der Quasi-Desertion gefaßt, allerdings von der strengen Richtung nur zum Teil als Scheidungsgründe anerkannt waren. Hinzu kommt eine Reihe von objektiven, verschuldensfreien Gründen (Impotenz, unheilbare körperliche Krankheit, Geisteskrankheit), die seit der Spätantike auch schon in der Diskussion um ein christliches Scheidungsrecht eine Rolle spielten. Dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung des Menschen im Sinne der Aufklärung trugen lediglich zwei Scheidungsgründe Rechnung, die sich nicht in den Rahmen der kirchenrechtlichen Traditionen fügen: Die Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung bei kinderloser Ehe und die Scheidung auf einseitigen Antrag bei tiefer Zerüttung der Ehe ohne Hoffnung auf Aussöhnung (II, 1, § 716 und § 718 *a* ALR). Diese erweiterten Scheidungsgründe führten bei entsprechender Anwendung durch die Gerichte freilich dazu, daß einem standhaften Scheidungsbegehren regelmäßig Rechnung getragen wurde.

Das Scheidungsverfahren kann von ehestabilisierenden Verfügungen und Auflagen des Gerechts begleitet sein, deren Fehlschlagen dann wiederum zur Eröffnung von Scheidungsmöglichkeiten führt. Die Scheidung kann mit oder ohne Schuldausspruch erfolgen; dieser ist auch für die vermögensrechtlichen Folgen von Bedeutung. Kirchliche Wiederverheiratungsverbote binden nur das Gewissen; das gesetzliche Heiratsverbot für Ehebruchspartner trägt eher weltlich-polizeilichen als religiös-kirchlichen Charakter, beruht aber eindeutig auf dem Weiterwirken des protestantischen Scheidungsrechts. Das Preußische ALR ist damit das Musterbild einer aufklärerischen Scheidungsgesetzgebung, die sich von innerweltlich säkularen Rechtsbegründungen leiten läßt, aber deutlich im Erbe der christlich-protestantischen Tradition steht. Das staatliche Interesse an der Ehe als Faktor gesellschaftlicher Ordnung und Quelle der Population ist überall deutlich und überlagert die protestantisch-christliche Tradition und auch die Einflüsse des aufklärerischen Individualismus. Gegenüber dem strengen protestantischen Kirchenrecht wird die Scheidungs-

möglichkeit erweitert, wobei die neuen Scheidungsgründe aber schon seit Humanismus und Reformation diskutiert und von einzelnen Autoren befürwortet worden sind. Diese Erweiterung erfolgt in Übereinstimmung mit liberal-aufklärerischen Richtungen auch in der Kirche. Der Schutz der Institution Ehe, ihres Bestandes im Einzelfall, Verhinderung übereilter Trennung heilbarer Ehen, aber auch gegebenenfalls die Scheidung erscheinen als polizeiliche Aufgabe des Staates, nämlich als Herstellung gesunder sozialer Verhältnisse. Das gleiche gilt für eine gerechte Unterhaltsregelung und Güterverteilung bei der Scheidung, wobei die Scheidungsgründe auch Berücksichtigung finden. Die Beibehaltung der kirchlichen Eheschließung bleibt innerhalb dieser säkularen Regelung des ALR systemwidrig und war durch das Fehlen eines durchgehenden staatlichen Verwaltungsunterbaues, der an die Stelle des Pfarrers als Trauinstanz hätte treten können, bedingt. Dieser Systembruch macht sich aber erst im Laufe des 19. Jhdts. deutlicher bemerkbar, als die Kirche zu neuem Selbstbewußtsein gegenüber dem Staate gelangt.

Der aufgeklärte Polizeistaat fällt wohl nur in einzelnen wohlfahrtsstaatlichen Exzessen aus der christlichen Tradition heraus: Wenn man den Erzeuger mit der Kindesmutter zwangsweise traut und dabei das Jawort fingiert wird, um das Kind ehelich zu machen (63); wenn andererseits Ehepaare, die durch dauerndes Streiten öffentliches Ärgernis erregen, gegen ihren Willen zwangsweise geschieden werden (64). Hier wird im Namen der gesellschaftlichen Nützlichkeit in solchem Maße in den Bereich persönlicher Willensentscheidung eingegriffen, wie es die christliche Moral niemals legitimieren konnte. Allerdings finden diese Maßnahmen weitgehende Zustimmung auch kirchlicher Instanzen, genauso wie die Beschränkung des Zuganges zur Ehe unter ständestaatlichen und wohlfahrtspolizeilichen Gründen (65), die dem christlichen Personalismus zutiefst hätte widerstreben müssen,

(63) Vgl. den bei HESSE, *a.a.O.*, S. 88 erwähnten Fall.

(64) Hierzu DOVE-SEHLING, *a.a.O.*, S. 876, die auf die Verhältnisse im Herzogtum Gotha hinweisen, in welchem neben den in dem Patent vom 15. August 1834 genannten Ehescheidungsgründen auch die Scheidung durch landesherrliches Reskript im Falle der o.g. Voraussetzung möglich blieb.

(65) Zu diesen Gesichtspunkt DOVE-SEHLING, *a.a.O.*, S. 874.

aber erst unter dem Zeichen des liberalen Gleichheitsgedankens beseitigt worden ist.

VI. *Das Ehescheidungsrecht der säkularisierten staatsbürgerlichen Gesellschaft.*

1. *Der geistige und gesellschaftliche Rahmen.* — Mit der Wende zum 19. Jhdt. stehen also die bis heute wirksamen weltanschaulichen und theoretischen Positionen zum Ehescheidungsrecht im Raume. In Deutschland, auf das wir die Betrachtung nunmehr beschränken wollen, blieb für das ganze 19. Jhdt. der Stand des Ehescheidungsrechts nahezu unverändert, um dann durch die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches als einer einheitlichen, nationalen, säkular-staatlichen Kodifikation abgelöst zu werden. Bis dahin galten die bisher betrachteten, aus unterschiedlichen Wurzeln genährten Rechtsordnungen z.T. sehr buntscheckig nebeneinander ([66]).

Geradlinig war die Entwicklung des 19. Jhdts. dabei nur in der Frage der juristischen Zuständigkeit in Ehesachen, die der Staat im Bereich der Eheschließung (Zivilehe), der Rechtsprechung und schließlich der Gesetzgebung zunehmend und zum Ende des Jahrhunderts völlig an sich zog ([67]). Während der moderne säkulare Staat aber in allen übrigen Rechtsmaterien, vor allem des Zivilrechts, explizit säkular-liberale Wertungen (wohl mit Kernbereichen christlicher Tradition) der Gesetzgebung zugrundelegte ([68]), ist das nicht so im Ehescheidungsrecht. Hier gibt es bis in die Gegenwart ausdrückliche Begründungsbezüge der Gesetzgebung und Rechtsprechung auf christliche Wert-

---

([66]) Die Darstellungen des 19. Jhdts. fußen auf diesem Rechtszustand, z.B. HUBRICH, *Das Recht der Ehescheidung in Deutschland*, Berlin 1891. Vgl. auch E. WOLF, G. LÜKE, H. HAX, *Scheidung und Scheidungsrecht*, Tübingen 1959.

([67]) Für die Eheschließung endgültig mit dem Gesetz vom 6.2.1875; in der Rechtsprechung reichseinheitlich mit den Reichsjustizgesetzen 1879; im Bereich der Gesetzgebung durch die Ausweitung der Reichskompetenz auch auf den Bereich des Familienrechts durch die Lex Lasker-Miquel (Reichsgesetz vom 20.12.1873) und deren Wahrnehmung durch Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches 1896.

([68]) Vgl. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*[2], S. 468 ff.

grundlagen wie auch umgekehrt den Anspruch der Kirchen auf Mitwirkung bei der Rechtsgestaltung. Der staatliche Schutz der Institution Ehe wie die staatliche, im Prozeßverfahren vor dem Richter sich vollziehende Entscheidungskompetenz über die Auflösung der Ehe blieb ganz unbezweifelt; dies aber ist, wie wir sahen, durchaus ein Erbe der christlichen Tradition gegenüber der in anderen Rechtsordnungen akzeptierten « Selbstscheidung ». Die Scheidung ist damit nur möglich bei Erfüllung gewisser rechtlicher Tatbestände. Hier nun ist bis in die Gegenwart umstritten, welche Rolle und welchen Einfluß christliche Wertungsgesichtspunkte auf die Scheidungstatbestände ausüben sollen und dürfen. Diese werden argumentativ überwiegend zur Einengung und Begrenzung der Scheidungstatbestände verwandt, während die deutlichste Gegenposition, aufklärerischer Individualismus und Selbstbestimmungsprinzip zu einer Öffnung der Scheidungstatbestände tendiert. Insgesamt bleibt die Situation aber mehrdeutig, weil die Begründungsstränge der unterschiedlichen weltanschaulichen Richtungen, historisch begründbar, durchaus verflochten bleiben. Außerdem sind diese sich im Grunde einig darin, daß stabile Ehen für die Partner, für die Kinder und für die Gesellschaft den besseren und glücklicheren Zustand darstellen. Der Standpunkt eines libertinären Individualismus, die Ehe zu einem Spiel von trial and error, als Mittel des sexuellen und erotischen Konsumbedürfnisses zu benützen, wird von bedeutenderen weltanschaulichen oder politischen Gruppen nicht vertreten, wirkt aber doch als geistiges und soziales Ferment nicht nur über die publicity-Funktion des Lebens der Jet-Set-Schicht, sondern auch als Protesthaltung gegen die Tabuisierung und Verdrängung der Sexualität in der abendländischchristlichen Tradition.

Wenden wir den Blick zurück auf die tatsächliche Entwicklung. Mit dem Durchdringen des neuen säkularen Ansatzes des Eheverständnisses seit der Aufklärung geht parallel die tiefe Wandlung der Gesellschaft durch die Auflösung der alteuropäischen Grundlagen der Ständegesellschaft zugunsten einer Mobilisierung, Liberalisierung und Individualisierung, getragen von dem mächtigen Motor der industriellen und technischen Entwicklung. Sie ist plastisch mit den Begriffen Dekorporierung. Dispro-

portionierung und Entsittlichung beschrieben worden (69). Dieser Vorgang, der in Tendenz auf eine größere Offenheit und Veränderbarkeit der Gesellschaft festgefügte geistige, sittliche und sozialständische Strukturen auflöste, konnte nicht ohne weitreichende Folgen für die Institution der Ehe bleiben. Innerhalb dieses Prozesses bleibt die Ehe fast als einzige der sozialen Genossenschaften und Korporationen, aus denen sich die altständische Gesellschaft aufbaute und als die sie noch im preußischen ALR erscheint (70), bestehen, wenn auch jetzt strikt dem Privatrecht zugewiesen. Die Ehe wird aber damit nicht mehr von anderen Institutionen — vor allem der Verwandtschaft, dörflicher oder städtischer zusammen mit der kirchlichen Gemeinde, ständischen Korporationen, Zünften oder berufsständischen Vereinigungen — gestützt und entlastet. Sie muß nicht nur den vorher von diesen Institutionen gemeinsam getragenen Problemdruck aushalten, sondern ist durch die gewachsene soziale und geistige Komplexität und Veränderlichkeit der Gesellschaft sogar der Aufgabe ganz neuer Problemverarbeitungen ausgesetzt, von der sexuellen Aufklärung über die Emanzipation der Frau zu Problemen des Wandels in den Berufen und der Kindererziehung. Darüber hinaus ist die Erwartung an die Ehe als einer Partnerschaft auf geistigem, seelischem und erotisch-sexuellem Gebiet gestiegen, mit dem Hintergrund, daß sich der Anspruch des « pursuit of happiness » hier einlösen lasse. Es ist interessant, wie schon sehr früh, etwa bei dem englischen Dichter Milton (71), die erhöhten Erwartungen an die Ehe als einer innerlichen Gemeinschaft mit der Konsequenz einer Scheidung für den Fall, daß dieses Ideal zerbricht, einhergehen. Die Auffassung der Romantik von der Ehe als einem Liebesbunde, der sein Gesetz in sich trägt, muß schließlich die Ehe den Anforderungen der Gesellschaft und

(69) W. CONZE, *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, in *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, hg. von Hanns Hubert Hofmann, Köln, Berlin 1967, S. 297-320, S. 309.

(70) Dies deutlich dadurch, daß die Ehe in den II. Teil des ALR verwiesen wird.

(71) Die Bedeutung Miltons deutlich herausgestellt bei P. MIKAT, *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen* ..., wie Anm. 21, S. 279.

Vorher dazu schon M. ERLE, wie Anm. 53, S. 100 ff.

des staatlichen Gesetzes überhaupt entziehen (72). Wenn diese Eheauffassung sich auch nicht in breiteren Kreisen durchgesetzt hat, so bleibt sie doch, wie romantischer Geniekult und Künstlerbild für das Persönlichkeitsideal, als verinnerlicht-mystische Überhöhung der Geschlechtsgemeinschaft in dem geistigen Haushalt der bürgerlichen Gesellschaft aufgehoben.

Es kann nicht verwundern, wenn die Ehen mit dem fortschreitenden Prozeß der Veränderung der Gesellschaft unter diesen tatsächlichen und geistigen Wirkungsfaktoren instabiler werden. Das statistische Material, das seit der zweiten Hälfte des 19. Jhdts. vorliegt (73), zeigt sehr deutlich, wie dieser Prozeß sich in ständig, wenn auch wellenförmig steigenden Scheidungszahlen ausdrückt. Als Faktoren erscheinen Industrialisierung, Verstädterung, Wirren der Kriegs- und Nachkriegszeiten. Einfluß haben daneben konfessionelle Traditionen und ihre Auflösung (74). Offenbar geringen Einfluß hat dagegen das Recht und die von ihm angebotenen Scheidungstatbestände; es sei denn, man ginge von der unbewiesenen Hypothese aus, die völlige oder weitgehende Verweigerung einer Scheidungsmöglichkeit könnte in Industriegesellschaften zu einer wirklichen Stabilität der Ehen — und nicht sozial bedenklichen Ersatzformen für die Scheidung — führen.

2. *Rechtslage und Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts.* — Angesichts der stürmischen sozialen Entwicklung und der kontroversen weltanschaulichen Standpunkte ist der Stillstand der scheidungsrechtlichen Entwicklung im Deutschland des 19. Jhdts. auf den ersten Blick verwunderlich. Er steht im Gegensatz zum Nachbarland Frankreich, dessen Scheidungsrecht sich im Gleichklang zur politischen Stimmungslage ändert: Nach den ganz individualistisch-unstaatlichen Regelungen der Revolutionszeit folgt ein gemäßigt-aufklärerisches Scheidungsrecht im Code Civil 1804. Mit dem Sieg der Reaktion und der auch kirchlichen

(72) P. Mikat, *a.a.O.*, S. 500 ff.

(73) Dargestellt bei Wolf-Lüke-Hax, *Scheidung und Scheidungsrecht*, cit.

(74) Vgl. dazu J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3. Aufl., München 1980, § 24 IV, S. 268 ff.

Restauration wird die Scheidung dem Bande nach 1816 aufgehoben. Nach dem Abklingen der Restaurationsära wird 1884 ungefähr die frühere Regelung im Code Civil wieder hergestellt ([75]). In Deutschland stehen dagegen die überlieferten Rechtsordnungen bis zum Erlaß des BGB fast unverändert nebeneinander ([76]): als aufklärerische und scheidungsfreundlichste die Regelung des ALR, die neben den Verschuldenstatbeständen die einverständliche und einseitige Scheidung ohne Verschulden und Scheidungsgründe aus objektiven Umständen kannte, was die konservative Kritik als «laxe Scheidungspraxis», als Berücksichtigung von «Willkür» (mit Anklang an den älteren Sinn des Wortes, also Selbstbestimmung statt vorgegebenen Rechts) und «Zufall» als Scheidungsgründe brandmarkte ([77]). Gemäßigt aufklärerisch erschien der Bereich von Code Civil und Badischem Landrecht (die in Deutschland in unveränderter Fassung galten), in der der Selbstbestimmung der Partner nur in Fällen der einverständlichen Scheidung unter restriktiven Verfahrensbestimmungen Rechnung getragen wurde. Neben dem buntscheckigen Bild stadt- und landesrechtlicher Ordnungen und Gesetzen standen schließlich als «gemeines Recht» die kirchlich bestimmten Ordnungen des kanonischen Rechts und des protestantischen Ehescheidungsrechts. Bei diesen führt das Vordringen des säkularen Staates dazu, daß sie als materielles Recht anerkannt blieben, aber zunehmend nicht mehr von kirchlichen, sondern von rein staatlichen Gerichten angewandt wurden ([78]). Im Bereich des protestantischen Scheidungsrechts drangen diese Gerichte zu einer immer stärkeren Vereinheitlichung, zuletzt unter Führung des Reichsgerichts, vor, und zwar auf der Linie der strengen Richtung der protestantischen Lehre, also der Anerkennung nur der schweren

([75]) Die Entwicklung ist kurz dargestellt bei H. DÖRNER, *Industrialisierung und Familienrecht,* Berlin 1974, insbes. S. 164 ff.

([76]) Vgl. hierzu noch einmal die Überblicke bei HUBRICH, *cit.*; WOLF-LÜKE-HAX, cit. Dargestellt ist die alte Rechtslage auch in *Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,* Bd. IV, *Familienrecht,* Berlin und Leipzig 1898, S. 564 ff.

([77]) Vgl. etwa SAVIGNY, *Vermischte Schriften* V, S. 255.

([78]) Den Schlußstein dieser Entwicklung bildet das Reichspersonenstandsgesetz v. 6.2.1875, das das materielle Ehescheidungsrecht unverändert ließ, aber die Ehegerichtsbarkeit ausschließlich bürgerlichen Gerichten überwies (§ 76).

Verschuldenstatbestände von Ehebruch, Desertion und gleichgestellter Fälle. Mit dem Reichspersonenstandsgesetz von 1875 war nicht nur die obligatorische Zivilehe eingeführt, sondern neben der geistlichen Ehegerichtsbarkeit auch die bloße Trennung von Tisch und Bett aufgehoben worden. Deren Voraussetzungen nach kanonischem Recht, insbesondere also Ehebruch, führten jetzt zu einer echten Scheidung dem Bande nach durch die staatlichen Gerichte. - Als bezeichnend kann angefügt werden, daß eines der wenigen Zivilgesetze dieser Zeit, das Sächsische BGB von 1863, im wesentlichen eine Kodifikation der damaligen sächsischen Praxis des gemeinen protestantischen Scheidungsrechts darstellte, die nach 1875 für die Angehörigen aller Konfessionen galt.

Hinter der Fassade fast gleichbleibender, insgesamt aber sehr unterschiedlicher rechtlicher Regelungen entbrannten jedoch die heftigsten weltanschaulichen und rechtspolitischen Kämpfe um die Gestaltung des Scheidungsrechts. Da ist einmal der klare und unveränderte Standpunkt der katholischen Kirche und der ihr verbundenen politischen Kräfte, das kanonische Recht als Eherecht der Angehörigen ihrer Kirche zu erhalten, was in mehrkonfessionellen Staaten nur möglich sein kann im Rahmen pluralistischer Ehemodelle innerhalb des staatlichen Rechts ([79]).

Da ist zum anderen der Versuch konservativer Teile des Protestantismus, die der Aufklärung entstammenden, der Selbstbestimmung der Scheidungswilligen eine größere Bedeutung einräumenden Regelungen zurückzudrängen und die Scheidung auf den engsten Kreis der Verschuldenstatbestände des strengen protestantischen Eherechts zu beschränken ([80]). Diese Richtung beruft sich dabei gerne auf die «schriftgemäßen Scheidungsgründe» ([81]). - Der Gegner dieser kirchlichen Richtungen ist der aufklärerische Individualismus, der in dieser Zeit seinen politischen

---

([79]) Vgl. die Beiträge von H. COING und A. OLLERO in diesem Bande.

([80]) Vgl. dazu jetzt vor allem die Aufsätze von St. BUCHHOLZ, Preußische Eherechtsreform im Vormärz, *Jus Commune Sonderheft* 14, und: Eherecht zwischen Staat und Kirche, Preußische Reformversuche in den Jahren 1854 bis 1861. *Jus Commune Sonderheft* 13, beide Frankfurt a.M. 1981, mit weiterer Lit., die mir durch die Freundlichkeit des Autors schon in den Fahnen zugäuglich waren.

([81]) Zu diesem Punkt HESSE, *a.a.O.*, S. 32 ff.; STÖLZEL, *a.a.O.*, S. 53.

Ausdruck innerhalb des Liberalismus fand, aber auch die tatsächliche Entwicklung der langsam steigenden Zahl der Scheidungen, die Ausdruck der zuvor beschriebenen geistig-sittlichen und sozialen Veränderungen war. Der Kampf der Positionen spielt sich am deutlichsten in Preußen und im wesentlichen auf drei allerdings eng aneinandergrenzenden Feldern ab: Dem der weltanschaulich-politischen Auseinandersetzung, dem der rechtspolitischen Bestrebungen, schließlich auch dem weniger beachteten der wissenschaftlichen Forschung. Im Feld des Politischen steht für die Auseinandersetzung der katholischen Kirche mit dem preußisch-deutschen, protestantisch-säkularen Staat das Stichwort Kulturkampf. Er endete im Bereich des Eherechts mit einer eindeutigen Niederlage der katholischen Konzeption schon im preußischen und dann im Reichspersonenstandsgesetz von 1875 ([82]). Diese wurde besiegelt, indem die Gesetzgebungskompetenz des Reiches im Zivilrecht durch die Lex Lasker-Miquel auf das Familienrecht ausgedehnt wurde und die Kommissionen und der Reichstag an einem einheitlichen staatsbürgerichen Eherecht festhielten ([83]). - Die Bestrebungen der konservativ-orthodoxen Strömungen des Protestantismus hatten größere Erfolgschancen, konnten sie doch, vor allem unter Friedrich Wilhelm IV., auf Sympathien in der Person des Monarchen rechnen; sie waren außerdem vertreten in der hochkonservativen bis reaktionären Kamarilla, die direkten Einfluß bei Hof hatte ([84]). Zu nennen sind hier vor allem die Gebrüder Gerlach. Diese Strömungen versuchten einmal, rechtspolitische Initiativen zur Revision des ALR in Gang zu setzen, daneben aber auch eine Bewegung von der Basis, von Pfarrern und Kirchenvolk, die sich zunehmend gegen die scheidungsfreundliche Gerichtspraxis wandte. Sie zeigte sich in dem Kampf um die Frage der Wiedertrauung durch staatliche Gerichte Geschiedener, wenn nach Ansicht des zuständigen Pfarrers kein «schriftgemäßer Scheidungsgrund» vorlag. Der

---

([82]) Vgl. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. IV, Stuttgart 1969, S. 733 f.

([83]) Vgl. hierzu MUGDAN, *Die gesammelten Materialien zum BGB*, Bd. 4, Sp. 888 ff.; vgl. auch den Beitrag von COING in diesem Bande.

([84]) Vgl. BUCHHOLZ, *a.a.O.*, S. 165.

preußische Staat setzte hier, auch in seiner von der Reaktion bestimmten Ära, die Anerkennung des staatlichen Rechts und staatlicher Gerichtsurteile durch, unter Wahrung des Gewissens der konservativ-streng denkenden Pfarrer, indem den staatlich Geschiedenen die (kirchliche) Wiederverheiratung durch Beauftragung eines liberalen (oder staatstreuen) Pfarrers ermöglicht wurde. Durch die Einführung der obligatorischen Zivilehe entschärfte sich auch dieses Problem infolge der konsequenteren Trennung von Staat und Kirche: Die Frage der Wiedertrauung konnte keine Linie des Konfliktes mehr darstellen, damit auch kein Mittel rechtspolitischer Pressionen, sondern wurde zum innerkirchlichen Problem. Auch hier hatte der säkulare Staat seine Position durchgesetzt, und zwar bemerkenswerter Weise unabhängig von den persönlichen religiösen Auffassungen der herrschenden Personen und Kreise. Dies zeigt sich auch in den begleitenden rechtspolitischen Aktivitäten. Schon seit einer Kabinettsordre von 1834 stand die Reform der Scheidungsgründe des ALR in Preußen an ([85]). Friedrich Wilhelm IV. beauftragte sodann Savigny als neuernannten Minister für Gesetzgebung 1842 mit der Entfernung aller « den Lehren des Christentums widersprechenden Grundsätze » aus dem preußischen Eherecht. Savigny stand persönlich den Betreibern dieser kirchenrechtlichen Restauration, den Gebrüdern Gerlach, nahe. Er teilte den Standpunkt eines christlich-protestantischen Konservatismus, freilich in einer stärker liberalen und nüchterneren Ausprägung, die die deutliche Kritik der Gebrüder Gerlach fand. Es ist interessant für die politische Konstellation, daß diese Reform des Eherechts, bis auf eine Neuordnung des Verfahrens, scheitert. Hier zeigt sich deutlich, welche Rücksichten auf eine politische Öffentlichkeit im spätabsolutistisch-vorkonstitutionellen Preußen genommen werden mußten und wie sehr Ehe- und Ehescheidungsrecht im Zentrum der Aufmerksamkeit dieser Öffentlichkeit standen. Ein kirchlich-ei-

---

([85]) Zum folgenden vgl. neben den genannten Aufsätzen von BUCHHOLZ: H. LIERMANN u. H. J. SCHOEPS, *Materialien zur preußischen Eherechtsreform im Vormärz*, Nachr. der Akad. der Wiss., phil.-hist. Kl., Göttingen 1961, S. 489 ff.; P. MIKAT, *Zur Bedeutung Friedrich Carl von Savignys, a.a.O.*, S. 671 ff.; schließlich die Darstellung von SAVIGNY selbst in *Verm. Schriften*, V., *cit.*

ferndes Promemoria Ludwig von Gerlachs (86) verortet die Widerstände sehr genau: Öffentliche Meinung, Opposition in der Tagespresse, Gegner der Reform selbst im Staatsrat und unter den angesehensten Dienern des Königs; schließlich drohte auch die Ablehnung durch die Landstände, ohne die, obwohl dies verfassungsrechtlich möglich gewesen wäre, die Rechtsänderung doch nicht durchgeführt werden sollte. Gerlach seinerseits verweist auf die fehlende Zuständigkeit der Landstände, da es sich bei der Scheidungsreform um eine kirchenrechtliche Angelegenheit und bei der geplanten Strafbarkeit des Ehebruchs um Strafgesetzgebung handele. Er greift dabei zu den schärfsten Argumenten aus dem Sakralbereich: Profanation der Heiligtümer der Kirche; erhabenste Rechte Seiner Majestät, des Königs, dem der höchste König das Schwert gegeben habe zur Rache über die Übeltäter und zum Lobe der Frommen (87). Er rät darum zum Konflikt mit den Landständen, verkennt aber dabei offenbar die politischen Konstellationen und Kräfte des preußischen Vormärz.

Vor diesem Hingergrund ist die nüchterne Argumentation beachtlich, mit der Savigny die Reform begründet hat (88). Er hielt seine Ausführungen über den Anlaß hinaus von Bedeutung, hat er sie doch nach dem Scheitern des Gesetzesvorhabens 1850 in seinen Gesammelten Schriften veröffentlicht; und in der Tat wirkten sie noch fort bis zur offiziellen Begründung des BGB. Savigny stellt vor die speziellere rechtspolitische Erörterung und den daraus folgenden Gesetzesentwurf einige grundlegende Erwägungen. Er setzt keineswegs, wie es dem königlichen Auftrag entspräche, bei den christlichen Lehren an, sondern bei der Frage nach der Natur der Ehe (89). Er sieht diese in einem vor allem sittlichen Verhältnis, das nur zu einem geringen Teil in das Recht hineinreiche; ganz anders als Eigentum und Schuldverhältnis, die im Rechtsverhältnis aufgehen. Während Savigny sonst von über-

---

(86) LIERMANN-SCHOEPS, *a.a.O.*, S. 525 ff.

(87) a.a.*O.*, S. 529.

(88) Die halbamtliche Schrift des Jahres 1844, ohne Namensnennung erschienen, wurde von Savigny unter dem urspr. Titel: *Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform*, in die *Vermischten Schriften*, Bd. V, Berlin 1850, S. 222 ff. aufgenommen.

greifenden Rechtsinstituten spricht, wählt er nur in diesem Zusammenhang in Anwendung auf die Ehe den Begriff der Institution (90), der vorjuristische und rechtliche Gegebenheiten zusammenfaßt. Für deren rechtliche Regelung findet er nun drei gegeneinander abzuwägende, sich teilweise widersprechende Gesichtspunkte (91): Den des Rechtsschutzes, den der individuellen Freiheit und schließlich die « Würde der Ehe selbst, diese als Institution betrachtet, unabhängig von dem Recht und dem Willen der Individuen ». Der des Rechtsschutzes sei eingeschränkt dadurch, daß das meiste und wichtigste in der Ehe nicht erzwingbar sei. Das Extrem der ausschließlichen Berücksichtigung der individuellen Freiheit stelle die Auflösbarkeit der Ehe durch einseitige Willkür dar. Die Würde der Ehe als Institution begründe sich daraus, daß sie einerseits eine wesentliche und notwendige Form menschlichen Daseins überhaupt, andererseits eine unentbehrliche Grundlage des Bestehens des Staates sei. Als Ergebnis der Abwägung ergibt sich, daß die Würde der Ehe als Institution unter den drei Gesichtspunkten Vorrang beanspruchen dürfe und die Scheidung, von deren Gegebenheit Savigny ausgeht, darum nur beschränkt statthaben solle (92). Er kommt deshalb zu einer Beschränkung auf die schwersten Verschuldenstatbestände. - Die sehr differenzierten historisch, sittlich, rechtsvergleichend und empirisch begründeten Gedankengänge, die Savigny im Rahme seiner Abwägung und Begründung ausbreitet, können hier im einzelnen nicht nachvollzogen werden. Doch ist hier darauf zu verweisen, daß es sich um typisch modernsäkulare, diesseitig-zweckhafte rechtspolitische Überlegungen handelt.

Das christliche Element, von dem doch die Ordre des Königs und die rechtspolitisch drängenden Kräfte ausgingen, das bei

---

(89) Vgl. vor allem *a.a.O.*, S. 233: « Das Wesen derselben besteht zum großen, ja zum wichtigsten Theil *nicht* in einem rechtliche, sondern in einem sittlichen Verhältnis ».

(90) Auf diesen sonst wenig bemerkten Sachverhalt weist mit grundlegenderen rechtstheoretischen Überlegungen hin H. KIEFNER, *Lex frater a fratre, Institution und Rechtsinstitut bei Savigny*. In: *Rechtstheorie*, Bd. 10, 1979, S. 129 ff.

(91) SAVIGNY, *Verm. Schriften*, V S. 233.

(92) SAVIGNY, *a.a.O.*, S. 238.

Ludwig von Gerlach zu einer ganz « sakralen » rechtspolitischen Begründung führt, findet bei ihm nur an zwei Stellen Erwähnung. Einmal als historisches: « Im christlichen Zeitalter insbesondere ist die Ehe, in der Form der Monogamie, die Grundlage unsrer Bildung und Gesittung geworden » ([93]); er weist insbesondere auf ihre Bedeutung für die Stellung der Frau hin. Zum anderen resümiert er, daß der von ihm entwickelte grundsätzliche Standpunkt in einer gewissen Übereinstimmung mit dem der Kirchen (« unverkennbar in einer gewissen Verwandtschaft mit den Dogmen der verschiedenen Religionsparteien ») stehe ([94]). Er weist jedoch den Gedanken, der Inhalt der Scheidungsregelungen sei der Kirchenlehre zu entnehmen, unter Hinweis auf deren Unterschiede zurück und postuliert für die Reform den Charakter eines bürgerlichen Gesetzes. Dieses müsse gerade in einem Staate wie Preußen über den Konfessionen stehen. Allerdings sei « ein freundlich übereinstimmendes Zusammenwirken zu diesem Zweck » (nämlich den Ernst und die Würde der Ehe mehr und mehr zur Anerkennung zu bringen) « auf dem Gebiet des bürgerlichen Gesetzes und auf dem der Kirche nicht bloß möglich und wünschenswert, sondern auch zur Erreichung des Zwecks ganz unentbehrlich » ([95]). Savigny ist also, ganz im Gegensatz zu Ludwig von Gerlach, für eine strikte formale Trennung von Staat und bürgerlichem Gesetz auf der einen und den Kirchen als sittlich-gesellschaftlichen Kräften auf der anderen Seite. Es fällt auf, daß seine Bestimmung dieses Verhältnisses auch noch unter der Weimarer Verfassung und dem Grundgesetz Bestand haben kann.

Inhaltlich schließt Savigny sich allerdings in Bezug auf die Scheidungsregelung der Richtung des strengsten protestantischen Kirchenrechts an. Der nicht sehr glücklich konzipierte Gesetzesentwurf selber enthält außerdem noch viele ehe- und sittenpolizeiliche Züge.

Doch bleibt die Begründung säkular; Savigny versucht sogar eine Harmonisierung mit den rechtspolitischen Bestrebungen

---

([93]) *a.a.O.*, S. 239.
([94]) *a.a.O.*, S. 252.
([95]) *a.a.O.*, S. 254.
([96]) *a.a.O.*, S. 353 ff.

Friedrichs des Großen, wodurch er wohl auch liberal-aufklärerische Kräfte für die Reform gewinnen will (97). Soweit er aus der Natur der Ehe und ihrem Charakter als Institution argumentiert, geschieht das nicht etwa in Form einer ontologischen Deduktion, sondern in einer Abwägung der drei genannten, zueinander in Spannungsverhältnissen stehenden Aspekte, abgestützt durch Erfahrungen aus den in Preußen vereinten Rechtskreisen. - Letztlich blieb aber, trotz weiterer Bestrebungen in den 60er-Jahren, den rechtspolitischen Bemühungen in Preußen der Erfolg bis zum BGB versagt.

Als drittes Feld der Auseinandersetzung nannten wir das der Wissenschaft. Es ist kein Zufall, daß die zweite Jahrhunderthälfte uns die sorgfältigsten und materialreichsten rechtshistorischen Studien zum protestantischen Eherecht geliefert hat (98). Sie entsprangen der aktuellen Frage nach den « schriftgemäßen Scheidungsgründen » und ihrer Interpretation durch die Reformation. Im Ergebnis wird gegen die protestantische Orthodoxie und katholisierende Richtungen von der historisch-kritischen Richtung der evangelischen Kirchenrechtswissenschaft aufgezeigt, daß seit den Reformatoren von einer einheitlichen Lehre im Bereich des Protestantismus nicht gesprochen werden kann, sondern ein Gemisch strengerer und milderer Richtungen und Meinungen ein sehr vielfarbiges und differenziertes Bild ergibt. Das war weniger von unmittelbarer, als vielmehr von weiterreichender Bedeutung, weil damit beiden Richtungen im Bereich der evangelischen Kirche ihre reformatorische Legitimität gesichert blieb, zumal die kirchlichen Standpunkte für die Tendenzen der staatlichen Rechtsgestaltung von fortdauerndem Einfluß bleiben.

---

(97) *a.a.O.*, S. 248 verweist er auf das von Svarez verfaßte Edikt v. 17.11.1782, mit dem die durch die erleichterte Ehescheidung eingerissenen Mißstände wieder zurückgeschnitten werden sollten.

(98) Vgl. vor allem L. RICHTER, *Beiträge zur Geschichte des Ehescheidungsrechts in der evang. Kirche*, Berlin 1858; A. STÖLZEL, *Zur Geschichte des Ehescheidungsrechts, Zs. für Kirchenrecht*, hg. v. Dove u. Friedberg, Bd. 18 (N.F. Bd. 3), 1883, S. 1 ff. sowie den großen Artikel « Scheidungsrecht, evangelisches » VON DOVE, in *Realenzyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 2. Aufl., hg. v. A. Hauck, Bd. 13, Leipzig 1884, S. 463 ff., in der 3. Aufl., 1908, Bd. 21, überarbeitet von Sehling.

3. *Die Scheidungsregelung des Bürgerlichen Gesetzbuches und ihre Begründung.* — Im BGB wird dann jene im ganzen 19. Jhdt. sich festigende strenge protestantische Lehre bestimmend. Grundsätzlich ist die Scheidungsklage auf eine schwere schuldhafte Verfehlung des Beklagten gegen den Partner zu stützen. Gesetzestechnisch ist die Fassung moderner als ältere Rechte, vor allem des ALR: Neben der klassischen Kasuistik des Ehebruchs (§ 1565), der Lebensnachstellung (§ 1566) und böslicher Verlassung (§ 1567) steht eine Generalklausel, die eigentlich den Grundtatbestand bildet ([99]): « Wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung nicht zugemutet werden kann » (§ 1568). Neben die Verschuldenstatbestände tritt nach heftiger rechtspolitischer Auseinandersetzung als einziger objektiver Grund die länger dauernde, die geistige Gemeinschaft aufhebende Geisteskrankheit (§ 1569). Die strenge, gegenüber der Scheidung restriktive, das Verschuldensmoment hervorhebende protestantische Lehre verbindet sich in diesen Tatbeständen mit der modernen, nach-romantischen subjektiven Eheauffassung, die sich in dem Abstellen auf den subjektiven Horizont des verletzten Partners, dem die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann, und dem Kriterium der geistigen Gemeinschaft in § 1569 zeigt.

In Deutschland erfolgt diese restriktiviste politisch denkbare Scheidungsregelung in einer Gegenbewegung gegen die geistig-politischen und sozialen Tendenzen der Zeit. Nach der Epoche der Restauration kommen im letzten Drittel des Jahrhunderts wieder Tendenzen des Liberalismus zum Zuge, die in Frankreich und der Schweiz auch zu scheidungsoffeneren gesetzlichen Regelungen führen und die auch den Grundtenor des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches im allgemeinen bilden. Dem entspricht der volle Übergang in eine entwickelte Industriegesellschaft, der von einem ständigen Anwachsen der Scheidungszahlen begleitet ist ([100]).

([99]) *Motive*, IV., S. 572 und 593; O. MAYER, *Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages*, 1899, Bd. 2, S. 94 ff.

([100]) Vgl. WOLF-LÜKE-HAX, *cit.*

Unser Thema ist zentral betroffen dadurch, daß diese Gegenbewegung des Scheidungsrechts gegen geistige Grundtendenz und soziale Evolution ausdrücklich in der amtlichen Begründung auf christliche Prinzipien, auf die christliche Gesamtanschauung des deutschen Volkes, zurückgeführt wird ([101]): Eine Resakralisierung innerhalb der Säkularisationsbewegung? Mit Recht ist hier kritisch angemerkt worden, daß hinter der Deklaration einer christlichen Gesamtanschauung weder das kanonische Recht noch die vielfältigen Richtungen des protestantischen Eherechts, sondern eben nur dessen sog. « strenge Richtung » die gesetzliche Regelung trägt ([102]). Nur vordergründig kann man diese Begründung als eine Einladung an das Zentrum als Partei des Katholizismus verstehen, zugunsten einer restriktiven bürgerlichrechtlichen Scheidungsregelung das Verschwinden des kanonischen Rechts aus der deutschen Zivilrechtsordnung zu verschmerzen. Eine genauere Analyse des Argumentationsganges der « Motive » zeigt, daß hinter der Fassade einer Ableitung der Scheidungsregelungen aus einer christlichen Gesamtanschauung die Savignysche rechtspolitische Begründung von 1844-50, jedoch in seltsamer Verschiebung der Ausgangspunkte der Argumentation, der Gewichtung und der logischen Verknüpfung auftaucht. Während Savigny gerade im Hinblick auf den bürgerlichrechtlichen Charakter der geplanten Gesetzgebung eine säkulare Rechtsbegründung aus der Natur der Ehe unternimmt, ist jetzt der Ausgangspunkt der Argumentation die christliche, eine Scheidung grundsätzlich verneinende Eheauffassung. Die Restriktion der Scheidung steht hier als Postulat am Anfang der Überlegungen, bei Savigny dagegen, wenngleich politisch vorgegeben, doch argumentativ erst

---

([101]) *Die Motive zum BGB*, cit., Bd. IV, S. 562 beginnen den die Scheidung betreffenden 5. Titel mit dem berühmten Satz: « Der christlichen Gesamtanschauung des deutschen Volkes entsprechend geht der Entwurf davon aus, daß im Eherechte, auch soviel die Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Ehegatten betrifft, nicht das Prinzip der individuellen Freiheit herrschen darf, sondern die Ehe als eine von dem Willen des Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen ist ».

([102]) Vgl. zu diesem Aspekt JACOBI, *Verh. des 20.*, DJT, 1889, Bd. 2, S. 196. Zur Erschwerung der Ehescheidung im BGB vgl. auch WOLF-LÜKE-HAX, *a.a.O.*, S. 54 ff.; hierzu auch DÖRNER, *a.a.O.*, S. 108 ff.

als Ergebnis längerer Abwägungen am Ende. Während Savigny die drei Prinzipien der individuellen Freiheit, des Rechtsschutzes, der Ehe als überindividueller Institution zunächst gegenüberstellt und erst später in abwägender Argumentation der Institution überwiegende Bedeutung beimißt ([103]), wird in den Motiven schon im ersten Satz als Deduktion aus dem christlichen Prinzip dem Institutionellen der absolute Vorrang vor der individuellen Freiheit zugesprochen. Erst die Bedürfnisse des realen Lebens fordern eine Ausnahme von dem Prinzip ([104]).

Diese Verwendung der Savignyschen Gesichtspunkte, Topoi und Argumentationen im Kontext der Verwandlung eines säkularen zu einem christlichen Ansatz, einer offenen, abwägenden in eine geschlossen-deduktive, dann aber doch wieder durch Ausnahmen aufgebrochenen institutionellen Argumentation fordert höchste Aufmerksamkeit in Richtung auf die Veränderungen, die sich dahinter abgespielt haben. Die Motive lassen deutlich erkennen, daß die Restriktion der Scheidungsgründe eine Rückwirkung auf die sittlichen und sozialen Verhältnisse des deutschen Volkes beabsichtigen, also eine Wirkung, die den liberalen Grundgedanken des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit umkehrt ([105]). Das Gesetz soll durch die strenge, den Willen der Partner hintansetzende Bindungswirkung der Eingehung leichtsinniger Ehen entgegenwirken, das Verantwortungsgefühl in der Ehe stärken, durch die Festigkeit der Ehen den Wohlstand, die Erziehung der Kinder und die sittliche Stellung der Frau stützen ([106]). Das Gesetz stellt hier also nicht ein Instrument zur freien Wahl der Lebensgestaltung durch die Gesellschaft dar, sondern soll selber auf die sozialen und sittlichen Verhältnisse in der Gesellschaft einwirken.

([103]) Es ist keineswegs zutreffend, daß Savigny aus dem institutionellen Charakter direkte Rechtsfolgen ableitet; er gewinnt sie vielnehr erst in Abwägung zu den anderen Prinzipien. Das Wesen der Ehe liegt für ihn in dem überwiegend sittlichen, nur teilweise rechtlichen Charakter. Vgl. dazu noch einmal KIEFNER, *a.a.O.*, gegen Forsthoff u. Rüthers.

([104]) Vgl. *Motive*, IV, *a.a.O.*

([105]) Dies betont auch sehr deutlich Otto MAYER in seinem *Gutachten für den 20. Deutschen Juristentag*, 1889, S. 108 « von einer ganz unliberalen Gesinnung »; « auf Dauer erzieht sie (die Gestaltung) das Volk, macht selbst Sitte ».

([106]) *Motive*, IV, *a.a.O.*, bes. S. 563.

Allerdings wird dieser Zweck weit weniger als in Savignys Reformbegründung einer empirischen Untersuchung und einer Prüfung der Zweck-Mittel-Relation unterworfen; vielmehr folgt dort, wo solche Überlegungen in den Motiven anklingen, recht unvermittelt der Rückgriff auf die über dem Willen der Ehegatten stehende sittliche und rechtliche Ordnung, auf das Wesen der Ehe. Als Letztbegründung bleibt aber die « christliche Gesamtanschauung des deutschen Volkes » recht fragwürdig für ein auch unter den Konfessionen und innerhalb derselben heftig umstrittenes, soeben dem Kirchenrecht von Seiten des Staates entzogenes Eherecht, in einer sich zunehmend säkularisierenden, also kirchlichen Bindungen und Lebensnormen entwachsenden Gesellschaft. Der genannte Rückgriff kann folglich nur dem Zweck dienen, die erwähnte sittliche Ordnung nicht weiter legitimieren zu müssen, somit die restriktive Scheidungsregelung zu begründen, schließlich dazu, den direkten inhaltlichen Rückgriff auf Regelungen des protestantischen Scheidungsrechts naheliegender erscheinen zu lassen. - Diese Rechtsbegründung ist freilich schon damals aus unterschiedlichen Richtungen angezweifelt worden. Der Katholizismus konnte sie ja keineswegs als eine christliche annehmen. Der Verwaltungsrechtler Otto Mayer verlangte eine mehr auf objektive Merkmale gestützte, strenge Begrenzung der Scheidungstatbestände nicht aus christlichen, sondern volkserzieherischen, nationalpolitischen Gründen, wobei er für das Eherecht den liberalen Prinzipien eine ausdrückliche Absage erteilt ([107]). Die Linie des aufklärerischen Liberalismus führte seinerseits Gründe der Sittlichkeit für eine freiere, die Selbstbestimmung stärker berücksichtigende Scheidungsregelung an; ihr Anknüpfungspunkt bildete nach wie vor die Regelung des ALR ([108]). Der Kathedersozialist Menger sah dagegen den Schutz der besitzlosen Volksklassen in einer bürgerlichen Gesellschaft durch ein restriktives Scheidungsrecht eher gesichert, um die Arbeiterfamilie als Raum

---

([107]) O. MAYER, *a.a.O.*, S. 101 gegen Rückgriff auf eine christliche Begründung, S. 109 für die Aufrechterhaltung von Zucht und Sitte als Rüstung des deutschen Volkes.

([108]) Vgl. die scharfsinnige rechtspolitische Analyse, die Leonard JACOBI in dem zweiten *Gutachten zum 20. Deutschen Juristentag, a.a.O.*, S. 110 ff., liefert.

der praktischen Brüderlichkeit und Hingabe gegen auflösende Tendenzen zu schützen ([109]); er stellt sich hiermit in die Linie des frühen Marx ([110]), aber gegen die aufklärerischen Ursprünge des Sozialismus.

Der Rückgriff des säkularen, liberalen Gesetzgebers des BGB auf christliche Rechtsbegründungen und Rechtstraditionen dient also einer Festlegung der Ehe als vorgegebener Ordnung, als überindividuelle Institution in einer Situation, in der dies als Ableitung aus einer säkularisierten Sittlichkeit nicht ohne weiteres möglich gewesen wäre. Über die sittlichen Maßstäbe gab es nämlich schon einen aus unterschiedlichen weltanschaulichen Traditionen genährten, aber im einzelnen verschlungenen Meinungspluralismus, durch den es nicht leicht gewesen wäre, politisch zu einer gesetzgeberischen Lösung durchzustoßen. - Schließlich hätte eine empirische Erhebung über die tatsächlichen Auswirkungen der verschiedenen Ehescheidungsmodelle starke Zweifel an der Wirkung des Rechts auf die sittlichen und sozialen Verhältnisse innerhalb der Evolution der industrialisierten Gesellschaft hervorgerufen ([111]). Wie wir feststellten, diente die christliche Rechtsbegründung weiterhin dem erleichterten Rückgriff auf die strenge Richtung des protestantischen Scheidungsrechts. Neben die Kasuistik von Ehebruch, Desertion u.ä. wurde ein generalklauselartiger Auffangtatbestand gestellt, der als « relativer Scheidungsgrund » (neben dem Zerrüttungsprinzip in einer modern-subjektiven Fassung) als relevantes Kriterium das Verschulden des beklagten Partners enthielt. Die Feststellung dieser verschuldeten Pflichtverletzung bildete dann den Kern des Ehescheidungsverfahrens für die überwiegende Zahl der Prozesse.

([109]) A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1889), Nachdr. d. 5. Aufl., 1927 (1970), S. 44 ff.

([110]) Vgl. die *Stellungnahmen zum preußischen Ehescheidungsgesetzentwurf* in der *Rheinischen Zeitung* Nr. 353 vom 19.12.1842, der den staatlichen Schutz einer überindividuellen Sittlichkeit bejaht.

([111]) Savigny hatte, wie angedeutet, durch seine Erfahrung getragene Überlegungen zu den verschiedenen Scheidungsregelungen innerhalb des preußischen Staates und ihren Auswirkungen angestellt. Dem BGB-Gesetzgeber hätte schon umfangreicheres statistisches Material zur Verfügung gestanden, vgl. WOLF-LÜKE-HAX, *Scheidung und Scheidungsrecht*, cit. Er wiederholt aber im wesentlichen nur Savigny'sche Gedankengänge.

4. *Die innere Problematik der säkularisierten Verschuldensscheidung und der Übergang zum Zerrüttungsprinzip.* — Mit Recht ist die Scheidungsregelung des BGB in ihrer Auswirkung als « Verschuldensscheidung » eingeordnet worden ([112]). Diese Form der bürgerlichrechtlichen Verschuldensscheidung enthielt aber gegenüber dem protestantisch-kirchlichen Recht nicht nur eine Einengung durch die Festlegung auf die strenge Richtung, sondern bei genauerem Hinsehen auch interne Verschiebungen innerhalb der Tatbestände und gewichtige funktionale Veränderungen durch die völlige Herauslösung aus dem geistlich-kirchlichen Kontext und Überführung in eine gleichheitlich-rechtsstaatliche Ordnung. Es ist dies ein Säkularisierungsvorgang eigener Ausprägung, indem der weltliche Staat kirchlich bestimmte Formen übernimmt, aber das alte Umfeld und auch die genauen Inhalte nicht mitzuübernehmen vermag, diese nun vielmehr ein säkulares Eigenleben beginnen. Auch von kirchlicher Seite wird dieser neue, andersartige Charakter aber oft lange nicht erkannt, die Regelungen vielmehr als « eigene » verteidigt.

Zunächst ist festzustellen, daß das Verschuldensprinzip in der Ausprägung des BGB keineswegs originär protestantisch ist, sondern eine Verbindung der protestantischen « Notordnung » mit der modern-subjektivistischen Eheauffassung darstellt. Das Scheidungsrecht der Reformation suchte nach schriftgemäßen Scheidungsgründen und fand den Ehebruch, erweiterte ihn um die Desertion und ihr ähnliche Fälle. Das waren aber zunächst einfache, objektive Tatbestände, die eine eindeutige Abwendung vom Ehepartner betrafen. Diese klare äußere Abwendung meinte die Qualifikation als Verschulden. Dieser Schuldvorwurf hatte aber seine eigentliche Begründung im Bruch der von Gott gestifteten Ordnung der Ehe, auch in dem mangelnden Zutrauen auf die Kraft der Versöhnung, bedeutete also Schuld mehr im theologischen als in juristischem Sinne. Gerade aus der Unvermeidbarkeit von Schuld und der Sünde in dieser Welt vermochte der

([112]) P. MIKAT, *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip*, FN 21, S. 502 f; J. GERNHUBER, *a.a.O.*, § 3, S. 28 und § 24 III, S. 265 ff.; beide mit Hinweis auf die Verbindungen zwischen Verschuldens- und Zerrüttungsprinzip.

Protestantismus aber die Ehescheidung theologisch zu begründen. Aus diesem theologischen Kontext folgerte man, daß der für den Bruch der Ehe « schuldige » Teil Buße zu leisten habe. Darum wurde ihm die Wiederverheiratung versagt; er befand sich in einem ihm zwangsweise auferlegten status poenitentiae. Die befaßten Stellen: Pfarrer, Konsistorien, Fakultäten, Landesherren - waren sich dieses religiösen Kontextes bewußt und kannten dementsprechend Berücksichtigung seelsorgerlicher Gesichtspunkte, milder Praxis neben strenger Theorie, Scheidung bzw. Heiratserlaubnis bei offenkundiger Zerrüttung oder nach Reue und erfolgter Buße; dem diente gerade auch die Ehescheidung kraft landesherrlicher Gnade. Dieses Verfahren stellte eine legitimierbare Vermittlung zwischen Heiligkeit und Schutz der Ehe als Institution einerseits und andererseits Gesichtspunkten individueller Seelsorge und diesseitiger Fürsorge für den Menschen dar. Das Verschulden war geknüpft an juristisch klar feststellbare objektive Verstöße gegen Ehepflichten und eingebunden in den religiösen Begriff von Schuld, Sünde, Buße. Die scheidungsoffenere Regelung des ALR wurde seinerzeit noch sehr klar als Ausgleich für die im älteren kirchenrechtlichen Verfahren vorhandenen Billigkeits- und Gnadenwege verstanden ([112a]). Gerade diese Tatbestände des ALR schaffte das BGB aber ab. Der Verschuldensbegriff war nun endgültig in den Kontext des säkularen Rechts gestellt. Der Rückgriff auf den ursprünglichen Kontext von Buße, Umkehr, Gnade, seelsorgerlicher Erwägung war damit abgeschnitten, an seine Stelle rechtsstaatliche Gleichheit im Rahmen des Prozeßverfahrens getreten.

Eine andere Veränderung war im Gefüge des Verhältnisses von Ehescheidungstatbestand und Verschulden eingetreten. Neben den die älteren objektiven Tatbestände aufnehmenden « absoluten » Scheidungsgründen wurde der Verschuldensbegriff nun auch auf den « relativen » Scheidungsgrund der schweren ehelichen Pflichtverletzung bezogen, eine Generalklausel also, die noch mit dem weiteren subjektiven Merkmal der Unzumutbarkeit für den verletzten Ehepartner verknüpft war (§ 1568 BGB). Die-

([112a]) Chr. MEURER, *Das landesherrliche Ehescheidungsrecht*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 6 (1891), S. 1 - 84 (30 ff).

ser relative Scheidungsgrund war theoretisch wie praktisch der eigentliche Scheidungstatbestand des BGB; er zeigt, daß das BGB stillschweigend von der älteren, objektiv-überpersönlichen Ehekonzeption zu dem modern-subjektiven Ehemodell übergegangen war. Die Feststellung der schuldhaften Verletzung ehelicher Pflichten in diesem Sinne aber mußte das Gericht häufig tief in die Erforschung des sexuellen und seelischen Intimbereichs hineinführen. Doppelt schwerwiegend wurde die Schuldfeststellung dann dadurch, daß von ihr nicht nur die Scheidungsmöglichkeit sowie die zunächst bedeutende gesellschaftliche Wirkung eines solchen Schuldspruchs, sondern auch die Unterhaltsregelung und weitgehend das Sorgerecht für die Kinder abhing.

Es ist nicht verwunderlich, daß sich Gerichte wie Parteien einer solchen überfrachteten gesetzlichen Zumutung entzogen ([113]). Die Gerichte stellten es entweder auf greifbare Pflichtverletzungen ab, wobei auch kleinere sexuelle « Treulosigkeiten » unangemessen aufgewertet wurden, oder ließen es bei recht pauschalen und letztlich unbeweisbaren Behauptungen seelischer Abwendung (« Lieblosigkeit ») bewenden. Eine ähnliche Tendenz zu einer Aufwertung des Sexuellen über das Maß, das ihm nach dem sittlichen Bewußtsein der Zeit zukam, zeigte sich bei der Verwirkung der Scheidungsgründe: Verzeihung, eine christliche Forderung an die Eheleute, wurde aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung ([114]) für alle Verfehlungen vor dem letzten geschlechtlichen Verkehr fingiert und in eher ritueller Weise in jedem Eheprozeß festgestellt. - Ein leerlaufender Restbestand der alten Ordnung zeigte sich auch beim Ehebruch ([115]): er bleibt strafbar, wenn auch

---

([113]) Eine umfassende Dokumentation des Diskussionsstandes und der Beanstandungen gegenüber der gesetzlichen Regelung bieten die Gutachten von H. MAIER-REIMER und A. LÜDERITZ für den *48. Deutschen Juristentag*, 1970, Bd. 2. Die Diskussion und Abstimmung dieses Juristentages stellte die breite Kritik an der bisherigen Rechtslage noch drastischer heraus. Vgl. auch G. DILCHER, *Der Deutsche Juristentag 1960-1980*, München 1980, S. 81 ff.

([114]) Vgl. bspw. Reichsgericht in Deutsches Recht 1943, S. 150 f (151); so noch der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 8. 3. 1957 (BGH in Lindenmaier-Möhring Nr. 3 zu § 49 EheG a.F.).

([115]) Strafbarkeit nach § 172 StGB a. F.; Dispens des LG- bzw. OLG-Präsidenten bis zum FamRÄndG von 1961 nach der 1. DVO zum EheG von 1938.

antragsgebunden und mit geringer Sanktion; an ihn knüpfte sich ein durch Dispens des Oberlandesgerichtspräsidenten aufhebbares Verheiratungsverbot für die Ehebruchspartner; der OLG-Präsident stellt hier unverkennbar als Instanz der Gnade und des Dispenses eine säkularisierte, auch rangmäßig herabgestufte geistliche Obrigkeit dar. Diese Sanktion des Ehebruchs, ein kümmerlicher Restbestand der archaischen patriarchalischen Besitzordnung und der christlich-ständischen Sittenpolizei, wurde zum wenig benutzten Mittel rachsüchtiger betrogener Ehepartner. - Der « normale » Ehescheidungsprozeß nach dem BGB aber lief so ab, daß die scheidungswilligen Ehepartner, durch ihre Anwälte beraten, dem Gericht die Scheidungsgründe so präsentierten, daß sich Scheidung und Schuldausspruch in gewünschter Weise ergaben, einschließlich der Scheidungsfolgen für Unterhalt und Kinder. In der Regel nahm der Mann, von dem in den meisten Fällen der Trennungswunsch ausging, der aber dann prozeßtechnisch die Rolle des Beklagten übernehmen mußte, die « Schuld » mit der Konsequenz einer für die Frau akzeptablen Unterhalts- und Sorgerechtsregelung auf sich. Hinter der vom Gesetz aufgerichteten Fassade einer strengen Verschuldensscheidung blühte somit unter voller Duldung der Gerichte die Praxis der Konventionalscheidung. Die Fassade wurde aber von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gepflegt und gegenüber der teilweisen Einführung des Zerrüttungsprinzips, wie sie das nationalsozialistische Ehegesetz von 1938 brachte und das Kontrollratsgesetz von 1946 aufrechterhielt, restauriert. Unter Rückgriff auf christlich-naturrechtliche Gedanken arbeitete der Bundesgerichtshof nämlich die ursprünglichen Strukturen der Scheidungsrestriktion durch die Verschuldensscheidung scharf heraus ([116]). Die Möglichkeit der Zerrüttungsscheidung wurde dadurch fast ausgeschlossen, eine Konsequenz, die der Gesetzgeber 1962 übernahm. - Das kennzeichnet aber nicht die Rechtswirklichkeit. Die Mehrzahl der Fälle blieb ja bei den überwiegend scheidungsfreundlichen Unterinstanzen, so daß die höchstrichterliche Rechtsprechung an wenigen, besonders unglücklichen, verfahrenen und hoffnungslos

([116]) Vgl. vor allem BGHZ 11, Anhang S. 34 ff (65) wie auch BGHZ 18, S. 13 ff (17).

verstrittenen Fällen exekutiert wurde. Freilich ging von dieser höchstrichterlichen strengen Scheidungsrechtsprechung ein letztlich wohltätiger Zwang auf die scheidungswilligen Partner aus, vor oder während des Prozesses vor dem Untergericht mit anwaltlicher Hilfe eine Einigung untereinander über die Scheidungsfolgen und deshalb über die Schuldfrage zu treffen: ein Zwang also, sich der Verantwortung für die sozialen Folgen der gescheiterten Ehe zu stellen und einen Regelungsvorschlag dem Gericht zu unterbreiten. Gerichtsübung und Parteiverhalten hatten so aus dem im Ansatz verfehlten Modell der säkularisierten Verschuldensscheidung eine einigermaßen erträglich funktionierende Praxis gemacht. Es ist überraschend, daß hier wieder das Verhältnis strenger Theorie, Hochhalten der Institution einerseits, milder Praxis für die Mehrzahl der Fälle andererseits wiederkehrt, das wir schon im protestantischen Eherecht beobachten konnten.

Weder das Prinzip der Verschuldensscheidung noch strenge höchstrichterliche Rechtsprechung vermochten darum einen nennenswerten feststellbaren Einfluß auf die Entwicklung der Scheidungszahlen zu nehmen ([117]). Über die Schwellen aller Gesetzesänderungen hinweg steht ein langsames, aber stetiges Wachsen der Scheidungszahlen, mit wellenförmigen An- und Abstiegen infolge von Kriegs- und Nachkriegszeiten, Zeiten gesellschaftlicher Veränderungen bzw. Konsolidierungen. Innerhalb dessen lassen sich aber auch bis heute die Relevanz der Konfessionszugehörigkeit (weniger Scheidungen bei Katholiken), wohl auch die größere Scheidungshäufigkeit bei Lockerung der kirchlichen Bindung generell feststellen. Das Modell der « säkularisierten Verschuldensscheidung » hat bei all dieser inneren Problematik und aller gegen sie schon früh gerichteten Kritik das deutsche bürgerliche Recht bis zu den Reformen der 70er Jahre ([118]), also für ein Dreivierteljahrhundert beherrscht. Dann aber brach es fast wie ein Kartenhaus zusammen, weil eigentlich keine poli-

---

([117]) Hier ist wiederum auf die Studie von WOLF, Lüke und Hax zu verweisen. Vgl. auch die kurz zusammenfassende Analyse bei GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, *a.a.O.*, § 24 IV, S. 268 ff.

([118]) Erstes Eherechtsänderungsgesetz von 1977, jetzt §§ 1564 ff. BGB.

tisch oder weltanschaulich bedeutsame Kraft mehr es zu stützen bereit war. Der Anstoß zur Rechtsänderung ging sicher von den neo-aufklärerischen, teils mehr radikalliberalen, teils mehr sozialistischen Reformkräften aus, die sich seit dem Auslaufen der Nachkriegsära Mitte der 60er Jahre in der Bundesrepublik in vielen Bereichen regten und die innerhalb der sozialliberalen Koalition ein gewisses Wirkungsfeld erhielten. Die von dieser Koalition vorangetriebene, aber keineswegs allein von ihr getragene Ehescheidungsreform brachte dann bekanntlich den völligen Abschied vom Verschuldensprinzip und die Einführung einer Scheidung nach dem Zerrüttungsprinzip aufgrund der Kombination objektivierter Kriterien, vor allem von Zeitablauf einerseits, übereinstimmendem bzw. einseitigem Scheidungswunsch andererseits, schließlich die zwingende Verknüpfung der Regelung der Scheidungsfolgen mit der Ehescheidung selbst. Die Neuregelung scheint auf den ersten Blick den Sieg des aufklärerischen Selbstbestimmungsrechts zu bedeuten, verbunden mit und gemildert durch den staatlichen Schutz der Institution Ehe und den Rechtsschutz für den schwächeren Partner und die Kinder durch die Folgenregelung, auch durch die eingebauten Härteklauseln; eine Bestätigung für die Sachgerechtigkeit der drei von Savigny aus der « Natur der Ehe » entwickelten Regelungskriterien, die hier lediglich in neuer, modernerer Gewichtung und Abwägung zusammengefügt sind: individuelle Freiheit, Rechtsschutz, Schutz der Institution.

Die Neuregelung in Deutschland liegt aber nicht nur auf der Linie der Entwicklung in den meisten modernen Staaten, sie wurde vielmehr auch von den Kirchen bejaht ([119]). Die Mängel des bisherigen Ehescheidungsrechts wurden als so offenkundig und schwerwiegend empfunden, daß die Kirchen den Abschied nicht nur von den alten, noch kirchenrechtlich beeinflußten Schei-

---

([119]) *Zur Reform des Ehescheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Denkschrift der Familienrechtskommission der Evangelischen Kirche in Deutschland,* Bonn 1970. *Erwägungen zur Reform des zivilen Scheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland,* hg. v. Kommissariat der deutschen Bischöfe, Bonn 1970, sowie weitere Stellungnahmen kirchlicher Verbände und den Kirchen nahestehender Autoren.

dungstatbeständen, sondern auch die Scheidbarkeit jeder Ehe auf Wunsch nur eines Partners als staatliches Recht akzeptierten. Gewisse letzte Vorbehalte vor allem der katholischen Seite blieben hier bestehen, denen durch das gesetzliche Bekenntnis zur lebenslängliche Ehe in § 1353 BGB äußerlich Rechnung getragen worden war. Diese grundsätzliche Anlage der Ehe auf Lebenszeit ist im Gesetz als Zugeständnis an die christliche Eheauffassung ausdrücklich niedergelegt, wird aber in den Scheidungstatbeständen nicht unter staatlichen Rechtszwang gestellt: vielmehr herrscht letztlich das Selbstbestimmungsrecht auch nur eines Partners, der die Ehe beenden will, allerdings mit der Schwelle zeitlicher Fristen des Getrenntlebens und der erheblichen rechtlichen Folgeverantwortung für Unterhalt, Altersversorgung und für die Kinder. Diese soziale Verantwortlichkeit wird vom Staat im Scheidungsverfahren konsequenter als zuvor überwacht und erzwungen.

Das neue bundesdeutsche Ehescheidungsrecht enthält also Schwellen und Appelle zugunsten der Konzeption der lebenslänglichen unverbrüchlichen Ehe, erzwingt diese aber nicht (oder nicht auf Dauer) gegenüber einem zur Scheidung entschlossenen Ehepartner. Wohl aber hält es ihn in besonderer, weit über die Pflichten aus sonstigen Verträgen hinausgehender Weise an der sozialen Verantwortung für die Ehe fest. Dem Rückzug des Staates aus dem Intimbereich der Ehe bei der Normierung der Scheidungsgründe zugunsten äußerlicher, objektivierter Kriterien entspricht die Reduktion der Folgenverantwortung für den Partner vor allem auf die wirtschaftliche Seite, während die persönlich-seelische Verantwortung allenfalls im Rahmen der Härteklausel einen letzten schmalen Platz bewahrt hat. Bei der Zuordnung der Kinder ist dagegen ein Eingehen auch auf seelische Beziehungen nicht zu vermeiden. Es ist aber gelöst von der Beurteilung des Scheiterns der Ehe und an den Ausfüllungsbedürftigen Begriff des Kindeswohles geknüpft.

Die neue Regelung erweist sich als die eines modern-säkularen Staates. Er verlangt und erzwingt ein bestimmtes Maß an äußerer Ordnung und sozialer Verantwortung; in diesem Bereich fußt er auf den historischen christlich-kirchlichen europäischen Traditionen. Er vermittelt und erzwingt aber keine stittlichen Werte

für die Ehe ([120]). Er rechnet allerdings damit, daß die Ehe von traditionellen sittlichen Anschauungen, die innerhalb der Gesellschaft weiterleben, getragen wird ([121]). Insoweit — und nur insoweit — hat der Grundsatz Geltung: Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen (§ 1353 Ab. 1 S. 1 BGB). Dieser Grundsatz wird heute noch von Überzeugungen und auch der Ehewirklichkeit eines überwiegenden Teiles des Volkes getragen, mit dem Vorbehalt allerdings, nicht letztlich darauf verpflichtet zu sein. Die Sittlichkeit des Volkes, verstanden als Verbindung von ethischen Überzeugungen und Lebenspraxis, könnte sich durchaus auch unter der Normendecke des geltenden Rechts zum Gegenbild einer Ehe auf Kündigung hin entwickeln. ohne daß das Recht hier eine wirksame Schranke bilden würde. Unter dem Aspekt « Rechtsstaat », der das Ehescheidungsverfahren trägt, wird also die Institution der Ehe im Sinne der christlichen Tradition als zugrundeliegender Inhalt nicht mehr geschützt. Allerdings wirken die Hemmschwellen des Gesetzes (Fristen, Folgeverantwortung) in Verbindung mit sozialstaatlichen Aspekten (Begünstigung von Ehe und Familie im Steuerrecht etc. etc.), vielleicht auch zunehmend fürsorgenden Maßnahmen (Eheberatung) in Richtung einer Stabilisierung der Ehe, die von auflösenden Tendenzen zunehmend bedroht wird.

Mit dieser Entwicklung im Rechtsbereich sind Grundthemen der abendländisch-christlichen Ehelehren zu ganz neuer Aktualität aufgerufen. Was bedeutet das « Wesen » der Ehe und die dahinterstehende « Natur » des Menschen in seiner Geschlechtlichkeit als Mann und Frau, in der auch rechtlich zu ordnenden Beziehung der Geschlechter, der Erzeugung und Erziehung der Kinder? Welches Maß von Dauerbindung, von Erwartungsfestigkeit bedarf der Einzelne und auch eine Gesellschaft im Bereich dieser engsten persönlichen Beziehung und für den Intimraum der Sozialisation der Kinder?

Wieweit darf sich andererseits die christliche Botschaft, auch soweit sie nicht den Glauben, sondern sozialethische Haltungen

---

([120]) Vgl. dazu P. JÄGGI, *Das verweltlichte Eherecht*, Freiburg-Schweiz 1955.

([121]) Vgl. zu diesem Standpunkt auch die Zusammenfassung der « Grundwertediskussion », in *Grundwerte in Staat und Gesellschaft*, hg. v. G. Gorschenek, München 1977.

betrifft, auf den Zwang des Rechtes stützen? Parallelen zur Situation der Kirche des ersten Jahrtausends, in der die christlichen Gemeinden ihre strengere Eheethik — aber nicht ein kirchliches Eherecht — gegen zerfallende Institutionen der antiken Gesellschaft wie die der aufsteigenden germanischen Welt setzten, wären zu überdenken.

Eine Bilanz der Säkularisation des Eherechts darf auch jene Bestände der christlichen Tradition, die unbezweifelt in den modern-säkular verfaßten Staaten der europäisch beeinflußten Weltgesellschaft fortbestehen, nicht vergessen: Die Monogamie; die Ehe als umfassende personale Beziehung grundsätzlich gleichberechtigter Partner; die öffentliche, staatliche Verantwortung für die Ordnung der Ehe. - Die Bilanz darf ebensowenig Fortschritte zu vielleicht originär christlichen, in der historischen Tradition durch Anpassung an bestehende Verhältnisse schon früh verschütteten, durch Aufklärung und Moderne aber neu belebten Werten vergessen: Die Zugänglichkeit zu der Institution Ehe für alle Bevölkerungskreise ohne personenrechtliche, ständische und wirtschaftliche Restriktionen; die erweiterten und vertieften Möglichkeiten der personalen Beziehung, teilweise erst erschlossen durch die Emanzipation der Frau; schließich der Gedanke, daß, wenn die Ehe wie alle äußere Ordnung um des Menschen willen da ist, nicht nur die Institution, sondern auch das Scheitern des Menschen an ihr rechtliche Berücksichtigung verlangt, somit die Möglichkeit eines verantwortlichen Neubeginns.

Von der Seite des Säkulum, eines auf religiös fundierte Werte verzichtenden, innerweltlichen Standpunktes sieht die Bilanz etwa folgendermaßen aus: Offensichtlich können Pluralismus und Liberalismus als Grundlagen unserer Verfassung ebensowenig wie empirische sozial- und humanwissenschaftliche Untersuchungen eine inhaltliche bestimmte Ehe- und Scheidungsgesetzgebung begründen. Nach dem über zwei Jahrhunderte sich erstreckenden Abbau der historisch-traditionalen, christlich begründeten Eheordnung schwankt der Richtungszeiger wie zur Zeit Friedrichs des Großen zwischen eher faciler und eher difficiler Scheidung. Im Kern bestehen noch immer stabilisierende Bestände der Tradition, die sich aber möglicherweise schnell auflösen können. Es

besteht jedenfalls Konsens darüber, daß dem Freiheitsrecht des Einzelnen eine größere Bedeutung als in der alten Ordnung einzuräumen ist und der Staat nicht anläßlich der Scheidung in den meist unaufhellbaren Intimbereich der Eheleute einzudringen hat. - Die Ergebnisse des Experimentierens mit neuen Formen der Bindung von Mann und Frau zeigen immerhin so viel, daß die Kirchen bei ihrer jahrhundertelangen Stützung der Stabilität der Ehen einem für die Partner wie die Kinder bedeutsamen Wert gedient haben, ohne daß sich eine historische Gegenbilanz, die das Leiden an dieser Regelung zusammenfaßt, ohne weiteres aufmachen ließe.

HELMUT COING
Università di Frankfurt a. M.

DIE AUSEINANDERSETZUNG UM KIRCHLICHES UND STAATLICHES EHERECHT IM DEUTSCHLAND DES 19. JAHRHUNDERTS

Das Thema der Säkularisierung des Eherechts umschließt drei Fragenkreise:

1. Sind kirchliche oder staatliche Stellen für den Eheschluß zuständig?
   Dies ist das Problem der *Zivilehe.*

2. Sind kirchliche oder staatliche Gerichte für Ehesachen (causae matrimoniales) zuständig?
   Hier geht es vor allem um die Gerichtsbarkeit in Fragen der Nichtigkeit von Ehen oder ihrer Scheidung.

3. Gelten als materielles Eherecht kirchliche oder staatliche Normen?
   Mit der letzten Frage ist die weitere eng verknüpft: Wenn ein staatliches Eherecht existiert, sind dessen Normen von kirchlich-christlichen Gesichtspunkten oder von anderen Gesichtspunkten bestimmt?

I.

1. Alle diese Fragen sind in Deutschland noch im 19. Jahrhundert sehr umstritten gewesen und politisch wie wissenschaftlich lebhaft diskutiert worden. Einen — aus der Sicht unserer Zeit allerdings vorläufigen — Abschluß brachte am Ende des Jahrhunderts die deutsche Kodifikation, das Bürgerliche Gesetzbuch, welches 1900 in Kraft trat. Die Begründung, welche der Ver-

fasser des Familienrechts des BGB seinem Entwurf beifügte, trägt noch deutlich die Spuren dieser Auseinandersetzungen und der tatsächlichen Schwierigkeiten, die sich im 19. Jahrhundert gezeigt hatten. Es ist bemerkenswert, daß er seiner Begründung eine Einleitung voranstellt, die vor allem die Rechtfertigung nicht nur der Zivilehe als Abschlußform, sondern einer staatlichen Gesetzgebung auf dem Gebiet des Eherechts überhaupt und seiner Durchsetzung durch staatliche Gerichte zum Inhalt hat. Einen französischen Juristen dieser Zeit, das heißt der 70er und 80er Jahre des 19. Jahrhunderts, würde dies wahrscheinlich sehr überrascht haben.

2. Zum Verständnis der Bedeutung dieser Ausführungen des Redaktors sind einige Bemerkungen zu der Methode notwendig, welche bei der Ausarbeitung der deutschen Kodifikation befolgt worden ist.

Nach der Verfassung von 1871 war das Deutsche Reich ein Bundesstaat. Die Regierungsgewalt lag bei den sogenannten verbündeten Regierungen, das heißt den Regierungen der deutschen Einzelstaaten, welche durch den Bündnisvertrag von 1871 das Deutsche Reich anstelle des vorher existierenden Deutschen Bundes geschaffen hatten.

Bei diesen « verbündeten Regierungen », genauer gesagt, bei dem Verfassungsorgan, in dem sie vertreten waren, dem Bundesrat, lag auch die Leitung der Kodifikationsarbeiten, nachdem das Parlament die Regierungen um die Ausarbeitung eines Entwurfes ersucht hatte. Diese Zuständigkeit führte dazu, daß bei der Ausarbeitung des künftigen Gesetzes förderalistische Gesichtspunkte eine erhebliche Rolle spielten. Die von den Regierungen berufene Kommission setzte sich aus Juristen verschiedener Bundesstaaten zusammen, aber auch die Arbeit im einzelnen war noch nach solchen Gesichtspunkten verteilt. Insbesondere die bayerische Regierung hatte auf dieser Arbeitsweise bestanden, um zu vermeiden, daß etwa ein preußischer Entwurf den Beratungen zugrundegelegt wurde (1).

(1) Es war im Deutschen Bund, dem staatsrechtlichen Vorgänger des Deutschen Reiches, üblich gewesen, daß die beiden Vormächte, damals Österreich und

Dementsprechend beschränkte sich die Gesetzeskommission zunächst darauf, einige grundsätzliche Fragen zu entscheiden. Im übrigen wurde der gesamte Stoff in fünf Teile zerlegt, die im wesentlichen den späteren Büchern der fertigen Kodifikation entsprachen, und für jedes einzelne Buch wurde ein Mitglied als Redaktor bestellt. Die Redaktoren wurden aus den wichtigsten Bundesstaaten genommen. So bearbeitete zum Beispiel ein bayerischer Jurist das Erbrecht, ein badischer Ministerialrat den Allgemeinen Teil. Im internationalen Privatrecht hat ein Entwurf aus den Hansestädten, insbesondere aus Hamburg, eine besondere Rolle gespielt. Diese Redaktoren legten der Kommission dann einen fertigen Entwurf mit ausführlicher Begründung vor. Ihre Ausarbeitungen, die nur in sehr wenigen Stücken gedruckt worden sind, bilden eine der wichtigsten Quellen für das Verständnis der rechtspolitischen Entscheidungen, auf denen die deutsche Kodifikation beruht.

Der Redaktor des hier in Betracht kommenden Familienrechts war der Richter Gottlieb Planck (2). Planck war zu Zeit seiner Bestellung als Redaktor preußischer Richter. Seiner Herkunft nach war er aber ein Hannoveraner und hatte bis zur Annektion des Königreichs Hannover durch Preußen 1866 seine Karriere in der Hannoverschen Justiz gemacht. Diese bedeutete, daß seine juristische « Heimat » das gemeine römische Recht war; dieses hatte im Hannoverschen noch volle Geltung. Politisch gehörte er zu den Liberalen und damit zu einer Gruppe, welche trotz der Annektion des Landes bereit war, mit der preußischen Regierung zusammenzuarbeiten, weil sie in Opposition zu der Regierung der letzten hannoverschen Könige gestanden hatten. Planck selber hatte, weil er von seiner richterlichen Unabhängigkeit Gebrauch gemacht hatte, schwerwiegende Disziplinarmaßnahmen hinnehmen müssen.

Die Redaktoren arbeiteten übrigens vollkommen frei, im Grunde genommen wie Wissenschaftler. Sie waren von allen

---

Preußen, Entwürfe vorlegten, so zum Beispiel bei der bedeutendsten Kodifikation dieser Zeit, dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861.

(2) Er ist später durch einen vorzüglichen Kommentar zur fertigen Kodifikation bekannt geworden, hat übrigens die Kodifikation auch bei den Verhandlungen im Parlament 1896 vertreten.

sonstigen Amtsgeschäften entbunden und erhielten außer den Grundsatzbeschlüssen der Kommission auch keinerlei Einzelweisungen.

3. Mit welchen Gründen hat nun Planck seinen Vorschlag, ein vollständiges staatliches Eherecht zu schaffen, gerechtfertigt? Den Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet eine Betrachtung über die Natur der Ehe.

« Die Ehe, als die auf der Verschiedenheit der Geschlechter beruhende Vereinigung von Mann und Weib zur innigsten und vollständigen Gemeinschaft aller Verhältnisse des Lebens, hat ihrem Begriffe nach eine natürliche, sittliche und rechtliche Seite. Vermöge ihrer sittlichen Seite steht sie zugleich mit der Religion als dem reinsten Ausdruck des Sittengesetzes, nothwendig in engem Zusammenhange. Da die Ehe aus der Liebe hervorgehen und von der Liebe durchdrungen sein soll, so ist dieselbe ein vorwiegend sittliches Verhältnis, welches seinen inneren Gehalt aus der sittlichen Natur der Ehe schöpft und insoweit von dem Rechte nicht erfaßt und gestaltet werden kann. Dagegen ist es im Hinblick auf die äußeren Beziehungen, welche durch die Ehe zwischen den Ehegatten selbst, zwischen ihnen und den in der Ehe erzeugten Kindern, sowie im Verhältnisse zu Dritten hervorgerufen werden, Aufgabe des Rechts, diese Beziehungen in einer dem inneren Wesen der Ehe entsprechenden Gestalt zu ordnen. Damit ist zugleich die Nothwendigkeit gegeben, die Bedingungen festzustellen, unter denen ein Verhältnis rechtlich als Ehe anzusehen ist ».

Schon diese Betrachtung, die sich übrigens im wesentlichen an Savignys Ausführungen über die Ehe in dessen System des heutigen römischen Rechts sowie in seiner Denkschrift von 1844 (3) anschließt, muß im Zusammenhang unseres Themas gesehen werden, denn sie enthält eine deutliche Beschränkung der Aufgabe des Rechts; dieses soll nur die äußeren Beziehungen regeln. Das bedeutet negativ, daß ein staatliches Eherecht keinen Eingriff in die sittlich-religiöse Sphäre der Ehe bedeuten würde. Es war

(3) Später noch einmal veröffentlicht in Vermischte Schriften 5, Berlin 1850, S. 222 ff.

mit dieser Beschreibung impliziert, daß der Staat ja nur die äußere Seite regeln wolle und könne, ohne jedoch das Gewissen und das sittliche Empfinden zu verletzen (4).

Nach dieser vorsichtigen Umgrenzung der gestellten Aufgabe gibt Planck dann zunächst einen Überblick über die Entwicklung und den gegenwärtigen Stand der staatlichen Gesetzgebung im Bereich der Ehe. Dabei wird zugleich das Problem der Zivilehe berührt, die im Jahre 1875 reichsgesetzlich eingeführt worden war. Danach kehrt er jedoch zu seinem Hauptthema zurück und führt als Programm der eigenen Arbeit folgendes aus:

« Der Entwurf erachtet es als seine Aufgabe, diesen Gedanken auf dem ganzen Gebiete der Ehegesetzgebung, soweit solche dem Privatrechte angehört, zur Durchführung zu bringen. Er geht davon aus, daß die Frage, ob das Eherecht als ein konfessionell gesondertes zu gestalten oder einheitlich für alle Angehörigen des Reichs zu regeln sei, durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 als entschieden zu betrachten ist. Wie bereits im Eingange hervorgehoben wurde, hat die Ehe nicht nur eine natürliche, sittliche und religiöse, sondern auch eine rechtliche Seite und ist insoweit Rechtsverhältnis. Als Grundlage der Familie und damit des Staats steht sie zu dem letzten in naher Beziehung und bildet einen Bestandteil des Familienrechts und damit des Privatrechts. Ist dies aber der Fall, so ist es vermöge der Selbständigkeit und der Bestimmung des Staats nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht desselben, auf dem Gebiete der bürgerlichen Rechtsordnung die Bedingungen für die Eingehung der Ehe und deren Wiederaufhebung festzusetzen. Diese Regelung kann aber vom Standpunkte des Staats, namentlich eines paritätischen Staats aus, dessen Gesetzgebung auf dem Prinzip der Gewissensfreiheit beruht, ferner im Interesse der Rechtseinheit und zur

(4) Übrigens hat bei Savigny seine Darlegung nicht diesen Unterton. Savignys Frage war vielmehr gewesen, welche Gesichtspunkte der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Ehe zu beachten habe. Er beantwortete diese Frage durch einen Hinweis auf drei Elemente: den Rechtsschutz gegen Verletzung, die Freiheit des einzelnen Gatten und die sittliche Würde der Ehe als Institution. Die Frage der Zuständigkeit des Staates, Normen im Bereich des Eherechts zu setzen, berührt er nur im Vorübergehen. Er hielt sie angesichts der verschiedenen Konfessionen der preußischen Bürger für selbstverständlich. Vgl. Seite 252.

Vermeidung der sonst bei gemischten Ehen entstehenden Schwierigkeiten und Kollisionen nicht nach konfessioneller Sonderung, sondern nur einheitlich für alle Angehörigen des Staats ohne Unterschied der Konfession erfolgen ». (Vgl. auch v. Scheurl, Sammlung kirchenrechtlicher Abhandlungen, S. 572 ff., v. Savigny, Vermischte Schriften, Bd. 5 S. 252 ff.).

Die entscheidenden Gründe für eine staatliche Regelung der Ehe sind für Planck also:

> die Gewissensfreiheit, auf der die Gesetzgebung eines « paritätischen » Staates beruht;
>
> die Notwendigkeit der Rechtseinheit,
> und insbesondere
>
> die Vermeidung der Schwierigkeiten, welche bei den konfessionell gemischten Ehen aufgetreten waren.

Ist aus diesen Gründen ein eigenständiges staatliches Eherecht notwendig, so soll das nach Plancks Meinung doch nicht heißen, daß die Ehegesetzgebung nunmehr von den Gedanken des Christentums gelöst werden sollte. Denn auch das staatliche Eherecht soll sich nach Plancks Auffassung inhaltlich nach den christlichen Gedanken über die Ehe richten.

« Wenn der Entwurf hiernach von dem Prinzip einer einheitlichen staatlichen Ehegesetzgebung ausgeht und auf diesem Gebiete die Loslösung des Staates von der Kirche verwirklicht, so kann ihm doch nicht der Vorwurf einer Entchristlichung des Eherechts gemacht werden. Der vom Entwurfe eingeschlagene Weg hat nur die Folge, daß bei der Regelung des Eherechts nicht die besonderen Dogmen der einen oder anderen Konfessionen zu Grunde gelegt werden können.

Dagegen hält der Entwurf mit Rücksicht auf das sittliche Wesen der Ehe und weil die dem Christentum zu Grunde liegenden sittlichen Anschauungen in Deutschland dem sittlichen Gesamtbewußtsein des Volkes entsprechen, daran fest, daß auf dieser Grundlage das einheitliche staatliche Eherecht aufzubauen ist. Aufgabe der staatlichen Ehegesetzgebung ist es, daß auch das äußere Dasein der Ehe sich, soweit dies mit den realen Verhält-

nissen und Bedürfnissen des Lebens vereinbar ist, in einer jenem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Weise gestalte. Aus dieser Auffassung ergibt sich weiter von selbst, daß die Bestimmungen des Eherechts dem öffentlichen Rechte insofern angehören, als sie, soweit das Gesetz keine Ausnahmen zuläßt, der Disposition der Betheiligten entzogen sind. Die Ehe kommt zwar durch ein Rechtsgeschäft, durch Vertrag zu Stande, im übrigen aber ist ihr Inhalt, soweit derselbe überhaupt der Regelung durch das Recht anheimfällt und das Gesetz keine Ausnahmen macht, nicht minder die Aufhebung von der Willkür der Eheschließung unabhängig. Die Ehe selbst ist kein Vertrags-, sondern ein durch Vertrag begründetes Zustandsverhältnis, welches seinen Inhalt durch die über dem Willen der Ehegatten stehende Rechts- und Sittenordnung empfängt und der Privatdisposition nur in beschränkten Umfang Raum läßt ».

Der gleiche Gedanke wird später bei der Behandlung des Problems der Ehescheidung noch einmal aufgegriffen. Auch hier wird noch einmal die individualistische Auffassung der Ehe, welche der institutionellen gegenübergestellt wird, ausdrücklich abgelehnt (5). Plancks Auffassung läßt sich also in gewisser Hinsicht als ein Kompromiß begreifen. Zwar soll ein staatliches Eherecht geschaffen werden, das auch von staatlichen Organen (dem Standesbeamten und den ordentlichen Gerichten) durchgeführt wird, aber dieses staatliche Recht soll doch inhaltlich im wesentlichen den Ideen entsprechen, welche die christlichen Kirchen vertreten. Es ist dieser Kompromiß, mit dem Planck die Probleme, die im 19. Jahrhundert aufgetaucht waren, lösen und die Streitigkeiten, die darüber entstanden waren, beenden wollte.

Auf diese Probleme und Auseinandersetzungen soll jetzt näher eingegangen werden. Insbesondere soll dabei geprüft werden, wie weit Plancks Hinweis auf den notwendigen Schutz der Gewissensfreiheit im paritätischen Staat, die Bedeutung der Rechtseinheit und die besondere Problematik der Mischehen angesichts der Rechtszustände des 19. Jahrhunderts berechtigt gewesen sind.

---

(5) Vgl. Denkschrift II, S. 1025.

II.

Um die Situation des Eherechts im 19. Jahrhundert in Deutschland zu verstehen, ist ein kurzer Rückblick unentbehrlich.

1. Unter den größeren europäischen Ländern war Deutschland das einzige Land, in dem im 16. Jahrhundert keines der christlichen Bekenntnisse sich vollständig hatte durchsetzen können. Vielmehr war seit dem 16. Jahrhundert das Deutsche Reich ein Land, in dem mehrere christliche Bekenntnisse nebeneinander existieren mußten. Dieses Zusammenleben beruhte jedoch nicht auf dem Gedanken einer allgemeinen Toleranz und damit auf dem rechtlichen Schutz individueller Gewissensfreiheit, sondern vielmehr im wesentlichen darauf, daß staatliche Gebilde, die in sich bekenntnismäßig einheitlich waren, in denen aber verschiedene Bekenntnisse herrschten, in dem losen Gefüge des Deutschen Reiches nebeneinander standen und politisch zusammengefaßt waren. Religionsfreiheit bestand nicht eigentlich für das Individuum, sondern für die sogenannten Reichsstände, das heißt die einzelnen deutschen Territorien und Städte. Nur soweit dieser Rahmen es zuließ, gab es auch Rechte des Einzelnen auf die freie Ausübung seines Bekenntnisses.

Dieser Zustand war das Ergebnis zweier diplomatischer Akte, welche jeweils kriegerische Auseinandersetzungen zwischen den Religionsparteien in Deutschland beendeten, des Augsburger Religionsfriedens von 1555 und des Westfälischen Friedens von 1648. Der Augsburger Religionsfriede betraf nur das Verhältnis zwischen katholischen und lutherischen Ständen. Er setzte fest, daß auch in katholischen Territorien keine Ketzerprozesse gegen Lutheraner mehr durchgeführt werden sollten, jedenfalls soweit die weltliche Gewalt in Betracht kam. Im übrigen sollte der jeweilige Landesherr über das im Lande maßgebende religiöse Bekenntnis entscheiden (Jus reformandi). Es war jenes Prinzip, welches in dem Satz « cujus regio, eius religio » ausgedrückt wurde. Dem einzelnen Untertanen blieb nur das sogenannte « Beneficium emigrationis », also das Recht, unter Mitnahme seines Vermögens auszuwandern, wenn er sich dem in seiner Heimat geltenden

Bekenntnis nicht anschließen wollte. Nur in einigen Reichsstädten kam es zu einem wirklichen Zusammenleben von Bürgern verschiedener Konfessionen, so zum Beispiel in Augsburg und Frankfurt.

Der Westfälische Friede dehnte diese Regelung auf die Calvinisten aus. Das Jus reformandi wurde noch einmal bestätigt, aber in verschiedener Hinsicht in seinen Konsequenzen gemäßigt. Einmal wurden Verträge zwischen Landesherren und Ständen über das Landesbekenntnis zugelassen, die dann auch für die Nachfolger verbindlich waren. Zum anderen wurden den Angehörigen der anerkannten Konfessionen eine gewisse Tolerierung ihrer Gottesdienste zugesichert, jedenfalls soweit sie diese in dem Stichjahr 1624 ausgeübt hatten.

2. Die Folge dieser Regelung war, daß im Rahmen des Deutschen Reiches sich Staaten geschlossenen Bekenntnisses bildeten. Für das Eherecht bedeutete dies, daß für den Abschluß der Ehe wie für die Entscheidung von Ehesachen die jeweilige Staatskirche zuständig blieb und daß auch das materielle Recht in Ehesachen von dem Recht dieser Kirche bestimmt wurde. Ein Beispiel für ein katholisches Territorium bietet noch der Codex Maximilianeus Bavaricus für Bayern von 1756. Hier werden zwar im ersten Teil (Kapitel 6) Regeln für den Eheschluß und für die persönlichen Ehewirkungen gegeben. Diese richten sich aber nach den Regeln des kanonischen Rechts, wie es durch das Tridentiner Konzil festgestellt war. Es wird daher in § 41 auch keine Scheidung, sondern nur eine Trennung von Tisch und Bett zugelassen, und vor allem in § 49 ausdrücklich gesagt, daß sowohl die Trauung wie die eventuelle Scheidung vor die geistliche Obrigkeit gehört und des weiteren erklärt: « Wo im übrigen der geistlichen Obrigkeit durch obige Verordnungen an dem, was das Ecclesiasticum betrifft, keineswegs vorgegriffen sein ... solle ». Das Eherecht bleibt also sowohl materiell wie in seinem Vollzuge vollkommen den kirchlichen Instanzen vorbehalten.

In den evangelischen Ländern war die Situation dadurch modifiziert, daß die Reformatoren das Kirchenregiment der weltlichen Obrigkeit, also in der Regel den Landesherren, übertragen hatten. Diese wurden als Inhaber des Bischofsamts betrachtet.

Als solche haben sie auch das Eherecht durch entsprechende Gesetze geregelt. Diese wurden aber auf der Grundlage der Lehren der Reformatoren ausgearbeitet und, was Eheprozesse anging, von besonderen kirchlichen Behörden, den Konsistorien, gehandhabt. Ebenso galt in den protestantischen Kirchen das Prinzip, daß der Abschluß der Ehe Trauung durch den Geistlichen erforderte. Auch in den evangelischen Territorien war die Rechtslage daher nicht grundsätzlich anders als in den katholischen.

III.

In diesem Zustand waren am Anfang des 19. Jahrhunderts aber eine Reihe von wesentlichen Änderungen eingetreten.

1. Im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts hatten sich die deutschen Territorien zu absolutistischen Staatswesen entwickelt, die auf einer starken Beamtenorganisation beruhten. Sie entwickelten zum Teil auch im Zusammenhang mit den Ideen der Aufklärung eine gewisse Tendenz, den kirchlichen Einfluß zurückzudrängen. Dies führte in einzelnen Staaten, vor allen Dingen in Preußen, dazu, daß man die Gerichtsbarkeit in Ehesachen, also für Prozesse über die Nichtigkeit von Ehen und Scheidungssachen, von den kirchlichen Gerichten auf staatliche Gerichte übertrug. In Preußen geschah dies schon 1748, in anderen Ländern später, zum Beispiel Mecklenburg-Schwerin 1756, Hessen-Darmstadt 1863, Braunschweig 1814 (6).

2. Die Aufklärung führte aber auch zu einer grundsätzlich anderen Auffassung der Ehe. Sie wurde nunmehr als bürgerlich-rechtlicher Vertrag betrachtet, nicht mehr als religiös-sittliche Institution. Diese Auffassung gewann in Deutschland zum Teil Einfluß auf die staatliche Gesetzgebung. Dies gilt insbesondere für Preußen. Schon im sogenannten Codex Fridericianus, der 1749 und 1751 in bestimmten Landesteilen eingeführt wurde, machte sich diese Auffassung insbesondere im Scheidungsrecht bemerk-

(9) Vgl. MEJER, OTTO A., Lehrbuch des Deutschen Kirchenrechtes, ursprüngl. Ausgabe Göttingen 1869, Neudruck Frankfurt-Main 1965, Seite 210 Note 6.

bar. In verstärkter Form fand sie, nachdem 1782 zunächst eine andere Politik eingeleitet worden war, dann in der endgültigen preußischen Kodifikation, dem Allgemeinen Landrecht von 1794, ihren Ausdruck. Hier wurden aus der geschilderten individualistischen Auffassung der Ehe die vollen Konsequenzen gezogen. Kinderlose Ehen konnten bei Einwilligung beider Ehegatten geschieden werden. Ebenso konnte auf Antrag einer Partei eine Ehe geschieden werden, wenn eine unüberwindliche Abneigung vorhanden war (7).

3. In den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts trafen die Anschauungen aber immer stärker auf Kritik. Dies hängt mit der religiösen Renaissance zusammen, die in der Zeit der Romantik sich durchsetzte und die das geistige Leben des Vormärz, also der Zeit vor der Revolution von 1848, weitgehend bestimmte. Im Gegensatz zur Aufklärung wurden nun die religiösen Bekenntnisse und insbesondere die kirchlichen Lehren über die Ehe wieder verstanden und ernst genommen.

4. Zu diesen geistig-politischen Entwicklungen kamen im Laufe des 18. Jahrhunderts, vor allen Dingen aber Anfang des 19. Jahrhunderts, im Zusammenhang mit dem Reichsdeputationshauptschluß und den Folgen der Französischen Revolution für Deutschland wichtige tatsächliche Veränderungen. Die Territorien in Deutschland waren ursprünglich konfessionnel einheitlich gewesen. Nun aber entstanden durch die politischen Entwicklungen überall Staatsgebilde, welche konfessionell nicht mehr einheitlich zusammengesetzt waren, deren Bevölkerung also verschiedenen religiösen Bekenntnissen angehörte. Für Preußen war diese Entwicklung schon mit der Eroberung Schlesiens 1741 eingetreten. Für die anderen Staaten in Deutschland war es vor allen Dingen eine Folge der Neuverteilung der Staatsgebiete im Anschluß an die Abtretung des linken Rheinufers an Frankreich und die Auflösung der geistlichen Territorien durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803. Durch diese Entwicklungen mußte die

(7) Vgl. zu der Entwicklung das Memorandum von Savigny Vermischte Schriften 5, Seite 261 ff.

Verbindung des Staates mit einer Bekenntniskirche problematisch werden. Außerdem mußte naturgemäß das Problem der Mischehen größere Bedeutung gewinnen.

5. Das Ergebnis dieser Entwicklung war, daß sich auf dem Gebiete des Eherechts sehr verschiedene Zustände herausbildeten. Überall wurde zwar der Gedanke des christlichen und damit bekenntnisgebundenen Staates noch aufrechterhalten; in vielen Staaten damit auch noch das System der kirchlichen Zuständigkeit in Ehesachen und der Anwendung von kirchlichen Rechtsnormen. Daneben hatte sich aber in manchen Staaten, so insbesondere in Preußen, auch ein staatliches Eherecht und eine staatliche Ehegerichtsbarkeit entwickelt. Selbst in diesen Ländern blieb jedoch das Personenstandswesen und damit die Trauung bei kirchlichen Instanzen. Dies gilt insbesondere auch für das Preußische Allgemeine Landrecht. Die Zivilehe wurde nur in den französisch gewordenen Gebieten eingeführt und blieb dort auch nach 1815 mit dem französischen Recht erhalten.

IV.

Aus dieser Lage erwuchsen die Probleme, die sich im 19. Jahrhundert auf dem Gebiet des Eherechts stellten.

1. Das Problem, das am meisten hervortrat, war dasjenige der konfessionellen Mischehe.

Diese Mischehen wurden von den Kirchen aller Konfessionen verurteilt. Die katholische Kirche forderte für die Ehe eines Katholiken mit einem Protestanten einen päpstlichen Dispens, sie forderte im übrigen von dem protestantischen Teil einen Revers darüber, daß die Kinder der Ehe katholisch erzogen würden. Auch dann noch erfolgte die Trauung nur in einer minderen Form, nämlich in sogenannter passiver Assistenz, das heißt ohne den Segen des Geistlichen. Was die Protestanten angeht, so verweigerte die protestantische Kirche in der Regel einem Bräutigam, der den von der katholischen Kirche geforderten Revers über die Kindererziehung unterzeichnet hatte, die kirchliche Trauung.

Ebenso scharf trat das Problem bei der Frage der Ehetrennung hervor. Hier tauchten zwei Fragen auf: einmal, welche Gerichte zuständig sein sollten, wenn noch geistliche Instanzen für die Ehetrennung zuständig waren, und zum andern die Frage, welches Rechtssystem anzuwenden sei, wenn die Ehe noch kirchlichem Recht unterstand.

Das erste Problem wurde teilweise sehr rigoros zugunsten der Zuständigkeit der Gerichte der Staatskirche gelöst. So waren zum Beispiel in Österreich zeitweise (von 1856-1868) auch Mischehen, wenn ein Partner katholisch war, der kirchlichen Gerichtsbarkeit der katholischen Kirche unterworfen. Umgekehrt wurden in Württemberg die evangelischen Konsistorien als grundsätzlich zuständig für Eheprozesse aus Mischehen betrachtet. Eine andere Lösung bestand darin, daß jeweils das geistliche Gericht für zuständig erklärt wurde, dem der Beklagte seiner Konfession nach unterstand.

Ähnliche Schwierigkeiten bereitete die Frage des anzuwendenden materiellen Rechts. Für Österreich bestimmte das ABGB § 111, daß katholisches Kirchenrecht anzuwenden sei, wenn ein Teil katholisch wäre. Eine andere Lösung bestand darin, daß man das materielle Recht anwandte, welchem der Beklagte eines Eheprozesses unterstand, also, wenn der beklagte Ehegatte aus der Mischehe Protestant war, das protestantische, im umgekehrten Falle das katholische. Dieses System wurde in manchen Ländern dann noch dahin modifiziert, daß der protestantische Teil einer Mischehe, hinsichtlich deren ein katholisches kirchliches Gericht auf Trennung von Tisch und Bett erkannt hatte, die Umwandlung in eine Scheidung verlangen konnte, während umgekehrt die von einem protestantischen Kirchengericht ausgesprochene Scheidung für den katholischen Teil nur die Rechtswirkung einer Scheidung von Tisch und Bett erhielt (8).

Wieder andere Staaten ordneten an, daß die an sich zuständigen kirchlichen Gerichte einer Konfession auch das Recht der anderen Konfession mit heranzuziehen hatten. Dies war zum Beispiel die Regelung, die zeitweise in Württemberg galt.

---

(8) So Sächsisches Mandat vom 19.2.1827 und Kirchengesetz von 1835.

Vielfach war die Frage aber überhaupt nicht geregelt und dann Gegenstand von wissenschaftlichen Auseinandersetzungen. Vertreten wurde zum Beispiel auch die Auffassung, daß grundsätzlich das kirchliche Recht anzuwenden sei, das für Ehemann zuständig war (9).

2. Weitere Schwierigkeiten bestanden in dem Falle, daß die Ehegatten keiner anerkannten Kirche angehörten, sei es nun, daß sie Anhänger von Sekten waren, sei es, daß sie aus der Kirche ausgetreten waren (sog. Problem der Dissidenten). Für diese Bevölkerungsgruppe wurde sogar in dem vormärzlichen Preußen durch ein besonderes Gesetz vom 30. März 1847 die Ziviltrauung zugelassen.

3. Schließlich war auch die Existenz eines eigenständigen staatlichen Eherechts unter Beibehaltung der kirchlichen Trauung eine Quelle von Schwierigkeiten und Gewissenskonflikten. Dies trat namentlich in Preußen unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts zutage. Anlaß waren in der Regel Fälle, in denen eine Ehe nach den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts geschieden war, aber aus Gründen, welche das protestantische Kirchenrecht nicht anerkannte. In diesem Falle hatten die geschiedenen Gatten nach staatlichem Recht zwar das Recht, sich wieder zu verheiraten. Die Geistlichen mußten aber die Wiederverheiratung aus Gründen des kirchlichen Rechts ablehnen.

Ein analoger Konflikt entstand in vielen Fällen, wenn der Partner einer geschiedenen Mischehe sich wieder verheiraten wollte. Die katholische Kirche mußte dem geschiedenen katholischen Teil die Wiederverheiratung verweigern, solange sein früherer protestantischer Ehegatte noch lebte. Entsprechende Grundsätze waren auch in diejenigen staatlichen Ehegesetzgebungen aufgenommen worden, die dem kirchlichen Recht folgten; so in das österreichische ABGB § 111, und das sächsische BGB von 1863, §§ 1591 und 1621.

Betrachtet man diese Tatsachen, so wird man in der Tat Gottlieb Planck Recht geben müssen, daß die um die Mitte des

(9) Übersicht über diese Probleme bei Richter-Dove, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechtes, 8. Aufl., Leipzig 1886, § 290.

Jahrhunderts in Deutschland bestehenden Regelungen mancherlei Eingriffe in die Gewissensfreiheit von Bürgern und Geistlichen mit sich brachten und eine gerechte Ordnung mit dem überkommenen System nicht mehr zu gewinnen war.

Nachdem sich in der Aufklärung der Gedanke der Toleranz, also der Rücksichtnahme auf die individuelle Gewissensfreiheit, durchgesetzt hatte, nachdem der Gedanke der Rechtsgleichheit, wie ihn die Aufklärung formuliert hatte (keine Differenzierung der Bürger nach religiösem Bekenntnis), im Rechtsbewußtsein der Zeit akzeptiert war, konnte der Genuß der « bürgerlichen Rechte » auch im Bereich der Ehe nicht mehr von der Angehörigkeit zu bestimmten Konfessionen abhängig gemacht werden. Der « paritätische Staat », um Plancks Ausdruck zu benutzen, mußte ein eigenständiges Eherecht nach Inhalt und Durchführung schaffen. Es zeigte sich, daß der Gleichheitssatz in seinem aufklärerischen Gehalt, das heißt also mit dem Verbot der Diskriminierung nach Bekenntnissen, mit der überlieferten Idee des christlichen Staates als eines Gemeinwesens mit geschlossenem religiösen Bekenntnis nicht vereinbar war, daß er ihn sprengen mußte.

V.

Dieser Zusammenhang war freilich den Zeitgenossen um die Jahrhundertmitte noch nicht in vollem Umfange bewußt. Selbst die Denkschrift von Savigny aus dem Jahre 1844 — wahrscheinlich die beste und die überragende Darstellung des Problems der Ehegesetzgebung der Zeit — entwickelte zwar klar den Gedanken eines materiellen staatlichen Eherechtes und lehnte die Konfessionalisierung des Eherechtes ab, sie berührte aber die Frage der Zivilehe nicht. Gerade diese Frage aber war es, an der sich der politische Kampf um das Eherecht während und nach der Revolution von 1848 in Deutschland entzündete.

Für die Liberalen war die obligatorische Zivilehe ein politisches Dogma. Die Paulskirchenverfassung von 1848 enthielt sie ebenso wie der Entwurf einer preußischen Verfassung, der aus der Revolution hervorgegangen war. Diese liberale Forderung stieß jedoch auf den leidenschaftlichen Widerstand der konservativen

und der katholischen Parteien. Die konservative Partei hatte sich in Preußen in Auseinandersetzung mit der Revolution von 1848 formiert. Sie bekämpfte die Zivilehe, weil sie nach ihrer Ansicht die Ehe von der Kirche löste und damit den Einfluß der Religion im Volksleben gefährdete. Die katholische Partei — das spätere Zentrum — verteidigte darüber hinaus die dogmatischen Auffassungen ihrer Kirche von der Ehe. Am Widerstand der konservativen Regierungen scheiterte insbesondere in Preußen die Einführung der Zivilehe in der Reaktionszeit der 50er und 60er Jahre [10].

Die Einführung der Zivilehe in Deutschland kam schließlich nur dadurch zustande, daß Bismarck das neue Deutsche Reich im Bündnis mit den Liberalen geschaffen hatte. Dieses Bündnis verschaffte den Liberalen bei der Vereinheitlichung und Reform des Rechtes in Deutschland nach der neuen Staatsgründung außerordentlichen Einfluß. Die Einführung der Zivilehe erfolgte in Preußen 1874, im Reich 1875 im Zusammenhang mit der großen Auseinandersetzung, in die Bismarck kurz nach der Reichsgründung mit der katholischen Kirche geraten war. Sie wurde im Grunde als Kampfmaßnahme in dieser Auseinandersetzung eingeführt, fand dadurch aber im Parlament die Zustimmung nicht nur der verschiedenen liberalen Gruppen, sondern sogar eines Teils der Konservativen [11]. Mit diesem gesetzgeberischen Akt war die Säkularisierung des Eherechts in Deutschland in zwei Punkten durchgeführt worden, hinsichtlich der Trauung und hinsichtlich der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte in Ehesachen. Offen blieb aber die Frage nach dem materiellen Recht. Hier blieb es nach wie vor zum Teil bei der Geltung kirchlicher Normen.

Dies war die Lage, die die für die Ausarbeitung der Kodifikation berufene Kommission, die Gottlieb Planck, vorfand. Diese Lücke wollte und mußte sie durch die Ausarbeitung eines einheitlichen materiellen staatlichen Eherechts schließen.

---

[10] Zur Entwicklung der Zivilehegesetzgebung in Preussen und im Reich vergl. Stephan Buchholz, in *Jus commune*, IX (1980), 229-313 mit weiteren Nachweisen.

[11] Vgl. dazu die herangezogene Arbeit von Buchholz.

Politisch möglich wurde dies durch den Kompromiß, dessen Inhalt ich schon im Eingang angedeutet habe. Die Liberalen erreichten zwar eine staatliche Ehegesetzgebung, sie verzichteten aber darauf, in diesem Eherecht inhaltlich die Auffassungen der Aufklärung durchzusetzen. Dies kommt bei Planck in seiner Begründung deutlich in der Ablehnung der von ihm individualistisch genannten Auffassung zum Ausdruck.

« Ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch wird der christlichen Gesamtanschauung im Volke entsprechend davon auszugehen haben, daß im Eherechte nicht das Prinzip der individuellen Freiheit der Ehegatten herrscht, sondern die Ehe als eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige, sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen ist » ([12]).

Ich möchte übrigens glauben, daß für Planck selbst wie für viele Liberale diese Auffassung nicht nur politische Taktik war, sondern ihren Überzeugungen entsprach. Hierin wirkte die religiöse Renaissance der ersten Jahrhunderthälfte nach. Sie hatte tatsächlich die Ideen der Aufklärung über die Ehe stark zurückgedrängt. Im Ergebnis wurde jedenfalls durch diesen Kompromiß die Verabschiedung eines staatlichen Eherechts im Parlament möglich. Das neue Eherecht wurde im wesentlichen auf der Grundlage der Planck'schen Vorschläge im Jahre 1896 von der Reichstagsmehrheit angenommen; sogar die katholische Zentrumspartei stimmte dafür.

Damit waren für ein halbes Jahrhundert die Probleme des Eherechts, die eines der großen Themen der Rechtspolitik im 19. Jahrhundert gewesen waren, erledigt. Erst in unserem Jahrhundert wurden sie wieder aufgenommen und die Entchristlichung des Eherechts fortgeführt. Während der nationalsozialistischen Herrschaft fand der durchaus unchristliche Rassengedanke Eingang in das deutsche Eherecht. 1976 wurden individualistische Auffassungen der Ehe, ähnlich denen, die auch die Aufklärung entwickelt hatte, Grundlage einer Reform des Eherechts. Mit diesem Gesetz ist die Säkularisierung des Eherechts in der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen.

([12]) Begründung des Redaktor-Entwurfes II, 1025.

ANDRÉS OLLERO
Università di Granada

CHRISTIANISME, SÉCULARISATION ET DROIT MODERNE: LE DÉBAT DE LA LOI ESPAGNOLE DE MARIAGE CIVIL DE 1870

I. Droit moderne et processus de sécularisation. — II. Le processus de sécularisation dans l'Espagne de 1870. — III. Vers une conception sécularisée du mariage. — IV. Le mariage est « quelque chose de plus » qu'un contrat. — V. La norme juridique comme modèle de conduite « normale ». — VI. Entre le pluralisme et l'égalité: la lutte pour le « normal ». — VII. Imposition juridique de l'éthique permissive. — VIII. Cent ans après. — IX. Christianisme, sécularisation et droit « moderne ».

I. *Droit moderne et processus de sécularisation.*

1. Le droit moderne surgit sur une base éthique chrétienne. Son *attitude sécularisatrice* se dirige d'abord à un changement du *fondement* des conditionnements de la conduite humaine, plus qu'à une modification radicale de ses *contenus*. Le changement de fondement, appuyé pratiquement par une foi déiste, implique dans la polémique politique l'exigence d'un retour du protagonisme social de l'Eglise.

2. En essayant cette *re-cimentation séculière* des contenus éthiques chrétiens on cherche l'appui de la doctrine du *droit naturel* dans sa version rationaliste. Mis entre parenthèses le Dieu créateur, on ne nie pas l'existence d'un ordre naturel ni la capacité de la raison humaine pour capter d'une manière évidente ses principes. Ses exigences éthiques adouciront les valences individuali-

stes du moderne, en continuant sur de nouvelles bases le conditionnement exercé par l'éthique chrétienne.

3. Cet essai peut entrer paradoxalement en collision avec l'interprétation autorisée de la loi *naturelle*, que — à partir de perspectives de foi *surnaturelle* — se réserve l'Eglise catholique. Quoique la théorie n'engendrera pas nécessairement cela, dans la pratique une certaine méfiance se laisse entrevoir quant à la capacité de la raison pour capter, sans aide de la grâce, l'ordre naturel. Son équivalent au niveau politique est la résistance de la hiérarchie ecclésiastique à céder un protagonisme social qu'elle estime indispensable pour neutraliser l'individualisme moderne.

4. Sans aucune doute, tous les acteurs du *processus sécularisateur* n'essayent pas simplement de substituer le fondement des exigences éthiques socialement en vigueur. A partir de points de départ d'empirisme ou de scepticisme gnoséologique — clairement incompatible avec tout ordre naturel — on aspire plutôt à modifier substantiellement ces contenus éthiques. De la même manière, à partir de ce prisme le « naturel » apparaît collé au surnaturel, quoiqu'à présent avec une intention contraire: la religion aussi bien que des positions métaphysiques substitutrices se dénoncent, comme *recoupements de la liberté individuelle* et instruments de « cléricalisme » politique.

5. Pour pouvoir réserver au droit, à partir de perspectives modernes, une fonction de solidarité sociale, incompatible avec les propositions individualistes ou collectivistes, il est nécessaire de ne pas oublier que le droit n'accomplit pas seulement une fonction directement répressive mais qu'en même temps il conforme aussi la mentalité sociale dans la mesure où ses normes tendent à être considerées comme modèles de conduite « normale » ou respectable. C'est ici que la lutte pour le protagonisme social se convertit en *lutte pour le droit*, et où le processus de sécularisation atteint une virulence polémique.

6. La possibilité d'arriver à travers le « droit moderne » à une re-cimentation de l'éthique sociale chrétienne dépend du jeu d'un facteur double:

a) le difficile dosage du protagonisme social des instances religieuses adéquat pour atteindre la consolidation des exigences éthiques de l'humanisme chrétien.

— pour certains, n'importe quel retour dans ce protagonisme ne peut que s'interpréter comme une perte de *crédibilité* du modèle religieusement sanctionné, et engendrer sa perte d'influence dans la sphère de la conscience.

— d'autre part, le protagonisme ecclésiastique dans la défense de ce modèle « humain » tend, dans une ambiance relativiste, à se convertir en facteur perturbateur, en le faisant apparaître comme un élément de « croyance » qui essaye d'envahir la sphère de ce qui est sujet à discussion.

b) L'incidence sociale des idéologies individualistes ou collectivistes, qui aspirent à monopoliser le moderne (ou l'après-moderne) en le privant de toute connexion avec sa primitive base éthique chrétienne. Cette péculière sécularisation prétend imposer socialement un modèle éthique déterminé (mélange, par exemple, d'hédonisme individualiste et d'interventionnismes étatistes) et repousse n'importe quelle déviation comme s'il s'agissait d'un essai d'« *imposer* » *socialement des options de conscience.*

c) Dans la mesure où l'influence de ces deux facteurs apparaît comme inversément proportionnelle, le processus de sécularisation continue à être condamné à la polémique, parce qu'il manque vraiment une conception séculière unitaire du contenu éthique du droit. Seule la capacité d'argumenter séculièrement les contenus de l'humanisme chrétien, avec un protagonisme social réduit des instances ecclésiastiques, pourrait aider à remplir le droit de contenus différents de ceux qu'impose aujourd'hui le « consommisme étatiste ». L'identification acritique de cette option idéologique avec les concepts de « modernité » et « sécularisation » ferait que l'utopie jusnaturaliste grotienne ne puisse plus se-réouvrir.

II. *Le processus de sécularisation dans l'Espagne de 1870.*

La première règlementation du *mariage civil* en Espagne, et son érection en unique forme juridiquement efficace, apparaît accompagnée d'un double élément « sécularisateur ».

1. D'une part on la lie étroitement à l'établissement constitutionnel de la *liberté de cultes*, considerée par certains comme la « conquista fundamental » de la révolution de 1868 (1).

La discussion du thème, spécialement tendue, mit en vis-à-vis la plupart des protagonistes du débat que nous analysons ci-de suite. Le texte final, fruit d'une difficile transaction entre les divers groupes impliqués, fut souscrit par une substantielle majorité de 214 voix contre 55. Progressistes, démocrates et Union Libérale, flanqués par les traditionnalistes et les républicains, réussissaient ainsi apparemment à éviter un des thèmes les plus iscabreux pour la vie commune de la nation (2). Les projets de mariage civil finiraient par éroder ce consensus, brisant surtout l'Union Libérale, dû à sa composition hétérogène (3).

L'affirmation de l'art. 11 de la Constitution isabeline de 1845 — « La religión de la nación española es la católica, apostólica, romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros » — se voit substituée par l'art. 21 de celle de 1869 — « La nación se obliga a mentener el culto y los miembros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquer otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesan otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior ».

> Si nous nous en tenons au texte, il semble que l'on établit une « *tolérance* » religieuse envers les étrangers, et secondairement pour les espagnols qui — par une hypothèse apparamment exceptionnelle — partageraient leur situation. De là surgiraient les difficultés pour maintenir dans le développement de l'article une optique d'authentique pluralisme religieux sans différences. Pour les éviter, Montero Ríos (catholique, militant dans le parti progressiste et Ministre de Grâce et Justice durant le débat sur le mariage civil) insiste, dans sa défense

(1) L'affirmation est de TORRES MENA, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (plus loin nous citons DS) 20.IV.1870 (261) pag. 7288.

(2) Sur les positions de ces groupes cfr. S. PETSCHEN, *Iglesia-Estado. Un cambio poltítico. Las Constituyentes de 1869*, Madrid 1974.

(3) Sur ce parti N. DURAN DE LA RUA, *La Union Liberal y la modernización de la España isabelina. Una convivencia frustrada. 1854-1868*, Madrid 1979.

du Projet, sur le fait que le maintien du culte catholique n'est « nada más que una regalía en el orden económico » — comme conséquence de la désamortisation des biens ecclésiastiques — et n'impliquait pas « un sistema general de relaciones entre una y otra institución » (4).

D'autre part, l'art. 27, 2 touchait à la possible importance sociale des convictions religieuses en établissant: « La adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles ». Le préambule du Projet de loi affirmait, en effet, qu'avec la « *libertad* política de la conciencia » il devenait nécessaire « reconocer como legítimos muchos matrimonios que la Iglesia católica no bendecía ». Avec la nouvelle loi, « la fecunda y memorable revolución de 1868 » rendrait possible ce que « la Inquisición no permitió » (5).

Tout au long du débat cette corrélation mariage civil-liberté de cultes est amplement discutée. Sorni (6) et Madrazo (7) in-

(4) DS 5.v.70 (273) pag. 7700. A. De la Hera, plus attentif à l'ambience politique dans laquelle se produit la gestation de la Constitution qu'au texte même de celle-ci, il considère que l'art. 21 consacre une « auténtica libertad de culto[ç] »; mais il n'hésite pas à signaler que sa coexistence avec le Concordat de 1851 implique en pratique une situation de « tolerancia », *Las confesiones religiosas no católicas en el derecho español* dans *Pluralismo y libertad religiosa*, Séville 1971, pags. 63-64. Sans possible appui de texte elles nous semblent les affirmations les plus drastiques de S. Carrion, pour celui qui se rattachait à une « séparation », quoiqu'elle ne fût pas consommée de fait; son résultat aurait été une « separación imperfecta o incompleta », *Historia y futuro del matrimonio civil en España*, Madrid 1977, pags. 77 et 307.

(5) DS 17.xii.69 (185) appendice troisième, pag. 2. Le projet ne surgissait en effet pas « ex novo ». Le républicain Del Rio se trouvait en tête d'une sollicitude y faisant rapport le 9.iii.69. Le 21 mai celui qui était alors le Ministre de Grâce et Justice, Romero Ortiz, présenta un projet de livre premier du Code Civil qui abordait d'une manière decidée la matière. Son successeur Martin de Herrera retire le projet. Ruiz Zorrilla à son tour le remplace à la charge et le projet élaboré par son soussercrétaire, et plus tard successeur, Montero Rios, serait étudié par une *Commission spéciale* crée à l'effet (cfr .son opinion dans DS 22.iii.70 (245) deuxième appendice).

(6) DS 19.iv.70 (260) pag. 7248, et 14.v.70 (281) pag. 7889. Sorni s'érige en figure fondamentale du groupe républicain durant le débat.

(7) DS 22.iv.70 (263) pag. 7351. Madrazo représente un secteur favorable au projet dans l'Union Libérale qui ne passe pas de la vingtaine à la votation finale.

sistent sur elle d'une manière tranchante. Après, les allusions se font plus nuancées: on considère ces deux thèmes comme liés quoique le premier ne naisse pas du second (8); ou on le présente comme un « efecto necesario », « aunque no sea esencial » à celui-ci (9).

Les opposants nient, par contre, ce lien dès le début du débat (10). Etablir le mariage civil obligatoire serait consacrer un esprit d'indifférence religieuse et une « *separación* » entre l'Eglise et l'Etat clairement repoussés par les constituants (11). D'autre part, la liberté de cultes exigerait précisement une pluralité de formes de mariage avec une efficacité civile identique (12).

De cette première perspective, le thème acquiert une *dimension individualiste* spéciale. Le citoyen doit apparaître dans la vie sociale comme un sujet avec une substantivité propre, et cela exigerait un traitement abolitif de toute autre considération (religieuse, ence cas), évitant en toute situation quelconque inégalité dérivée de son appartenance à l'un ou l'autre groupe. Cela se verra reflèté dans les allusions à l'« égalité devant la loi » par lesquelles on refuse la possible reconnaissance d'effets civils aux mariages canoniques.

2. D'autre part, le Projet est aussi caractéristique d'une intention « sécularisatrice » en ce qu'il aspire à *verser dans des moules séculiers* les *contenus éthiques* de l'institution matrimoniale, en vigueur dans le pays comme conséquence de l'influence catholique.

---

(8) MARTOS, DS 28.IV.70 (269) pags. 7528 et 7530. Etant Ministre d'Etat, il avait protesté le 19.XI.69 pour la célébration du Vatican I car « le parecía mal que los poderes absolutos como la Iglesia buscasen un aumento de fuerza en las asambleas deliberativas », M. IBO ALFARO, *Historia de la interinidad española*, Madrid 1870, t. II, pag. 666. Il représentait le secteur monarchique du parti démocrate; cfr. sur le rôle de ce secteur A. EIRAS ROEL, *El partido demócrata español (1849-1868)*, Madrid 1961, pags. 384-389.

(9) MARTINEZ RICART, DS 3.V.70 (271) pag. 7625, membre du parti progressiste.

(10) Ainsi GONZALEZ MARRON, DS 21.IV.70 (262) pág. 7319, un des plus actifs dans le secteur de l'Union Libérale opposé au projet.

(11) CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7498. Membre de l'Union Libérale, il est à la tête d'un amendement, sollicitant que le mariage civil soit subsidiaire.

(12) MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pag. 7598, du secteur le plus conservateur de l'Union Libérale.

Le ton du Projet signé par celui qui était alors Ministre, Ruiz Zorrilla, et celui de la défense que son successeur Montero Ríos réalise dans le Parlement, ne porte pas à équivoque quant à cela.

> Cette intention acquiert un relief spécial si l'on tient compte que Romero Ortiz — membre de l'Union Libérale, groupe qui protagonise la plus valable opposition parlementaire au Projet — avait présenté, quand il détenait le même portefeuille un autre projet dans lequel le mariage civil non seulement monopolisait les effets juridiques civils mais était aussi réputé le seul « legítimo ». Par cela il rompait clairement avec les travaux du projet de Code civil alors en cours ([13]). Son successeur au Ministère, et compagnon de parti, Martin de Herrera finirait par retirer la proposition inattendue ([14]). L'absence de Romero Ortiz au cours du débat est plusieurs fois commentée par les défenseurs du Projet.

Le Préambule fait allusion au « double caractère », religieux et civil, du mariage, et à la convenance de ce que ces deux législations ne divergent pas. Il révèle un désir d'« evitar la posibilidad de los conflictos » en obtenant la « concurrencia » de ces deux ordres ([15]). L'allusion à l'Eglise — à propos des thèmes les plus variés — est démonstrative d'une obsession, en maintenant un dialogue continu avec le traitement canonique de divers aspects. Montero Ríos juge le Projet en disant qu'il n'est autre chose que « la doctrina católica revestida con el ropaje seglar ».

> Le Ministre — qui confesse: « antes que progresista soy católico » ([16]) — n'hésite pas à ajouter que « la legislación matrimonial de la Iglesia es la más perfecta, la más acabada de todas

([13]) GIL SANZ, du parti progressiste, se charge de rappeler durant le débat (DS 26.IV.70 (266) pag. 7467) que son article 48 signalait que le mariage devait se célébrer d'accord avec la législation canonique catholique. Sur l'article 48 pré-cité, F. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (réimpression de l'edition Madrid 1852) Saragosse 1979, pag. 29.

([14]) Selon CALDERON COLLANTES, celui qui était alors Ministre lui avait présenté « bajo su exclusiva responsabilidad, sin consultar a una sola persona, que yo sepa, del partido a que pertenece », DS 4.V.70 (272) pag. 7676.

([15]) DS 17.XII.69 (185) appendice troisième, pag. 1 et 2.

([16]) DS 29.IV.70 (269) pag. 7564. C'était un « católico liberal, especie entonces y después poco corriente en España », diagnostique son neveu-petit fils J. BATISTA MONTERO-RIOS; sans préjudice d'ajoutter que « se dejó llevar de sus ímpetus secularizadores, pues ni el texto constitucional, ni menos el ambiente y la mentali-

las conocidas » [17], en rajoutant que « lo bueno debe copiarse siempre, y donde quiera que se encuentre ». Il n'était pas exagéré de califier son attitude comme marque de prudence et de l'intention de « respetar todo lo respetable » [18].

Les porte-parole même de l'opposition acharnée au Projet reconnaîssent que le Préambule « está inspirado en un espíritu eminentemente católico », et que le Projet « acepta todos los fundamentos todas las condiciones esenciales del matrimonio católico » [19]; « no hace más que imponer a los no católicos por el ministerio del juez y de la ley civil, el mismo matrimonio que hasta aquí vienen celebrando los católicos ante los altares » [20]. Les réticents qui réduisent tout cela à un détail de « buen humor », ou qui ne contemplent pas avec satisfaction que l'on habille « al antiguo sacerdote del matrimonio con el modesto frac del juez municipal » [21], ne manquent cependant pas.

De cette même perspective, le thème se pose comme un aspect de plus de la relation entre le pouvoir politique et l'Eglise catho-

---

dad del país exigían el matrimonio civil obligatorio », *Eugenio Montero Ríos (semblanza de un jurista)*, « Revista General de Legislación y Jurisprudencia » 1970 (5) pags. 685 et 690. A son « catolicismo liberal « fait allusion L. PORTERO SANCHEZ, dans *Matrimonio civil en España: pasado, presente y futuro*, « Razón y fe » 1973 (911) pag. 372, note 11. Cfr. aussi J. F. LASO GAITE, *Montero Ríos y su obra legislativa*, « Información jurídica » 1971 (309) pags. 7-58, surtout 21-33. J. Mª MARTINEZ VAL, *Montero Ríos y su obra jurídica*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1973 (6) pags. 623 à 674, incroyablement, il ne fait pas allusion au projet de mariage civil. Entre ses biographes d'urgence, F. CAÑAMAQUE, *Los oradores de 1869*, Madrid 1879, lui voit un « defectillo »: « ¡oye Misa todos los domingos y fiestas de guardar! » (pag. 334); ce genre de commentaires ironiques ne manquèrent pas. M. TRENZADO RUIZ rappelle la phrase de M. MOYA: « se confiesa consigo mismo una vez al año o antes si espera peligro de crisis », *Proyección de don Eugenio Montero Ríos sobre la Administración de Justicia española*, « Revista de Derecho Procesal » 1972 (1) pag. 124; cfr. de même ce qui est indiqué infra (note 51).

[17] DS 10.V.70 (277) pag. 7868.

[18] Ainsi le fit MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7531.

[19] CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7449, insistant sur ce qu'avait déjà affirmé GONZALES MARRON, 21.IV.70 (262) pag. 7318, et faisant anticipation à des allusions postérieures de MARTIN DE HERRERA, 4.V.70 (272) pag. 7668.

[20] ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.V.70 (280) pag. 7958, membre de l'Union Libérale.

[21] Respectivement MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pag. 7602, et SILVELA, 9.V.70 (276) pag. 728. F. SILVELA, membre de l'Union Libérale, serait à la tête d'un amendement relatif à la dispense civile d'empêchements.

lique, en soulignant le souverain *droit de l'Etat* à règlementer les effets civils des relations familiales. De ce droit et non pas du droit individuel de liberté religieuse dériverait le mariage civil comme cela s'insinuait à partir du point de vue antérieur. Il ne s'agit pas d'une concession à l'individu mais d'un droit de l'Etat (22).

3. Ce double dessein « sécularisateur » est extrèmement respecteux envers les contenus éthiques du mariage catholique. Cependant, il affectait d'une manière claire la présence sociale de cette confession, en imposant à tous les citoyens une forme pour le contracter qui pour la majorité était en conscience inacceptable. Cela engendre une polémique spécialement aigue, déjà latente dans le contexte de tension du processus constituant (23).

> Le Préambule ne laisse pas tomber certaines considérations sur le rôle historique du clergé, qu'il considère aventageux durant « la infancia de las sociedades » tandis qu'après il tend à « reflejar la inmovilidad del Ser supremo ». Cependant il confie en ce que, par dessus les antagonismes historiques (dont il vient faire foi) il arrive à être un « elemento vivo y enérgico » qui collabore avec le « progreso político » (24).
>
> Dans ce contexte polémique on applaudit des files républicaines ce que l'on considère une « ley verdaderamente revolucionaria » — l'unique projet de loi « verdaderamente liberal » présenté jusqu'à présent (25) — qui contribuait « a la secularización completa del poder civil y de todas las instituciones sociales: a la constitución del Estado laico » (26).
>
> Entre les opposants au projet certains sont d'accord pour certifier que « el fundamento unico, o si no el principal, del matrimonio civil, es lo que se llama la secularización de la vida exterior » et non pas la liberté religieuse (27). D'autres sont

---

(22) Ainsi l'affirme d'une manière taxative MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7530, alors que TORRES MENA, 20.IV.70 (261) pag. 7289 et MADRAZO, 22.IV.70 (263) pags. 7353 et 7359, y avaient déjà fait allusion.

(23) Nous avons étudié l'ambience idéologique et culturelle du moment, et sa peculière évaluation de la part des secteurs catholiques moins ouverts dans notre livre *Universidad y política. Tradición y secularización en el siglo XIX*, Madrid 1972.

(24) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 6.

(25) SORNI, DS 19.IV.70 (260) pag. 6247 et 7248.

(26) RIO RAMOS, DS 11.V.70 (275) pag. 7902.

(27) MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pag. 7598.

plus expressifs: « la secularización de toda la vida política, social y familiar de España, significa lo que se llama gráficamente el ateísmo de Estado » ([28]); le Projet serait « ateo, porque viene a desalojar a la religión del hogar de la familia »; et ouvre un passage à « la barbarie moderna (no dudo en llamarla así) » assénant « sus golpes contra el fuerte alcázar del catolicismo en España ». De cette perspective, « quitar la influencia al clero » équivaut à « arrancar de la conciencia humana el sentimiento religioso » ([29]).

Peut-être touche-t-on réellement le point névralgique de la question quand on fait remarquer que « no puede haber en país que tenga religión una cuestión religiosa que no sea al mismo tiempo una cuestión esencialmente social » ([30]); quoique sans aucun doute la phrase serait plus réussie en changeant ses termes: dans quelle mesure peut-on traiter d'une manière « neutre », du point de vue religieux, les problèmes « essentiels » de la vie sociale?

Calderón Collantes lui-même, d'une manière moins modérée, déduit de la parenté historique du mariage civil un empêchement politique dirimant, du fait que son origine serait contraire à toute religion positive et favorable à la déesse Raison. Il ne sera pas le seul à insister sur cette liaison avec la Révolution française, moment durant lequel « parecía querer cortarse toda comunicación de la tierra con el cielo », et qui poussait à « la negación de toda creencia » ([31]).

III. *Vers une conception sécularisée du mariage.*

« El matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y'el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe ». Le passage n'ap-

---

([28]) Le traditionaliste OCHOA, DS 25.IV.70 (265) pag. 7432.

([29]) ROMERO ROBLEDO, DS 5.V.70 (261), pag. 7711 y 7712, membre de l'Union Libérale.

([30]) CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7494.

([31]) *Ibidem*, pag. 7496. TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7285, membre de l'Union Libérale. MONTERO RIOS lui-même qui considérait le divorce comme un « gran retroceso moral », rappelle qu'en France il fut « establecido en un momento de desvarío y de locura revolucionaria » pour être plus tard supprimé, 29-IV.70 (269) pag. 7567.

partient à aucune enciclique pontificale mais au Préambule de la loi soumise à discussion. La phrase qui lui suit est particulièrement expressive: « el matrimonio es *también* una institución religiosa » (32).

L'objectif « sécularisateur » est clair. Il s'agit de réglementer le noyau « naturel » du mariage, et de le considérer comme compétence exclusive de l'Etat, puisqu'il atteint tous les citoyens quelle que soit l'option qu'ils souscrivent sur sa possible élévation « surnaturelle ».

> Le religieux cesse d'être le fondement de l'institution matrimoniale pour se convertir en son couronnement aléatoire. Le nouveau fondement — pûrement civil — revêt le caractère juridique grâce à l'appel au *droit naturel*, car « el derecho ha sido siempre uno, inmutable, eterno », quoique « no pocas veces, la naturaleza e influencia de ciertas instituciones políticas » (il est facile de deviner qu'il fait référence à celles qui sont peu « rationnelles » ou « illustrées ») aient empêché son « desenvolvimiento » adéquat (33).
>
> Les défenseurs du Projet ne lésinent pas sur les efforts pour faire ressortir cette autonomie de la dimension naturelle du mariage, sans même éviter le paradoxe de faire appel à l'aide de Saint Thomas ou aux Pères (34).

Le *contrat* serait la figure juridique expression de ce fondement naturel du mariage, tandis que le *sacrement* signifierait et produirait son élévation sur-naturelle. Mais le recours au contrat comme fondement de la relation matrimoniale pourrait donner lieu à une *conception individualiste* de cette institution, contrariant radicalement les contenus éthiques en vigueur. Cette éventualité sera repoussée avec énergie par les défenseurs du Projet, qui appuient en tous cas le caractère indissoluble du lien civil. La discussion sur l'authentique fondement de cette indissolubilité matri-

---

(32) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 1 (le souligné est à nous).

(33) Exposition du projet de loi, DS 17.XII.70 (185) premier appendice, pag. 1.

(34) Ainsi les progressistes GIL SANZ, DS 26.IV.70 (266) pags. 7466, et ROJO ARIAS: « Santo Tomás y los otros (sic) Padres de la Iglesia habían considerado en el matrimonio dos esencias: de contrato, sujeto en este concepto a la potestad civil, y de sacramento a que lo *elevó* Jesuscristo; y para elevarlo era preciso que existiera », DS 11.V.70 (278) pag. 2904.

moniale va ainsi se convertir en test symptômatique des possibilités du droit naturel comme facteur de re-cimentation éthique.

Le Préambule « asienta de una manera absoluta la perpetuidad e indisolubilidad del matrimonio », « en cuanto es una institución natural regulada por los principios eternos de justicia y de equdiad que constituyen lo que comunmente se denomina derecho natural » ([35]). On ne conçoit donc pas une relation qui mérite le nom de mariage et qui ne soit pas hétérosexuelle, monogamique et indissoluble.

Les réflexions sur les conséquences du possible abandon de cette conception sont expressives:

> « Despojad a la familia y a los vínculos que son su elemento de vida del carácter de la perpetuidad que les presta la indisolubilidad del matrimonio de que proceden, y se la verá inmediatamente disolverse, corroída por la inmoralidad más repugnante, que será el funesto efecto de la relajación de los vínculos creados por la naturaleza, más sabia y más previsora que la inteligencia del legislador ». Cela expliquerait que dans les pays qui ont admis le divorce (Angleterre et Prusse, par exemple) « parece que el matrimonio ha quedado reducido para muchos individuos a una simple forma legal de la prostitución » ([36]).

([35]) DS 17.XII.70 (185) troisième appendice, pag. 3. Devant une déclaration aussi claire il est assez surprenant que S. CARRION relativise le fondement iusnaturaliste de l'indissolubilité matrimoniale dans le projet; quoiqu'il reconnaît qu'il est indépendant de tout argument relgieux, il considère que la position de Montero Ríos est le fruit d'un pragmatisme utilitaire (cfr. note 4, pags. 300-301 et 156-157). Nous pensons que ce qui bat réellement derrière l'intention déterminée de Montero Ríos de ne pas se perdre dans des expositions spéculatives, est sa conscience de la double doctrine iusnaturaliste — néoscolastique et krausisme — qui divise la philosophie juridique espagnole de l'époque; considérant l'imdissolubilité appuyée non pas sur le « religieux » ni sur le « civil » mais sur le « moral » — (« naturelle », bien entendu) *infra* (note 37) — c'est cette délicate polémique à laquelle il essaye d'obvier. Sur l'affrontement des deux positions cfr. notre livre *Filosofía del derecho como contrasecularisación. Orti y Lara y la reflexion jurídica del XIX*, Grenade 1974, pags. 143 et ss. et 153 et ss.

([36]) *Ibidem*, L. DIEZ PICAZO califie ironiquement de « párrafo delicioso » le dernier des cités dans *El derecho de la persona y el derecho de la familia*, conférence inclue dans *El centenario de una gran obra legislativa*, Valence 1972, pag. 133. Celui qui est aujourd'hui Magistrat du Tribunal Constitutionnel n'hésitait pas à affirmer dix ans plus tôt: « no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de

Les articles de la loi reçoivent cette idée, tant par la voie du principe, comme dans la procédure prévue, ou dans sa règlementation des effets d'un « divorce » qui ne va pas plus loin que la séparation sans possibilité de nouveau mariage.

> Ainsi l'art. 1º signale que « el matrimonio es por su *naturaleza* perpetuo e indisoluble »; le 41 ordonne qu'après le « sí quiero » des époux, « incontinenti el juez pronunciará las siguientes palabras: quedáis unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble »; et le 83 éclaircit que « el divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida en común de los cònyuges y sus efectos ».

Dans le débat on insistera sur cette construction. Le mariage — pourrait-on avec Montero Rios résumer — « como *institución moral* independiente de toda idea religiosa es indisoluble » ([37]).

> Des déclarations non moins explicites abondent: « la ley natural, por la expresión espontánea de las voluntades, acerca los cuerpos y confunde las almas ». « El matrimonio, naturalmente », « no es una prostitución impura; ha de ser perpetuo e indisoluble ». « El matrimonio es indisoluble por su naturaleza por su esencia »; la religion en le déclarant tel, se limite à s'adapter à la loi naturelle ([38]).

Dans les files opposées se produit un refus aussi bruyant que surprenant de cette possible indissolubilité naturelle du mariage. A part la possible force que, comme « reductio ad absurdum », pourraient prendre les soupçons de divorcisme, cela révèle le danger toujours présent de ce que l'activité du Magistère ecclésiastique — dans son oeuvre de formulation de principes éthiques naturels — soit mal comprise, produisant (pour les fidèles ou les autres) un effet « sacralisateur »; dans ce cas ce qui devrait être une voie privilégiée de connaissance peut finir par se convertir

---

auxilio y sin indisolubilidad », *El negocio jurídico del derecho de familia*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1962 (6) pag. 77.

([37]) DS 29.IV.70 (269) pag. 7567.

([38]) MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pags. 7529 et 7534. Il insisterait sur des affirmations semblables quelques jours après 9.V.70 (276 pag. 2839. Avant lui GIL SANZ, 26.IV. 70 (266) pag. 7466, les avait déjà exposées.

en un fondement plus « dénaturalisateur » que « sur-naturalisateur » de problèmes humains.

Les opposants recourrent dans le débat à une double argumentation.

— En premier lieu ils affirment l'une et l'autre fois que c'est l'élévation religieuse du mariage qui le rend indissoluble.

> Il ne s'agit pas seulement de rappeler que, historiquement, des facteurs religieux ont contribué à faire ressortir cette note naturelle, contrecarrant des obstacles idéologiques (historiques aussi) qui empêchaient sa connaissance, sinon aussi de rendre relative la valeur même du droit si son fondement divin ne s'explicite pas ([39]). On arrive à penser que le mariage serait indissoluble par l'Eglise ([40]) dû au fait que c'est le catholicisme qui a converti « un *contrato civil* en *sacramento* único e *indisoluble* » ([41]). En résumé, sans tenir compte de la religion « es imposible sostener la indisolubilidad del vínculo, la monogamia y todas las demás condiciones morales de la unión de los dos sexos »; le mariage ne peut pas être indissoluble « si no se funda en la forma, en la legislación y en la competencia de la Iglesia católica » ([42]).

Le sacrement a avalé, d'une manière absolue, dans sa projection sociale le contrat. Certes, quand les evêques s'expriment pu-

---

([39]) « El matrimonio no se explica por el derecho natural, ni por la filosofía solamente »; « pertenece a la categoría moral de los destinos de la especie humana, al orden del género humano, a la universalidad del plan divino », afirmaría ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.v.70 (280) pag. 7961.

([40]) Le traditionnaliste OCHOA, DS 25.iv.70 (265) pag. 7442. L'interpretation est clairement inexacte puisque le *Syllabus* même condamne, quoiqu'en clef antidivorciste, l'affirmation de que « le lien matrimonial n'est pas indissoluble par droit naturel ». Le problème se doit au jeu dans la théologie catholique d'un triple sens de la « nature »: créée, déchue, rachetée. J. HERVADA parle graphiquement d'une « nouvelle » triple institution du mariage, *Cuestiones varias sobre el matrimonio*, « Ius canonicum » 1973 (XIII-1) pag. 60. Le naturel, en tant que créé, apparaît plein d'un arrière-fond surnaturel; le jeu chutte-rédemption accentue encore plus le relief sur-naturel du naturel. Le problème consiste donc dans la possibilité de maintenir d'une manière seulement implicite des dimensions du « naturel » qui, si elles étaient explicites, empêcheraient tout entendement avec des points de vue qui nient le sur-naturel.

([41]) CALDERON COLLANTES, DS 28.iv.70 (269) pag. 7537 (le souligné est à nous).

([42]) MARTIN DE HERRERA, DS 3.v.70 (271) pag. 7631 et 4.v.70 (272) pag. 7665.

bliquement, après avoir fait allusion au mariage comme sacrement, ils affirment que « sólo él es perpetuo e indisoluble » ([43]). Le sens de cette assertion est en réalité moins strident si on la situe dans la contexte de l'inséparabilité du contrat et du sacrement pour les catholiques; mais les evêques ne signaient pas une carte pastorale mais un document dirigé à des corps législatifs dont les composants ne seraient pas nécessairement catholiques. Ou il manque la conscience du processus « sécularisateur » qui se vit — et de la nécessité de discerner le naturel du surnaturel dans une ambience pluraliste —, ou l'on pense stratégiquement que reconnaître un tel processus équivaudrait à le renforcer.

De toute façon, la « sécularisation » ([44]) implique des exigences procedurales. Dans un contexte pluraliste on ne peut concevoir un pouvoir chargé de déclarer des « vérités », mais on contraste plutôt des « opinions » qui arrivent à jouir de plus ou moins d'autorité. Tant substituer l'institution hiérarchie ecclésiale par

---

([43]) Dans son écrit — qui est le premier document collectif de l'évêché espagnol — dirigé « A las Cortes Constituyentes » par les quarante deux Evêques espagnol réunis à ce moment à Rome, à cause du Concile Vatican I, et commencé par les Cardinaux de Séville et Valladolid. Cette prise de position se produit à un moment où le problème posé par la négative de hiérarchie à jurer la Constitution ne s'est encore résolu. L'écrit sera introduit dans le débat par le traditionnaliste ORTIZ DE ZARATE (DS 10.V.70 (277) pags. 7871-7875; la citation à laquelle nous nous référons est include à la pag. 7871) avec un autre écrit du Cardinal de Saint Jacques. Sur l'attitude de la hiérarchie devant la nouvelle Constitution, les travaux de V. CARCEL ORTI, *La revolución burguesa (1868-1874)*, dans *Historia de la Iglesia en España* (dirigée par R. García Villoslada), Madrid 1979, t. V, pags. 235-6; et *Iglesia y revolución en España (1868-1874)*, Pamplona 1979, pags. 139-145, avec réferences au problème du mariage civil, pags. 225-230, et J. M. CUENCA TORIBIO, *La Iglesia española ante la revolución liberal*, Madrid 1971, pags. 197 et ss.

([44]) Dans l'ample bibliographie sur la « sécularisation » nous dedierons marginalement une certain attention à l'exposition que fait N. LUHMANN de ce concept « diffus et ambigu »; non seulement à cause de sa nouveauté (*Funktion der Religion*, Frankfurt 1977) mais aussi à cause de l'influence progressive de ce sociologue dans le champ philosophique-juridique. Pour lui, la sécularisation ne doit pas se définir par un dilemme religieux-profane ni en arrivant aune profanation du sacré, ni en aspirant à une mondanisation du système religieux, mais plutôt en dessinant la religion comme un « système » fonctionellement différencié dans le « système social » (pags. 226 et 269). Sur la portée de cette alternative « systèmique » et ses concepts fondamentaux cfr. la seconde partie de notre livre *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid 1973.

une autre hiérarchie (corps législatifs), comme s'épargner l'effort nécessaire pour qu'une vérité se convertisse socialement en opinion autorisée (en recourrant au simple « endossement » du dictamen ecclésiastique) ne sont que le droit et l'envers d'un refus du terrain du séculier.

Que derrière cette absence de nuances bat la résistance à un recul de la présence sociale du catholicisme devient vite manifeste: « eso de poner el matrimonio al amparo de la razón en vez de colocarlo al amparo de la religión, me parece, en mi sentir, una impiedad »; « en materias como ésta no se *gobiernan las conciencias* con teorías puras, sino con dogmas » ([45]). Il est difficilement possible de trouver un refus plus clair des nouvelles règles de jeu. La prétention d'utiliser le droit comme moyen auxiliaire du « gouvernement des consciences » marque un des extrèmes les plus significatifs de l'affrontement.

Le problème de base est si les éléments religieux renforcent la connaissance d'une éthique naturelle (et ouvrent des voies pour son élévation surnaturelle) ou si pratiquement ils la substituent.

> Il ne manque pas dans le débat un dialogue éclaircissant. Calderón Collantes, en commentant l'article, se demande pourquoi « el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble » « ¿de qué naturaleza se habla? ¿de la naturaleza religiosa? lo comprendo, ¿de la naturaleza civil? lo niego en absoluto (el sr. Martos: de la naturaleza natural, por adecirclo así) ¿de la naturaleza natural? lo niego también rotundamente como de la naturaleza civil »; « la indisolubilidad del matrimonio lo da su carácter religioso, el carácter católico que tenía » ([46]).

([45]) MORENO NIETO, DS 3.V.70 (271) pag. 7627 et 30.IV.70 (270) pag. 760 (le souligné est à nous). MARTOS recourt à l'évocation historique pour s'étonner de cette résistence à admettre un mariage civil auquel firent recours sans scrupules les martyres romains, 27.IV.70 (267) pag. 7504.

([46]) DS 9.V.70 (276) pag. 7835. En cela il semble vouloir faire écho à l'Archevêque de Saint Jacques: « el vínculo matrimonial para ser perpetuo, es de absoluta necesidad que lo forme el mismo Dios », 10.V.70 (277) pag. 7873. Les affirmations comme la suivante étaient assez fréquentes: « difícil es, si no imposible, dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por ley natural etl matrimonio es indisoluble », B. GUTIERREZ FERNANDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid 1871 (3ª), t. I, pag. 362. Rappellons ce qui est indiqué supra (note 40).

Après de nombreuses années durant lesquelles la forme catholique s'était pratiquée de manière unanime, s'érigeant en modèle « normal » de relation familiale, elle résulte si « naturelle » qu'elle semblerait être la créatrice de la « nature » de ses contenus (47).

— La seconde ligne d'argumentation rejette le *contrat*, dû à son insuffisance pour exprimer d'une manière adéquate la nature du mariage. Il serait vicié par une conception *individualiste* (48), et sa conséquence logique serait l'admission d'un divorce relatif au lien.

> C'est au tour maintenant de l'« opposition » d'invoquer le droit naturel, mais avec une intention bien différente. Le mariage civil serait « nécéssairement dissoluble », parce que « es de derecho natural, está en la esencia de las cosas » que « todo lo que se constituye en lo humano se disuelve de la misma manera que se ha constituído » (49). Les défenseurs du sacrement se convertissent en paladins du divorce, par la voie de l'hypothèse. « El divorcio es consecuencia de la secularización del matrimonio »; selon la théorie des « derechos individuales » «esas limitaciones de la libertad que se llaman monogamia, indisolubilidad del vínculo e impedimentos dirimentes, son un sarcasmo, o si no un inmenso absurdo » (50).

Le problème est si sécularisation et individualisme sont inséparables. Pour les adversaires du Projet il n'y a pas de

---

(47) MARTOS finira par admettre que « para los que crean que la indisolubilidad procede sólo de su carácter religioso, sin duda alguna esa palabra por *naturaleza* sobraba en el artículo », DS 9.V.70 (276) pag. 7840.

(48) De même que le « pacte social », il nierait le caractère « sociable » de l'homme, TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7286.

(49) CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7496. Quelques années après, E. REUS insistera sur la contradiction entre la perpétuité du mariage et sa configuration comme simple contrat, *El matrimonio civil y el divorcio*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1880 (LVII) pag. 476. Plus récemment la doctrine souligne la compatibilité entre le caractère négociable des relations familiales et le fait que son contenu soit soustrait de la libre disposition des parties. Paradigmatique à cet égard L. DIEZ-PICAZO, *El negocio juridico del derecho de familia* (note 36) pags. 772 et 778.

(50) MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pags. 7602 et 7601. Des affirmations semblables avaient été exposées par GONZALEZ MARRON, 21.IV.70 (262) pag. 7322 et OCHOA, 25.IV.70 (265) pags. 7432 et 7332, et exposerait après ROMERO ROBLEDO, 6.V.70 (274) pag. 7747.

doute: sans liens religieux il n'y aurait pas de freins à l'individualisme.

> Dès lors l'on provoque les députés d'idéologie supposée divorciste, pour obtenir d'eux la confirmation de ces soupçons, rompant ainsi la majorité favorable au Projet. Les libre-changistes, par exemple, ne pouvaient logiquement renoncer à la liberté contractuelle de mariage sinon qu'ils devaient admettre, comme le krausiste Ahrens ([51]), le consentement mutuel comme cause de rupture du lien ([52]).

On fait remarquer, en dernier lieu, — en utilisant les armes du contraire — que l'indissolubilité indiscriminée ne serait pas compatible avec la liberté de cultes, car on l'« imposerait » aux citoyens dont la religion ne l'exigerait pas ([53]). Cet argument, spécialement limite, se meut déjà entre la nostalgie de l'unité catholique — qui elle justifierait une indissolubilité généralisée — et l'essai de réserver pour les non catholiques le mariage civil, même dissoluble.

([51]) MARTOS avait fait rapport à Ahrens qui défendait le caractère obligatoire du religieux, mais sans arriver à s'identifier avec sa position, DS 28.IV.70 (268) pag. 7530. Il y a d'abondantes références à l'influence d'Ahrens en Espagne, à travers le krausisme, dans notre livre cité (note 35). Le contact entre démocrates et krausistes a fréquemment été signalé; cfr., par exemple, A. EIRAS ROEL (note 8), pag. 253. Beaucoup plus étroit et symptômatique est le contact de l'inspirateur du projet, Montero Ríos: il participe en 1876 à la réunion de fondation de l'Institution Libre d'Enseignement, et est nommé Vice-Recteur et l'année suivante Recteur. Sa condition de « catholique libéral » le convertit en exemple vif de la tolérance que le krausisme prédiquait, D. GOMEZ MOLLEDA ajoutte que sa complexe « accomodation mentale » produisait du confusionisme entre les catholiques (*Los reformadores de la España contemporánea*, Madrid 1966, pag. 261; aussi pags. 144-145 et 239). A. AGUNDEZ aventure que son èloignement successif du groupe se dut à l'anticléricalisme de certains de ses membres les plus distingués, *Montero Ríos y la Administración de Justicia*, « Información jurídica » *Montero Ríos y la Administración de Justicia*, « Información jurídica » 1971 (310) pag. 57; plus rigoureux semble l'exposé de V. CACHO VIU, qui signale que ses cours de doctorat (comme ceux de Giner lui-même) se retrouvent sans élèves, et une fois remis sur sa chaire universitaire il se laisse absorber par la politique (*La Institución Libre de Enseñanza*, Madrid 1962, pags. 434, 481 et 532).

([52]) F. SILVELA, DS 9.V.70 (276) pags. 7827 et 7833.

([53]) MARTIN DE HERRERA, DS 3.V.70 (271) pag. 7630. Sur le parenté de cet argument avec les positions de « sécularisation uniformiste » cfr. *infra*.

Cette seconde ligne d'argumentation obtient un certain écho, malgré l'intérêt de la majorité à ne pas se laisser emporter sur des terrains aussi glissants.

> On arrive à admettre d'une manière isolée qu'il eût été préferable que la loi (qui avait un caractère « provisional ») n'eût pas abordé si nettement la matière, ajournant pour sa discussion définitive — la décision lui faisant référence (54). Cela démontre déjà l'existence d'une attitude divorciste, quoique minoritaire. Un autre de ses exposants — peut-être pour considérer que la meilleure défense est l'attaque — ne rejette pas que peut-être un jour on admettra le divorce, « cuando la sociedad haya cambiado totalmente de aspecto », mais suggère en même temps qu'on ne peut pas exclure que l'Eglise puisse l'admettre un jour en ces circonstances (55).

L'appel au religieux comme base de l'indissolubilité finit, cependant, par être renvoyé comme une arme: si le divorce surgit dans certains pays ce n'est pas comme conséquence du mariage civil, mais de l'influence sociale de la religion ... protestante (56).

IV. *Le mariage est « quelque chose de plus » qu'un contrat.*

Le contrat étail-il la figure juridique appropriée pour canaliser une conception personnaliste du mariage? Par celle-ci il faut comprendre celle qui, enracinée dans la sociabilité naturelle de l'homme, est à la fois enemie de conceptions collectivistes — qui font que la personne individuelle disparaisse absorbée par un « tout » — et d'options grossièrement individualistes — qui ignorent toute dimension de solidarité.

La conception contractuelle, avec sa concession d'une importance décisive au consentement librement exprimé, défendu des pressions de la peur, de l'erreur etc., contribue à éviter la tendance au collectivisme. La « philosophie » des empêchements canoniques apparaît en bonne partie au service de cette défense de la « person-

---

(54) BUENO, DS 13.v.70 (280) pag. 7950, membre du parti progressiste.

(55) Le progressiste V. GONZALEZ, DS 14.v.70 (272) pag. 7673.

(56) MARTOS, DS 28.iv.80 (268) pag. 7535; MONTERO RIOS, 29.iv.70 (269) pag. 7567.

ne » ([57]), évitant qu'un acte si décisif se voie conditionné par des pressions de son entourage familial ou social.

Ce qui est douteux est si la figure du contrat est capable de conserver cette garantie de la « personne » face à un individualisme se méfiant de tout conditionnement à la volonté individuelle. La « sociabilité » implique un individu solidaire; la famille, come facteur de sociabilité, exige — pour surgir — un individu non annulé et — pour croître — un individu conditionné par des tendances solidaires. Dans ce second aspect, la figure du contrat apparaîtra bientôt insuffisante. Le refus décidé du divorce de lien dans le Projet semble mettre d'accord tout le monde sur le fait que le mariage ne serait pas un simple contrat. Mais les conséquences de cette affirmation seraient encore très diverses.

Le Préambule refuse toute conception individualiste.

> « En el matrimonio el hombre y la mujer forman una sola entidad más perfecta en la vida social, que la que constituye cada uno de ellos por sí solo », et cela le convertit en « el más importante de los contratos en que se puede coartar la libertad del individuo » ([58]). Dans le débat, sans renoncer à le considérer comme contrat, on lui attribue un caractère « especialísimo », puisqu'il serait « perpetuo » et irrévocable ([59]).

([57]) R. WIETHÖLTER, qui analyse les attitudes des différentes confessions religieuses devant le mariage considère que le christianisme dissout les positions tribales, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt 1968 (il y a une version italienne, Bari 1975, cfr. pag. 136). De son côté. J. CARBONNIER signale que, tandis que la famille tribale était un fait qui émergeait, « fonder » une famille implique déjà un acte de la volonté, *Flexible droit*, Paris 1971, pag. 170.

([58]) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pags. 3 et 10. On signale aussi dans la doctrine de l'époque que placer le mariage entre les autres contrats « sería rebajar su verdadera importancia equiparándolo a las más vulgares transacciones de la vida », P. GOMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBAN, *Elementos del derecho civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid 1870, t. I, pag. 364.

([59]) Respectivement les progressistes MARTINEZ RICART, DS 3.V.70 (271) pag. 7625, et GIL SANZ, 26.IV.70 (266) pag. 7469. R. MENEGHELLI, en étudiant *La genesi del diritto nell'esperienza etica del matrimonio*, Padoue 1957, pags. 111 et 113, ne conçoit pas un mariage avec le caractère « ad tempus » propre des relations économiques basées sur l'utilité; il n'y aurait pas un authentique « vivre » ensemble (pag. 121).

On reconnaît donc que, le contrat formalisé, quelque chose de plus que l'addition de deux volontés en accord surgît: une réalité « sociale » capable de conditionner définitivement ceux qui passent le contrat, les situant dans un « état » irréversible. Après le mariage l'individu ne retournera jamais à son indépendance; la mort de son conjoint pourra le transformer en « veuf » mais ne le reconvertira pas en « célibataire », parce que sa famille était plus qu'une relation bilaterale.

> Le Préambule soulignait cette incompatibilité entre individualisme et famille: « si los cónyuges están obligados a esta vida en común, y si esta obligación no se regula exclusivamente por un derecho privado correlativo, porque su principal fundamento es la moralidad y el orden público, no podrán los cónyuges por su sola voluntad divorciarse ni aun separarse » ([60]).

Le mariage est « quelque chose de plus » qu'un contrat parce que de lui naît la famille, qui est plus qu'une addition d'individus. L'admission de la famille comme germe de « sociabilité » choque avec un « contractualisme » individualiste stricte. Réellement si le contrat joue seulement comme « *modèle* » de relation sociale, il peut coéxister avec les manifestations de la sociabilité humaine; si, par contre, le contrat s'érige en unique *fondement* de la réalité sociale, l'individualisme ne tolèrera aucun conditionnement durable. Le mariage finira par être indissoluble seulement dans les cas où une volonté maintenue de ne pas le dissoudre se sera donnée ([61]).

Les défenseurs du Projet s'efforcent pour rendre compatible le contractualisme démocratique avec le renfort des conditionnements éthiques de l'individualisme. Pour cela, le « droit naturel » entrera, une fois de plus, en scène.

> Le mariage, « contrato natural », « no es sólo un acto individual », « es también un acto social. Y lo es porque en el matrimonio se funda la familia, y la familia es uno de los fundamentos

([60]) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 13.

([61]) MONTERO RIOS ne semble pas très conscient de cette nuance. Si le projet n'est pas « individualiste » c'est parce qu'il prévoit l'intervention de l'Etat; mais l'individualisme ne lui semble pas rechassable. Cela fait penser que, pour lui, un régime matrimonial basé sur la simple contratation privée continuerait à engendrer l'indissolubilité au dessus de quelconque consensus futur de signe différent, DS 29.IV.70 (269) pag. 7569.

de la sociedad » (62). « La ley no puede obrar de una manera arbitraria; al determinar la forma, las condiciones y los efectos de un contrato, lo hace estudiando su naturaleza » et c'est la « sanción natural » celle qui rend le mariage indissoluble, car « los hijos con el divorcio quedan perdidos » (63).

Ce seront deux républicains ceux qui se distingueront le plus dans cet effort pour fonder d'une perspective laïque l'indissolubilité. « Yo creo que hay una moral anterior y superior a todas las religiones (64), que es la moral racional, y en nombre de esa moral », « vengo a proclamar aquí la monogamia y la indisolubilidad del matrimonio, porque el matrimonio es *más que un contrato* » (65). « Porque es un acto eminentemente social, por eso hemos sotenido desde estos bancos que con arreglo a la ciencia y a la filosofía, el matrimonio debe ser indisoluble »; « por eso el matrimonio es *mucho más que un contrato* » (66).

Le *contrat* se montre donc, de cette perspective, comme un modèle utile pour faire ressortir la consistance naturelle du mariage par rapport à son élévation sur-naturelle par le sacrement; mais en même temps on reconnaît son insuffisance pour garantir le conditionnement éthique, « sociable », des tendances individualistes (67) qui poussent au divorce.

Les opposants au Projet radicalisaient cette insuffisance, arrivant à estomper la ligne de division entre le plan naturel

---

(62) Sur cela l'accord de l'opposition et absolu: TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7285, et CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267) pag. 7493.

(63) MADRAZO, DS 2.IV.70 (263) pags. 7261 et 7354.

(64) Déjà durant l'exposition du Projet dans les Assemblées législatives on considérait le mariage « anterior a la existencia de la religiones positivas », en affirmant que « es por su naturaleza un contrato » et que « es también entre los cristianos un sacramento », DS 17.XII.69 (185) premier appendice, pag. 2.

(65) DIAZ QUINTERO, DS 6.V.70 (274) pag. 7758 (le souligné est à nous).

(66) RIO Y RAMOS, DS 11.V.70 (278) pag. 7902 (le souligné est à nous).

(67) Une réalité identique se constate d'après des perspectives iusnaturalistes catholiques plus récentes. Ainsi J. LECLERCQ signale l'utilité de la figure du contrat pour garantir la liberté de l'*acte* constitutif du mariage, mais son insuffisance pour rendre compte du mariage comme *état*, et il rappelle que l'Eglise, après avoir distingué soigneusement contrat et sacrement, finit par contempler avec surprise que sa théorie se retourne contr elle, *Leçons de droit naturel*. III. *La famille*, Namur-Louvain 1958 (4a), pags. 41-43. J. HERVADA remarque que le désir ardent d'accentuer la dimension sacramentale finit par concéder une importance hors d'orbite au contrat dans la conception catholique du mariage (note 40) pags. 22 et 39-40.

et le surnaturel. De cette perspective ce « quelque chose de plus qu'un contrat », caractéristique du mariage, acquiert une valeur inéquivoquement religieuse. La particularité du mariage consiste dans le fait qu'il unit non seulement les corps mais aussi les âmes, de sorte que le religieux « lo envuelve por completo » ([68]). Par cela, quoi qu'il ait une forme de contrat, « es *una cosa mucho más alta* », « una gran institución, un gran hecho moral » qui « debe inspirarse en la doctrina dada por la esfera que sea órgano de la verdad moral y religiosa » ([69]). Le surnaturel finira, une fois de plus, par avaler le naturel et on ne conçoit plus de morale sans religion. « Para los cristianos » (seulement pour eux?) « el matrimonio es *otra cosa*, el matrimonio es antes que nada *una profesión religiosa* » ([70]). De là que « el ideal de la ciencia es que el matrimonio, institución eminentemente moral, sea, al mismo tiempo que por las leyes, sancionado por una religión » ([71]).

La conclusion dit que, pour les catholiques, le sacrement est inséparable du contrat ([72]). Mais de là on ne peut déduire avec fondement le maintien de l'obligatoriété générale du mariage canonique, puisque la Constitution elle-même admettait — comme hypothèse — la possible existence d'espagnols non catholiques et — comme fait — celle d'étrangers de cette condition. Il ne resterait donc plus que la voie de demander des effets civils pour le

([68]) GONZALES MARRON, DS 21.IV.70 (272) pag. 7310.

([69]) MORENO NIETO, DS 30.IV.70 (270) pags. 7598 et 7599. Ceux qui pour lui représentaient cette sphère avaient été tranchants: le mariage exista avant la société, « no como un contrato civil, porque no podía serlo, sino como *contrato natural*, cuya indisolubilidad y conyugal unión con todos los deberes y derechos, así como los de la familia, fueron *delineados por el* dedo soberano del *Creador* »; « ni entonces, ni ahora, el matrimonio pudo ser un contrato civil, ni la potestad secular puede darle tal carácter », 10.V.70 (277) pag. 7871 (le souligné est à nous). Il existe donc une coincidence sur l'existence d'un noyau naturel du mariage; pour certains, il ne peut que civilement être déclaré avec effets juridiques; pour d'autres, faire abstraction de la dimension religieuse équivaudrait à « dénaturaliser ».

([70]) ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.V.70 (280) pag. 7961 (le soulingé est à nous). Pour MORENO NIETO il est essentiellement religieux, 30.IV.70 (270) pag. 7599. CALDERON COLLANTES nuança plus: il est « esencial, aunque no exclusivamente religioso », 27.IV.70 (267) pag. 7495.

([71]) ROMERO ROBLEDO, DS 6.V.70 (274) pag. 7747.

([72]) CALDERON COLLANTES, DS 28.IV.70 (269) pag. 7536; avant OCHOA, qui rappelle que le Concile de Trente « es ley para los católicos españoles », 25.IV.70 (265), pags. 7434 et 7435.

mariage canonique (ou de quelconque confession religieuse non contraire à la morale et à l'ordre publique) et établir comme subsidiaire le civil ([73]). Cela était-il compatible avec le processus de sécularisation?

V. *La norme juridique comme modèle de conduite « normale ».*

Avant d'entrer dans ce qui nous paraît l'aspect central de la question, il conviendrait de signaler le jeu de quatre éléments significatifs. Deux d'entre eux sont des exigences essentielles du principe de liberté religieuse:

1) Personne ne peut être obligé à souscrire des conceptions religieuses que sa conscience n'ait pas assumées librement. Cela écartait le maintien de l'obligatoriété *généralisée* du mariage canonique pour tous les citoyens, quelle que fût leur religion. D'ailleurs on avait déjà célébré de fait des mariages civils, ce qui montrait que cette situation n'était pas unanimement acceptée.

2) Aucune manifestation des propres convictions religieuses ne peut s'interdire sauf pour des exigences fondamentales de la vie sociale. La délimitation de la portée de celles-ci sera un point décisif, car une conception « sécularisatrice » extrême mènerait à exclure radicalement tout reflet social des convictions religieuses. Dans quelle mesure cette exigence généralisée n'équivaudrait-elle pas en pratique à l'imposition d'une « confessionalité séculière »? ([74]).

([73]) Celui-ci serait en effet le système adopté par le Décret du 9 février 1875, qui marqua la perte de vigueur de la loi de 1870, une des rares « provisionnelles » qui, en Espagne finît par l'être .La forte résistence sociale contra laquelle choque son accomplissement aurait une influence décisive sur ce fait. F. SILVELA lui-même aurait, avec le temps l'occasion de signaler que plus d'un dixième des mariages canoniques restèrent sans inscription dans le Registre Civil, avec les répercussions correspondantes dans le terrain de la filiation.

([74]) Si nous retournons à la conception de N. LUHMANN (note 44) — qui réchasse expressément la *sécularisation* comprise comme une péculière religion « séculière » ou « civile » (pag. 226) — nous voyons qu'il signale comme conséquence inexcusable de la « différenciation systémique fonctionnelle » une *privatisation* de la décision religieuse (pag. 232). Nous aurons plus tard l'occasion d'approfondir sur la portée pratique de cette proposition (cfr. note 81).

Les deux autres éléments qui entrent en jeu reflètent des phénomènes juridiques qui peuvent être conflictuels:

3) La constatation du fait que la norme juridique agit comme modèle de conduite « normale », acquiert un relief pédagogique de grande influence dans la conformation des modes de vie du citoyen ([75]). Cela explique que la lutte pour la présence sociale des exigences correspondant à certaines convictions religieuses se convertisse en lutte pour son reflet dans les normes juridiques. Le phénomène contraire n'est pas moins certain: la proposition d'éliminer tout conditionnement juridique « soupçonné » de fondement religieux apparaît inévitablement, pour les convictions religieuses en vigueur, comme un acte de belligérance réalisé au nom d'une conception tout aussi totalisatrice que quelconque religion.

4) Entre en jeu, en dernier lieu, l'exigence — propre de l'individualisme — que les préceptes affectant le status des personnes jouissent de *généralité.* Il s'agit ainsi d'éviter que des groupes différents de l'Etat conditionnent la conduite de l'individu, pour considérer que cela amènerait des effets discriminatoires.

Le chassé-croisé de ces éléments n'est pas libre de conflits. Une sortie *neutre* est-elle possible? De la réponse dépendra que le processus sécularisateur soit capable d'éliminer le phantôme des *guerres de religion,* ou se convertisse à son tour en une nouvelle « confession », intolérante en plus ...

([75]) Dans sa théorie « réaliste » du droit, OLIVECRONA a fait ressortir avec une emphase spéciale cette réalité, par exemple, *Law as Fact,* Londres 1939 (version espagnole de G. Cortés, Buenos Aires 1959, pags. 125 et 130. Les références de R. v. IHERING au rôle de la « forme « juridique ne sont pas moins illustratives si nous désirons approfondir dans la capacité de « conformation » sociale du projet dont nous faissons le comentaire: « la forme est soeur jumelle de la liberté elle est le frein qui détient ceux qui veulent convertir la liberté en licence »; « elle suppose toujours un contenu; elle est le contenu du point de vue de sa *visibilité* »; elle s'utilise quand « le législateur n'a pas voulu abandonner l'affaire au bon sens ou à la convenance des parties »; « la différence entre manque de forme et formalisme conduit à la distinction entre l'individualisme et l'egalité abstraite »; « la forme est pour les actes juridiques ce que la frappe est pour la monnaie » etc. nous citons pour la « Abreviatura » de *L'esprit du droit romain* (ed. F. Vela, Madrid 1962 ([2a]), pags. 285-286 et 293).

Dans la polémique qui nous occupe, il semble s'établir par les deux parties que *la religion n'implique aucun conflit avec les libertés modernes* ([76]). Comme preuve de cela les défenseurs du Projet rappellent que l'*on n'interdit pas* le mariage religieux ([77]), que, quoiqu'il ne produise pas d'effets civils, il sera toujours réputé licite, étant épargné de la punibilité prévue pour le concubinat ([78]).

La collision se produit en fin à cause de la *non reconnaissance d'effets civils au mariage canonique*, pratiqué par l'immense majorité de la population ([79]), ni à aucun autre mariage religieux, même s'il ne revêt aucune nuance opposée à la morale ou à l'ordre public. Cette attitude se pose comme une exigence indéclinable de l'autonomie du séculier.

« querer que la bendición del sacerdote produzca efectos civiles, vale tanto como querer que el matrimonio civil produzca efectos sacramentales » ([80]).

([76]) Ainsi MONTERO RIOS, DS 19.IV.70 (260) pag. 7254, ou SORNI, qui se déclare catholique et républicain et doute du catholicisme de ceux qui (comme OCHOA ou GONZALEZ MARRON) prétendent monopoliser le titre, 14.V.70 (281) pags. 7987 et 7990. CALDERON COLLANTES affirme aussi que « la liberté n'a rien à craindre de l'Eglise, ainsi comme l'Eglise n'a rien à craindre de la liberté », 27.IV.70 (267) pag. 7494.

([77]) MADRAZO, DS 22.IV.70 (263) pag. 7353. Le parenté de cet argument avec celui popularisé par la tendance permissive: « on n'oblige personne à ... » est clair. La réponse ne se fait pas attendre: « pues no faltaba mas ... », ALVAREZ BUGALLAL, 13.V.70 (280) pag. 796.

([78]) Le progressiste ROJO ARIAS, DS 11.V.70 (278) pag. 7906.

([79]) Le « permettre » et ne pas lui concéder d'effets civils est une simple fiction, CALDERON COLLANGES, 27.IV.70 (267), pag. 7497. Avant et après lui GONZALEZ MARRON, 22.IV.70 (263) pag. 7358, et MORENO NIETO, 30.IV.70 (270) pag. 7603, insistent sur le même argument.

([80]) DIAZ QUINTERO, DS 6.V.70 (274) pag. 7758. Il est curieux de constater la dissemblable actualité des deux éléments de cette affirmation. Il est peu fréquent de trouver aujourd'hui en Espagne quelqu'un qui souscrive la première, quoiqu'il ne manque pas l'un ou l'autre exemple: « llevar al Registro Civil la partida sacramental para entender, desde el punto de vista de la legislación del Estado, contraído el matrimonio, resulta anacrónico, como lo sería exigir la de bautismo », L. DIEZ-PICAZO, *El derecho de la persona...* (note 36), pag. 142. Cependant les propositions de « canonisation » du mariage civil semblent avoir un certain futur (cfr. *infra* notes 103 et 108).

Cette obligatoriété généralisée de la forme civile de mariage prétendait, de ce point de vue, que la norme juridique fasse ressortir la compétence exclusive de l'Etat sur la dimension *sociale* du mariage, reléguant son contenu religieux à la sphère de ce qui est individuellement permis ([81]). On aspire à dessiner une vie publique neutre à toute religion, tandis que la normative antérieure avait habitué à considérer comme « normal » le contraire.

L'Eglise avait exercé en Espagne toutes les compétences s'y référant, et était même la seule à enregistrer sur document les changements de l'état familial du citoyen-fidèle ([82]). L'exigence d'un recul de cette présence sociale fait que la polémique se pose même jusqu'au tour des détails les plus insignifiants ([83]).

Pour accomplir cette « récupération de compétences », l'Etat se considéra aussi obligé à assumer pour les effets civils la dispense des empêchements. Une fois repris dans le Projet, selon l'exemple de la normative canonique, obliger tous ceux qui en seraient affectés à recourir à une autorité ecclésiastique n'aurait plus de sens de sorte qu'ils pourraient la refuser en conscience ([84]); à part le fait que cela supposerait reconnaître « la in-

---

([81]) Pour N. LUHMANN (note 44) la conception systémique de la sécularisation — qui aurait dépassé la critique de la religion à partir de positions contraires — élimine tout essai de réalisation du religieux au niveau de l'emsemble social; la religion cesse de s'ériger en point décisif unilateral de l'orientation sociale, pour être reléguée dans l'activité sociale au terrain du « temps libre ». Il reconnaît que cela implique des « restrictions » (pags. 71, 61, 231, 239 et 233).

([82]) Cela provoque un débat qui fait ressortir les méfiances mutuelles. V. GONZALEZ craint que les curés ne se résistent à transférer au Registre Civil les renseignements opportuns, pour le considérer matière « éclesiastique », DS 4.v.70 (272) pag. 7672. De son coté ORTIZ DE ZARATE semble le confirmer quand il clame que « no ha habido revolución alguna, que se haya atrevido a poner su mano sacrílega sobre esos libros sagrados », 11.v.70 (278) pag. 7898.

([83]) Ainsi au moment de s'établir dans l'art. 34 que « los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o *altiempo* del matrimonio civil » on objectera que l'on prévoit que le prêtre se déplace au Tribunal mais pas que le Juge le fasse à l'Eglise, MARTIN DE HERRERA, DS 3.v.70 (271) pag. 7633.

([84]) Les critiques à cette intiative pleuvent des deux cotés. Tandis que pour ORTIZ ZARATE « en las dispensas el Gobierno se constituye en una especie de Papado civil », DS 10.v.70 (277) pag. 7878, BUENO confesse son étonnement devant la nécessité de dispenser un type détérminé d'« empêchements » pour célébrer un mariage civil, quoiqu'il considère à vrai dire comme pire qu'on laisse faire le « poder teocrático de Roma », 13.v.70 (280) pag. 7952.

competencia del Estato para fijar las condiciones de la aptitud de los que hayan de celebrar el matrimonio » (85). Le Préambule se limite à attribuer à « nuestra meridional imaginación » (86) l'étonnement devant cette intervention de l'Etat. Par cela il réaffirme indirectement la capacité de la loi de conformer la mentalité du citoyen (du moins de ceux qui ont un certain niveau d'imagination ...).

La problématique des empêchements donnera lieu à ce que les deux positions s'extrémisent découvrant leurs points faibles respectifs. C'est ce qui arrive au moment de considérer l'empêchement matrimonial des « católicos que estuviesen ordenados in sacris o que hayan profesado en una orden religiosa, canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica » (87).

Il n'y a pas de doute que ce précepte prouve le désir obsessif du législateur d'assumer la normative canonique et d'éviter des conflits. Le Préambule reconnaît que, dans ce cas, on a voulu « respetar la libertad de la Iglesia, absteniéndose de llevar la perpeturbación a su seno ». On reconnaît, donc, des effets civils à une décision adoptée dans la juridiction ecclésiastique, comprenant qu'avec elle le citoyen renonce à ses prérogatives (88). La circonstance serait différente « si el clérigo de orden sacro o el religioso tienen la desgracia (sic) de abandonar la comunión católica », car « el Estado, que no debe violar la libertad de conciencia », « no podía ya continuar reconociendo y sancionado una incapacidad que descansaba sobre la presunta voluntad de aquel cuya limitación de derechos civiles a sí propio era debida » (89).

---

(85) MONTERO RIOS, DS 9.v.70 (276) pag. 7831.

(86) DS 17.XII.69 (285) troisième appendice, pag. 3.

(87) Article 5, 2 du projet.

(88) « El Estado no puede reconocer en ellos un derecho al que han renunciado », DS 17.XII.69 (185) appendice troisième, pag. 6.

(89) « El clérigo que deja de ser católico, está en las mismas condiciones que los demás ciudadanos, y por consiguiente goza de iguales derechos civiles », MONTERO RIOS, DS 5.v.70 (273) pag. 7707. Il est assez significatif que — en détriment du principe d'autonomie de la volonté — ce même projet qui rechasse le divorce par consensus mutuel, considèrent que l'indissolubilité naturelle prime sur la volonté individuelle, considère révocable ce renoncement à contracter le mariage.

Cette position découvre une inconséquence claire: on concède des effets civils — par la voie des empêchements — au sacrement de l'ordre (ou à un voeux religieux) et on ne fait pas de même avec la forme sacramentale du mariage, quoique cela se demanderait avec insistance. Le soupçon qu'il y ait en jeu plus qu'un problème de « compétences » prend corps.

Dans le secteur contraire il est assez significatif que l'on arrive à nier la liberté de conscience avant d'admettre le mariage civil du prêtre apostat.

> Le « caractère » sacramental justifierait cette interdiction — que la normative pénale pas encore modifiée sanctionnait implicitement ([90]) —, mais l'argumentation arrive à des extrêmes exagérés quand on considère que le texte cause une « herida terrible » « al prestigio del clero » et à « la moralidad de las familias » ([91]).

On essaye donc, dans ce cas, que la normative civile sanctionne coactivement l'observation d'un compromis religieux. Cela résulte relativement « congruent » si l'on rappelle que pour eux l'indissolubilité matrimoniale, souscrite dans le Projet, était un phénomène aussi religieux que le précédent.

Il ne semble pas difficile de penser qu'entre les détracteurs du Projet il manque très fréquemment une délimitation minime entre les aspects religieux et séculiers du mariage. D'autre part, la bonne intention du Projet de ne pas trébucher innécessairement sur les instances religieuses — refletée dans son désir obsédant de traduire séculièrement les dispositions ecclésiastiques — est en contraste bruyant avec la négative obstinée à reconnaître des effets civils au mariage canonique, le faisant compatible avec un système civil facultatif et moins prolixe.

Le désir persistant de marquer avec l'expressivité maximum l'autonomie de la sphère séculière exerçait son influence, en assumant clairement les compétences; mais nous devons examiner plus lentement le jeu réel du principe d'« égalité devant la loi » en sa péculière version individualiste.

([90]) Toro Moya, DS 20.IV.70 (271) pag. 7287.

([91]) Martin de Herrera, DS 4.V.70 (271) pag. 7666.

VI. *Entre le pluralisme et l'égalité: la lutte pour le « normal ».*

Quand la légalisation du mariage civil paraît inquestionnable, les opposants versent tous leurs efforts d'argumentation à faveur de ce qu'on appelle le système « portuguais », qui implique la coexistence du mariage canonique — avec effets civils — et du mariage civil, pour ceux qui, à cause de ses connotations religieuses, ne désireraient pas invoquer cette forme ou quelconque autre ([92]). Le Préambule rejette cette possibilité, parce que « viola el principio fundamental de la Constitución de todo pueblo libre: la *igualdad ante la ley* ».

> On considère qu'elle entraînerait « la desigualdad sustancial de derechos y deberes de los ciudadanos de un mismo Estado sobre el acto más importante de la vida » ([93]). L'insistance sur le contre-argument est continue de la part des défenseurs du Projet: cela donnerait lieu à des castes religieuses; cela entraînerait une discrimination anticonstitutionnelle pour des motifs religieux ([94]); sans que l'inévitable recours à l'idiosyncrasie nationale ne manque: « en Inglaterra es vivo el sentimiento de

---

([92]) Tel est le sens — avec des nuances sur sa configuration « facultative » ou « subsidiaire » — qu'lnt les amendements dirigés par MORENO NIETO, DS 29.IV.70 (269) pag. 7570, et MARTIN DE HERRERA, 3.V.70 (271) pag. 7628. GONZALEZ MARRON, 19.IV.70 (260) pag. 7244 et 21.IV.70 (262) pags. 7321 et 7324, TORO MOYA, 20.IV.70 (261) pag. 7287 et CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267) pag. 7499, insistent sur ses propositions. F. SILVELA également, en ce qui concerne la dispense d'empêchements, pour éviter une double formalité, écclésiastique et civile, 9.V.70 (276) pag. 7826. Comme on peut observer, pratiquement tous les protagonistes du du débat, sauf les traditionnalistes et certains unionistes de moins d'envergure.

([93]) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 2 (le souligné est à nous). N. LUHMANN (note 44) considère comme une des conséquences de sa conception systémique de la sécularisation, l'exclusion d'inégalités entre les citoyens et ne doute pas à faire référence comme corollaire au mariage civil (pag. 235). A. DE LA HERA a exposé de son coté qu'une égalité à outrance entre en collision dans la pratique avec la liberté religieuse, dans la mesure ou, à son abri, les non croyants essayent que les croyants partagent dans leur activité sociale leur même passivité religieuse, *Libertad e igualdad religiosa*, dans *Pluralismo y libertad religiosa* (note 4), pags. 32 et 50.

([94]) Respectivement GIL SANZ, DS 26.IV.70 (266) pag. 7470 et MONTERO RIOS, 29.IV.70 (269) pag. 7562. Egalement V. GONZALES, 4.V.70 (272) pag. 7670, et TORRES MENA, 6.V.70 (274) pag. 7755.

> la *libertad*; pero no es igualmente vivo el sentimiento de la *igualdad*. No sucede lo mismo en los pueblos de la raza latina » ([95]).

L'intention sécularisatrice pousse au paradoxe. Après avoir assumé, même exagérément, des éléments éthiques et formels du mariage canonique, on argumente que lui concéder des effets civils serait un « privilegio » ([96]), ou que cela équivaudrait à « obligar » civilement les catholiques à le célébrer, en les supposant peu pratiquants ([97]). Réellement le système proposé ne devait pas nécessairement obliger à prouver la non appartenance à l'Eglise catholique pour choisir le mariage civil, du moment que celui-ci se configure comme simplement facultatif et non pas subsidiaire ([98]). La « liberté » religieuse exigée par le pluralisme apparaît comme un « privilège »; si elle essaye de rendre réelle sa présence sociale elle est mal interprétée, comme du proselitisme par des moyens juridiques.

La conviction de que, grâce à l'égalité, on arrive à une ébauche *neutre* permet qu'on affirme que « *a nadie se le obliga* » « a que se case de esta o de la otra manera » ([99]). La vérité est qu'on obligeait les citoyens catholiques à se marier devant le juge ([100]), s'ils voulaient que leur mariage ait des effets civils, bien qu'on ne leur interdît pas une cérémonie additionnelle. De toute manière, l'af-

---

([95]) MADRAZO, DS 2.IV.70 (263) pag. 7352 (le souligné est à nous). Ce fut au tour de la droite dans cette occasion à rechasser le « Spain is different »: « la raza latina ama la libertad y la igualdad », CALDERON COLLANTES, 27.IV.70 (267) pag. 7499.

([96]) MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7534.

([97]) GIL SANZ, DS 26.IV.70 (266) pag. 7467. MONTERO RIOS également, 29.IV.70 (269) pag. 7565. Des interventions peu heureuses comme celle de MORENO NIETO pour qui le projet « sería una perpetua tentación para los cristianos tibios », 30.IV.70 (270) pag. 7604, jusrifiaient ce reproche. Il essayait peut-être par cela de répondre à la question du document des Evêques qui se demandait si « se han propuesto, por ventura, los autores del proyecto descatolizar al pueblo español, estimulándole de una manera cautelosa », 10.V.70 (277) pag. 7872.

([98]) Sur l'évolution postérieure de ce thème cfr. G. GARCIA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el derecho español*, Roma-Madrid 1959, pags. 16-21.

([99]) BUENO, DS 13.V.70 (280) pag. 7949.

([100]) Insinuer qu'avec cela on les obligerait à commettre un « sacrilegio », TORO MOYA, 20.IV.70 (261) pag. 7285, était sans aucun doute une exagération pamphlétaire.

firmation que l'*égalité* devant la loi imposait une cérémonie *uniforme* était excessive. La liberté de cultes même impliquait une « desigualdad » des citoyens, et rien empêchait que sa libre expression se reflétât dans les formes de mariage. Le contraire impliquerait « igualdad de cultos » ([101]).

Ce qui est en jeu c'est tout un concept de « sécularisation » et, en conséquence, de la liberté religieuse. Pour une *sécularisation pluraliste* l'autonomie séculière ne se voit pas affectée parce que la présence sociale d'options religieuses majoritaires atteignent démocratiquement un *reflet* dans la normative juridique; du moment que ça ne se fasse pas d'une manière généralisée qui affecte les consciences divergentes. Le résultat serait un *pluralisme* juridique parallèle au religieux. Una *sécularisation uniformiste* exige, au contraire, que l'on déracine de la normative juridique toute option à fond religieux, parce que la liberté serait suffisamment garantie par la *non-interdiction* de sa pratique privée. Le résultat auquel on aspire est un droit religieusement *neutre*.

Le problème se pose en toute sa crudité devant le fait que la grande majorité de la population était officiellement catholique. Devant cette réalité, pour obtenir une ambiance civile « neutre » il ne suffirait pas — comme dans une societé de pluralisme religieux remarquable — d'une simple *égalité* de *traitement*, mais il serait nécessaire d'imposer l'*uniformité* pour « neutraliser » le poids de ce secteur majoritaire ([102]), qui conformait pratiquement les canons de « normalité » sociale.

Dans ces circonstances, la « sécularisation uniformiste » n'essaye pas seulement d'éviter des obstacles juridiques à l'exercice

---

([101]) « La igualdad en el Estado consiste en que todas las uniones se respeten igualmente, y que se dé fuerza legal a todas ellas », CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7499. « La igualdad ha de ser formal pero no material », OCHOA 25.IV.70 (265) pag. 7440.

([102]) Parce que « el Estado no puede declararse imparcial entre quienes esperan de él una tutela o reconocimiento del espíritu religioso » « y quinenes lo solicitan para que se desentienda por completo ». « Declararse inparcial » « es dar la razón a los segundos, tanto como de lo contrario daría la razón a los primeros ». A. DE LA HERA (note 93), pag. 56. Cette aporie théorique invite à une solution politique qui reflète démocratiquement le pluralisme d'options socialement en vigueur.

des modèles de conduite minoritaires mais aussi de leur obtenir socialmennt un brevet de normalité. Dans ce but elle utilisera la norme juridique — avec sa capacité de configurer le « normal » ([103]) — pour réformer les évaluations en vigueur. La *neutralité* disparait, parce que cette tâche, qui n'est plus d'arbitrage aseptique mais d'authentique remodèlement, vise directement à une *neutralisation* de la présence sociale des convictions en vigueur.

> Il est assez symptômatique qu'aujourd'hui la sociologie systémique propose, entre les effets d'une désirable sécularisation, « neutralisation » (sic) des connexions entre les rôles, qui relègue le religieux à un niveau de « micro-motivation » personnelle. On prétend constater que la *fonction* de la religion a changé, mais sans questioner son *sens*. Le problème consiste à savoir si le sens du religieux doit conditionner sa fonction sociale, ou si, au contraire, c'est cette fonction sociale qui doit donner un sens à la religion ([104]). Il n'est pas étonnant que si le plan systemique finit par forger une théorie juridique bien déterminée ([105]), son application au religieux se traduise, malgré les bonnes intentions de son auteur, en une théologie dans toutes les règles de l'art ([106]); à force de constater des faits et dessiner de nou-

---

([103]) En ce sens, la forme de mariage n'a pas seulement un caractère constitutif sinon qu'elle se dirige à une reconnaissance sociale; comme forme « ad valorem » elle réalise una fonction pédagogique et conservatrice d'une « idée » déterminée du mariage, R. NAVARRO VALLS, *Forma jurídica y matrimonio canónico. Notas críticas a las tesis canonizadoras del matrimonio civil*, « Ius canonicum » 1974 (XIV) pags. 78, 83 et 96.

([104]) En rapport au droit la réponse de N. LUHMANN est concluante: le fondement du droit se trouve dans sa fonction (*Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, pag. 39, note 2). Tel est le résultat d'une construction qui ne prétendait autre chose qu'ouvrir des alternatives sustitutrices l'orientation traditionnelle de la théorie juridique (sur sa portée cfr. notre travail « *Systemtheorie* »: *¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, « Anales Cátedra Francisco Suárez » 1973 (13-1) pags. 147-177). De toute manière, le problème est décidé — tant à niveau juridique comme religieux — à partir du moment ou l'on assoi qu'il n'y a pas « un être objectif » indépendant du « système », mais de simples « stratégies d'objectivation » auquelles l'« être » sert de simple « formule d'agrégation », (note 44) pags. 238, 243 et 69.

([105]) Cfr. notre travail *La fonction technocratique du droit dans la « Systemtheorie » de Niklas Luhmann*, « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie » 1975 (LXI-4) pags. 557-566 (version allemande dans *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik* (ed. V. Ronge et U. Weihe) Munich 1976, pags. 131-140).

([106]) Comme tel il faut comprendre sa distinction entre « Eglise », « diachonie »

veaux instruments conceptuels, on débouche dans la proposition normative d'une nouvelle écclésiologie. Il n'est pas difficile de déterminer la paternité de cette théorie juridique et de cette théologie — « enfants non voulus » de la sociologie systémique — puisque les deux finissent par être légitimées par un « développement structurel historique constatable », dans lequel le concept de « Modernité » prend une importance fétichiste ([107]). La « sécularisation » implique une religion « dépolitisée », comme la « programmation conditionnelle » exigeait un droit « dépolitisé »; la théorie juridique technocratique va être accompagnée par une théologie technocratique: la cohérence est enviable.

Le paradoxe se doit au fait qu'il n'y a pas de neutralité possible dans les cas où la norme juridique, par sa capacité d'influencer les convictions personnelles, conserve — qu'elle le veuille ou pas — de l'importance quant à ses possibilités de présence sociale. Dans ces cas, refuser le pluralisme au nom de l'égalité produit de fait une « confessionalité » de signe différent ([108]).

Les défenseurs du projet n'ont pas d'inconvénient spécial à maintenir civilement un empêchement matrimonial pour ceux qui sont liés par des voeux religieux. S'ils transigent envers cette étonnante irruption du religieux dans le séculier c'est parceque, s'agissant d'une circonstance exceptionnelle, considérée socialement comme « anormale », cela n'affectait pas les lignes générales de conduite. Par contre, concéder des effets civils au mariage canonique équivaudrait à certifier que rien n'avait changé, et considérer comme bons les modèles de « normalité » en vigueur ([109]).

---

et « théologie », et sa proposition de convertir la religion en facteur de micromotivation d'une « diachonie » activiste (note 44) pags. 55-59 et 269-270.

([107]) *Ibidem*, pag. 232. Ainsi, en ce qui concerne la religion, elle n'a pas besoin dans les formations sociales primitives de se constituer en « système » différencié, sinon que dans ces societés « pré-modernes » elle maintient une relevance sur la societé dans son ensemble. Avec la Modernité elle se différenciera de la politique et de la science, acquérant l'autonomie (*ibidem*, pags. 38, 102 et 256).

([108]) Ainsi l'imposition obligatoire du mariage civil finit par pousser à sa « canonisation ». Cfr. en référence à cela A. FUENMAYOR, *El matrimonio como contrato civil*, « Revista General Legislación y Jurisprudencia » 1976 (2) págs. 107 et 93, qui considère, cent ans plus tard, que son introduction en Espagne « llevaría consigo, inevitablemente, una innecesaria y perturbadora tensión ».

([109]) Cela donnerait lieu à une simple « tolérance » religieuse plus qu'à une

L'alternative se pose donc entre un processus de « sécularisation pluraliste », qui se limite à marquer des règles de jeu social capables de refléter d'une manière « neutre » les convictions en vigueur, et une « sécularisation uniformiste » decidée à « neutraliser » le protagonisme social obtenu auparavant par certaines confessions religieuses. Dans ce second cas, la valence « confessionnelle » du processus est inévitable ([110]) et, en conséquence, il doit aussi se soumettre aux règles de la « liberté religieuse », au risque de s'imposer antidémocratiquement au couvert d'impératifs de « sécularisation » ou de « modernisation » soi-disant neutres.

> Ni le Projet ni ses défenseurs ne dissimulent ce second aspect du problème. Dans le Préambule on rejette la reconnaissance d'effets civils au mariage religieux, non seulement pour des raison d'autonomie « séculière » mais aussi parceque « imprimiría también una marca infamante en la frente del que tuviera la desgracia (sic) de carecer de creencias religiosas, poniéndole en la dura necesidad de celebrar su matrimonio con una forma excepcional », que « contrastaría con la empleada por los demás ciudadanos » ([111]). Il ne s'agit donc pas seulement de libérer une minorité de citoyens de l'obligation d'établir leurs relations juridiques à travers de formes qui répugnent à leur conscience

---

effective « liberté de cultes », MARTOS, DS 28.IV.70 (268) pag. 7533; MONTERO RIOS insiste sur cela, 29.IV.70 (269) pag. 7569. Nous avons déjà vu comme, à notre avis, le texte consensué de l'article 21 de la Constitution favorisait, en effet, cette interprétation, reflètant la réalité sociale du moment. En référence à cela P. A. PERLADO, *La libertad religiosa en las Constituyentes de 1869*, Pamplona 1970. CALDERON COLLANTES n'oubliera pas, au contraire, de faire appel au contexte européen (obsession continue de la sécularisation espagnole) pour signaler que « la libertad de cultos existe hoy en toda Europa, y sin embargo el matrimonio civil no es la regla general, es la excepxión », 27.IV.70 (267) pag. 7498.

([110]) C'est ce qui arrive quand on réduit la religion à un droit individuel, en rejettant par principe son possible caractère de bien social qui peut être juridiquement protégé. L'analyse, intéressante quant à cela, de la jurisprudence du Tribunal Suprême des Etats Unis, à partir de la sentence Engel versus Vitale de 1962, que réalise, en suivant ONIDA, A. DE HERA (note 93) pags. 47 et ss. Egalement la sentence du Tribunal Constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne du 16 octobre 1979, de signe opposé. Un résultat sembable a le peu d'attention que N. LUHMANN (note 44) prête à la possibilité de ce que la religion soit non seulement un « micromotif » personnel (en utilisant sa terminologie) mais aussi un « macro-phénomène » social (pag. 204).

([111]) DS 17.XII.69 (185) troisième appendice, pag. 2.

> — jusqu'ici arriverait la *non-imposition* des propres convictions religieuses aux autres citoyens — mais aussi de conférer à un modèle de conduite (qui se considère conséquence d'un « malheur ») un brevet de normalité — l'imposant juridiquement à la société qui le lui niait. Dans le débat on approfondit le problème, en rappelant que, ayant des gens qui qualifiaient de « concubinato » quelconque mariage civil possible — si cette forme ne s'imposait pas avec une obligatorieté générale — « una raza aparte », « maldita », « avergonzada, que se va a casar por el matrimonio civil » ([112]) surgirait.

On aspire donc, plus qu'à récupérer les compétences juridiques que le protagonisme ecclésiastique avait assumées, à neutraliser la présence sociale parallèle de ses principes. Cela exigeait une morale de rechange qui difficilement pouvait s'obtenir — en respectant le pluralisme — au nom d'une sécularisation « neutre ». Ainsi surgit le danger de donner lieu à un nouveau despotisme « éclairé » qui s'arrogerait le droit de monopoliser la configuration des modèles sociaux de conduite ...

> L'« opposition », de son côté, n'oublie pas de constater la présence sociale effective des lignes de comportement catholique, et elle ne semble pas mécontente du fait. « Se considera que no es buen casado aquél que no lo ha sido ante la Iglesia » ([133]); « toda mujer que se estime, que vaya al Juzgado municipal, ha de ir con las mejillas enrojecidas » ([113]); la femme mariée civilement ne pourra jamais s'égaler socialement à celle mariée chrétiennement ([115]). Sa résistance devant l'imposition générale d'un modèle de conduite minoritairement désiré est fermée: « por salvar la marca de infamia a unos pocos, poquísimos ateos, que *no deben tener a infamia el decirse tales, se impone la infamia* de la marca del matrimonio civil a 16 millones de españoles » ([116]).

([112]) SORNI, DS 19.IV.70 (260) pag. 7250 et MARTOS, 28.IV.70 (269) pag. 7532. Le parallélisme avec les suppositions jurisprudentielles repris dans la (note 118) est clair et net.

([113]) TORO MOYA, DS 20.IV.70 (261) pag. 7286.

([114]) OCHOA, DS 25.IV.70 (265) pag. 7439.

([115]) CALDERON COLLANTES, DS 27.IV.70 (267) pag. 7500.

([116]) ORTIZ DE ZARATE, DS 10.V.70 (277) pag. 7878 (les soulignés sont à nous). TORO MOYA n'avait pas été moins catégorique: « el concubinato se va a concertir en matrimonio legítimo, y el matrimonio legítimo en concubinato », 20.IV.70 (261) pag. 7286.

« Vosotros lo habéis dicho, lo que queréis es que a costa de la inmensa mayoría de los españoles, puedan deslizar más *cómodamente* sus errores los ateos » ([117]). Il s'agit de ce qu'un comportement « malheureux » apparaisse comme « normal ».

VII. *Imposition juridique de l'éthique permissive.*

Le fait que certaines exigences éthiques — fondées sur des options religieuses — se voient reflètées dans la normative juridique à cause de leur enracinement social, attaque-t-il vraiment la vie en commun séculière? Le *permissivisme* juridique propre de la sécularisation égalitaire semble ignorer, avec sa réponse affirmative, le jeu du droit comme celui qui conforme le niveau éthique de la société. D'après cette perspective *tout doit se permettre* (la conduite de la moindre exigence éthique doit se généraliser) parceque comme cela *on n'oblige personne.* A sa base il y a une peculière conception anthropologique: individualiste et optimiste.

L'*individualisme* joue quoique logiquement on ne permette pas *tout.* Les barrières qui se lèveront d'une manière permissive sont celles qui imposent des conditionnements à la volonté individuelle comme conséquence de la présence « des autres »: les exigences éthiques, même socialement enracinées, qui nient cet individualisme sont refusées comme des « impositions » antidémocratiques, tandis que les options — non moins éthiques — qui le favorisent se considèrent comme des impératifs du vide neutre.

Très vite on nierait la possibilité même d'un autoconditionnement personnel irrévocable, même s'il part de la libre volonté individuelle, parceque l'individualisme n'admet pas de restrictions indéfinies. Sa capacité expansive va exigeant l'élimination de tout conditionnement solidaire, arrivant même à nier la catégorie d'individu à celui qui, par son désir de naître

([117]) ALVAREZ BUGALLAL, DS 13.v.70 (280) pag. 7960. Les affirmations semblables ne manquèrent pas dans la doctrine: le mariage civil « no efecto de la *libertad* de cultos, que exigiría a lo más el respeto de todo rito y de toda ceremonia, sino el sacrificio exigido a los hombres de y principalmente a los católicos por un principio de mal entendida *igualdad,* en honor de la incredulidad y del ateísmo », B. GUTIERREZ FERNANDEZ, *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español,* Madrid 1871 (3ª), t. I, pag. 361. (Dans les deux citations les soulignés sont à nous).

ou de prolonger sa vie, met en danger l'individualisme (*on n'oblige personne* à éliminer l'enfant non désiré, ou a éliminer le malade condamné, mais il est impérieusement nécessaire de *le permettre*).

Mais dans le cas qui nous occupe la situation est, pour le moment, différente: les exigences éthiques des modèles en lice — mariage canonique et civil — sont semblables. C'est la « présence » sociale du religieux qui se considère comme perturbatrice, dans la mesure où elle marque des lignes de conduite susceptibles d'évaluations différentes. Il devient nécessaire de *généraliser* une d'elles pour éviter une réalité: que la conduite qui assume des règles religieuses puisse se considérer comme socialement plus valable, et finisse par conditionner moralement le reste des citoyens. Dans cette première étape c'est la simple reconnaissance juridique du fait que l'existence de *Dieu* conditionne la conduite humaine ce qui se rend insupportable; bientôt ce sera la reconnaissance juridique de conditionnements dérivés de l'existence *des autres* ce qui deviendra insupportable.

L'*optimisme* peut jouer par une double voie. Ou on considère que le déploiement individuel du procéder arbitraire inconditionné conduit à un monde plus « humain », libre de répressions innécessaires; ou on pense que l'individu possède de par lui-même une capacité pour assumer un conditionnement solidaire, sans que la norme juridique l'y oblige — ou l'y invite. Quoiqu'il n'y ait pas de doute qu'en intégrant juridiquement un modèle éthique, sans lui donner une portée générale, *on n'oblige personne* à le suivre, il apparaît comme à rejeter en ce qu'il a d'invitation; la simple possibilité de pouvoir *se sentir obligé* répugne.

Si on n'accepte pas cet individualisme optimiste, l'argument central de la « sécularisation uniformiste » s'effondre par sa base. On ne peut reléguer à la sphère de la conscience toutes les options religieuses et maintenir une vie sociale « neutre ». Si la propre vie en commun ne se perd pas dans le chaos c'est parcequ'elle s'appuye sur des règles capables de lier les conduites individuelles. Cette realité est celle qui, en bonne partie, donne un sens à l'existence même du droit qui en cas contraire dégénèrerait en force répressive pure. La liaison de cette normative à des perspectives morales ou religieuses est, dans certains cas, inévitable. Selon le point de vue du pluralisme libéral, une société « séculière » n'est pas celle qui aspire à « se libérer » de celles-ci, mais celle qui — refusant tout

autoritarisme religieux — filtre par un contreseing démocratique les options socialement présentes que doit refléter la norme juridique ([118]) (sans peur de les faire bénéficier de la capacité du droit de proposer ce qui est socialment « normal »). Souscrire une « sécularisation uniformiste » suppose la disqualification de toute option éthique de fondement religieux; mais cela équivaudrait aussi à imposer « confessionnellement » une option anthropologique areligieuse, en utilisant pour cela la capacité du droit de modeler ce qui est socialment consideré « normal ».

Nous avons déjà vu comme dans la proposition de mariage civil jouaient deux éléments « sécularisateurs »: liberté de cultes et compétence de l'Etat. Le premier justifiait l'existence d'une forme civile de mariage, dans un pluralisme démocratique incompatible avec l'imposition *généralisée* de convictions religieuses: cela exigeait donc une « sécularisation pluraliste ». Le second ne se contentait pas de cela et convertissait cette forme civile en forme obligatoire *généralisée*; nous nous trouvons en plein dans la « sécularisation uniformiste », qui ne dérive pas des libertés individuelles mais de la capacité supposée de l'Etat de substituer d'une « manière neutre » l'orientation éthique de la vie sociale, réservée avant aux instances religieuses. Nous avons déjà vu comme cette « neutralité » finit par être « neutralisatrice » et convertit en conduite « normale » l'exigence éthique minimum, généralisée d'une manière permissive. L'Etat comme canon de conduite « neutre » est éthiquement appauvrissant. Dans le cas présent, le désir de mimétiser les contenus éthiques du mariage catholique et le recours

---

([118]) Il est fort douteux que, malgré sa bonne intention, le projèt l'eutobtenu. Il y eut même qui arriva à lui donner le nom de mariage « incivil », « pourque en mi concepto es lo menos civilizado que puede hacerse en un país donde el catolicismo domina por completo », ORTIZ DE ZARATE, DS II.V.70 (278), pag. 7896. Cinq ans plus tard, à l'occasion du débat dans l'Academie Madrilaine de Jurisprudence et Législation, du dècret qui met fin à la réforme, G. AZCARATE signalerait, d'après des perspectives idéologiques bien différentes, que « el odio a la ley de Matrimonio civil pudo haberse quizá evitado prescindiendo de la parte exterior de ella, pues contra la forma de celebración iban dirigidas especialmente las censuras ». Cela appelle encore plus son attention à cause de l'« inconsecuencia » d'avoir admis comme empêchement l'ordre sacré (« Revista General de Legislación y Jurisprudencia » 1877 (LI) pags. 407 et 408).

au « droit naturel » ferment le passage à l'individualisme, mais les mécanismes de la « sécularisation uniformiste » qui favorisent son avance ont déjà été essayés ...

VIII. *Un siècle après.*

Personne ne semble penser aujourd'hui en Espagne à rendre obligatoire la forme civile du mariage; ce qui dément la conception qui cent ans plus tôt s'était érigée en test de l'authenticité de la décision d'arriver à un changement social. Le divorce l'a substituée en héritant de sa charge polémique et émotionnelle.

Il y a bien un secteur qui insiste d'une manière têtue à se poser ce thème avec des apparences de « guerre de religion ». C'était inévitable en 1870, parce que ce qui se discutait c'était les effets *civils* de la forme *religieuse* du mariage. Le phénomène est aujourd'hui absolument injustifié, parce que, comme démontrèrent nos progressistes du siècle passé, la persistance d'une forme de mariage avec des effets indissolubles peut se défendre de points de vue agnostiques. Si — contre leurs propres convictions — nos vieux républicains ressuscitaient aujourd'hui, faudrait il les baptiser par décret pour leur reconnaître le droit de continuer à défendre le mariage indissoluble? La majorité des positions divorcistes secondent avec enthousiasme cette défiguration religieuse d'un débat civil, parce que grâce à elle elles peuvent exploiter le potentiel d'argumentation de la « sécularisation uniformiste »: *personne ne peut imposer* aux autres ses options « religieuses »; *personne ne sera obligé* à divorcer, etc.

Come arrière-fond, un individualisme exacerbé continue à jouer. Il est mis en relief d'une manière symptomatique, parce que si le Projet développe un des « droits et devoirs des citoyens » repris par la Constitution (art. 32), c'est en ignorant « la protection ... de la famille » qu'elle même inclut (art. 39) parmi les « principes recteurs » dont la « reconnaissance ... informera la législation positive » (art. 53, 3). On a opté pour un contenu éthique individualiste (le mariage comme un des actes sur lesquels on peut disposer librement) en préjudice d'un contenu éthique solidaire (le mariage comme la constitution de quelque chose capable de conditionner l'individu: la famille). Confondre l'op-

tion entre deux *contenus* éthiques possibles avec l'option pour le caractère religieux ou non religieux de son *fondement* est se condamner à comprendre mal le problème.

Seul l'individualisme peut nier à une bonne partie des citoyens leur volonté de contracter un mariage d'effets indissolubles. En faisant cela il s'arroge le droit de défendre l'individu de son propre altruisme, évitant qu'il s'autoconditionne de manière irréversible.

Avec tout cela, ce qui s'ignore ce n'est pas, comme il y a un siècle, la viabilité d'une « sécularisation pluraliste », puisque le thème dans ce cas est radicalement « séculier », mais tout simplement la possibilité de faire respecter le « pluralisme », en admettant (selon la volonté des parties au moment de sa célébration) un double effet « facultatif » du mariage: indissoluble ou dissoluble, pour que chaque citoyen choisisse l'un ou l'autre, d'accord avec ses propres convictions éthiques (religieuses ou pas ...).

IX. *Christianisme, sécularisation et droit « moderne ».*

1. Le droit moderne peut se convertir en une re-cimentation de l'éthique chrétienne, étrangère comme elle aux conceptions individualistes et collectivistes si, selon une optique de « sécularisation pluraliste », il admet la relevance de ses contenus, quoiqu'il soumette à des procédés démocratiques sa projection sociale.

Cette re-cimentation des contenus de l'éthique chrétienne cherche son appui dans le *droit naturel* « moderne ». Ses possibles valences individualistes se nuancent dans l'Espagne de 1870 grâce à un désir mesuré de respecter les exigences éthiques en vigueur, et à l'influence de la pensée krausiste, avec son imprécise « harmonie » anthropologique. Cette re-cimentation se produit, d'autre part, en lutte paradoxale avec des attitudes catholiques dont le zèle pour la présence sociale de leurs principes les amène à des argumentations « denaturalisatrices ». Cent ans plus tard ... peut-on encore considérer aujourd'hui comme «modernes» des contenus éthiques non individualistes ni collectivistes?

La procédure pour projeter « séculièrement » des contenus éthiques dans la vie sociale passe par le scrupuleux respect du

pluralisme démocratique, éliminant quelconque essai de transférer dogmatiquement à la normative juridique des options qui jouissent religieusement d'autorité. Le pluralisme « moderne» oblige à argumenter la vérité religieuse la présentant comme opinion civile, et à faire dépendre de cette capacité de persuasion son jeu comme canon « normal » de conduite.

2. Le droit moderne résulte incompatible avec l'éthique chrétienne quand on l'identifie avec des contenus individualistes ou collectivistes. Si on assume dogmatiquement ces contenus devient indispensable une « sécularisation uniformiste » qui cloître dans l'intimité quelconque option éthique de signe différent, lui niant toute présence sociale. La norme juridique se met dans ce cas au service d'un modèle de conduite « normale », cryptographiquement autodéfini, et acquiert comme fonction décisive l'*élimination* « éclairée » ou « émancipatrice » ([119]) de quelconque résidu « clérical ». Cette idéologie, acritiquement autojustifiée, priverait de sens tout effort pour argumenter les profils d'un possible « droit naturel ».

Le procédé pourra apporter un *éclairement* ou une *émancipation*, mais sera difficilement compatible avec une *démocratie* pluraliste. Avec lequel de ces éléments la *modernité* doit-elle s'identifier est un problème décisif pour pouvoir évaluer les possibilités éthiques d'un droit « sécularisé ».

([119]) R. WIETHÖLTER (note 57) unit toujours les concepts « sécularisation » et « émancipation » quoiqu'avec une portée imprécise (pags. 135 et 138), qui semble se dégager finalment, comprenant comme conception « émancipatrice » du mariage un modèle contractuel comme union libre entre deux personnes privées (pag. 154).

GIOVANNI FURGIUELE
Università di Firenze

CRISTIANESIMO E SECOLARIZZAZIONE NELL'ODIERNA VICENDA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN ITALIA

1. *Premessa.*

Con ' secolarizzazione ' vuole esprimersi un determinato processo di mutamento sociale e più in particolare quello concernente il differenziarsi, in singoli contesti storici, del ruolo e del significato riconoscibile ai valori di natura religiosa.

Al di là di questo (ben poco in realtà) niente è certo, com'è noto, circa l'uso e la stessa validità scientifica del termine in questione (1). La controversia riguarda non l'identificazione dei singoli fattori ' secolarizzanti ', non quindi l'individuazione delle cause (eventuali) del processo, bensì, per alcuni, l'accettazione della verità di quest'ultimo e per altri (la maggioranza) la configurazione del suo specifico contenuto.

Prescindendo dalle tesi più radicali e negative (2), e semplificando con consapevole arbitrarietà, può tuttavia ridursi ad un duplice ordine di modalità l'impiego ed il senso attribuiti al con-

---

(1) Sulla storia del concetto cfr. STALLMANN, *Was ist Säkularisierung?*, Tübingen, 1960 e soprattutto LÜBBE, *La secolarizzazione*, trad. it., Bologna, 1970. Sulla sua intrinseca poliedricità in particolare cfr. RENDTORFF, *Zur Säkularisierungsproblematik*, in *International Yearbook for the Sociology of Religion*, II (1966), p. 51 ss.; SHINES, *The Meanings of Secularization, ibidem*, III (1967), p. 51 ss.

(2) Cfr. MARTIN, *The Religions and the Secular*, London, 1969, in particolare pp. 10-22. Ma v. anche BLUMENBERG, *Säkularisation Kritik einer Kategorie historischer Illegimität*, in *Die Philosophie und die Frage nach dem Fortschrift*, München, 1964, p. 24 ss.; GLASNER, *The Sociology of Secularization. A Critique of a Concept*, London, 1977.

cetto di secolarizzazione: per denotare cioè la recezione ed il ' superamento ' (hegeliano) di idee e valori i quali così smarriscono la loro più autentica matrice religiosa (3) o viceversa per significare la progressiva, ma sempre più imponente, emarginazione del ' sacro ' dal sociale (4).

Nell'un caso e nell'altro è implicito un rischio: di semplificazione storica, nel primo, qualora prevalga l'interesse per l'analogia dei ricorsi e non per il differenziarsi delle cause e dei contesti; di schematismo d'indagine sociologica, nel secondo, qualora l'attenzione per la dinamica finisca, nell'intento di porre in rilievo alcuni aspetti del sociale, per trascurarne altri, colti nel versante di un loro del tutto improbabile immobilismo (5). Più esattamente è una determinata ' astorica ' immagine del fenomeno religioso a legittimare molte delle conclusioni che sono state tratte dal punto di vista del determinarsi dei veri o presunti processi di secolarizzazione, laddove viceversa è proprio una migliore considerazione del significato e del valore odierno del fattore religioso, e nel suo ambito del Cristianesimo, a decidere dell'indirizzo, non sempre volto all'esaltazione di radicali cesure fra ' sacro ' e ' mondano ', assunto dai più recenti sviluppi del dibattito in materia (6).

---

(3) Sono le posizioni che risalgono a WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Firenze, 1965 e a TROELTSCH, *Il significato del protestantesimo nella formazione del mondo moderno*, trad. it., Firenze, 1968. Cfr. anche LÖWITH, *Significato e fine della storia*, trad. it., Milano, 1963.

(4) Cfr., tra gli altri VON OPPEN, *Die Säkularisation als Sociologisches Problem*, in *Evangelische-Lutherische Kirchenzeitung*, XII (1958), p. 380 ss.; BECKER, *Società e valori*, trad. it., Milano, 1963; SOROKIN, *The Western Religion and Morality of Today*, in *International Yearbook for the Sociology of Religion*, II (1966), p. 3 ss.; BERGER, *The Social Reality of Religion*, London, 1967.

(5) Sul problema metodologico implicito nel dibattito sulla secolarizzazione cfr. LAUWERS, *Les théories sociologiques concernant la sécularisation. Typologie et critique*, in *Social Compass*, XX-4, 1973, p. 523 ss.; GUIZZARDI, *Le débat sur la sécularisation et ses ideologies*, *ibidem*, XXIV-4, 1977, p. 383 ss.

(6) Cfr. LUCKMANN, *La religione invisibile*, trad. it., Bologna, 1969; ID., *Fine della religione istituzionale e religione invisibile*, in *La secolarizzazione*, a cura di Acquaviva e Guizzardi, Bologna, 1973, p. 133 ss.; PARSONS, *Christianity and Modern Industrial Society*, in *Sociological Theory. Values and Socio-cultural Change*, a cura di Tiryakian, Glencoe, 1963, p. 33 ss.; ID., *Credenze, non credenze e miscredenze*, in *Religione e ateismo nelle società secolarizzate*, a cura di Caporale e Gru-

Proprio questa riteniamo sia una precisazione estremamente utile ai fini dello svolgimento dell'oggetto specifico del nostro discorso.

In un medesimo ordine di idee, e sempre ai nostri fini particolari, rifiutiamo di provvedere ad una qualsiasi previa definizione del concetto di secolarizzazione e quindi di farne un uso esclusivamente unidimensionale. Parafrasando Weber può infatti ritenersi che la maggior fecondità del dibattito e del concetto di secolarizzazione si riveli nel suo essere premessa ed incentivo all'accertamento della « verità storica » e pertanto allo svolgimento di indagini rispetto alle quali esso pretenda di essere « preparazione » e non « conclusione » (7). E poiché fra i nostri intenti vi è sicuramente anche di contribuire all'individuazione della ' verità ' di quel segmento di storia in cui si risolve la ' realtà ' di un settore dell'ordinamento giuridico seppur vigente, la prospettiva della secolarizzazione e del rapporto fra Cristianesimo e diritto può risultare proficua a patto di non prevaricare l'essenza e i limiti di un oggetto conoscitivo nonché della sua stessa metodologia d'indagine. L'adozione per contro di un concetto di secolarizzazione, risolvendosi necessariamente nell'effettuazione o nell'accettazione di un determinato giudizio storico, potrebbe comportare sia un'illegittima anticipazione rispetto all'analisi giuridica da compiere, sia un arbitrario restringimento delle possibilità di verifica del suo oggetto.

A tale scopo, dovendosi cioè tener conto di quanto inerisce ad un'operazione interpretativa che pur si mira a realizzare, verrà dato piuttosto rilievo a quei fenomeni dal cui verificarsi scaturisce il problema irrisolto della secolarizzazione, che ne rappresentano quindi la vera e sola sostanza, a prescindere dalla molteplicità delle formule ricostruttive, e la cui attenta considerazione tuttavia riteniamo importante anche ai fini di chi intenda correttamente operare dal punto di vista della conoscenza e dell'applicazione dell'odierno diritto di famiglia.

---

melli, Bologna, 1972, p. 297 ss.; BELLAH, *Beyond Belief*, New York, 1970. E da un punto di vista più strettamente teologico soprattutto cfr. BONHOEFFER, *Resistenza e resa*, trad. it., Milano, 1969.

(7) Cfr. WEBER, *op. cit.*, pp. 307-308.

2. *Tra 'cristianizzazione' e 'scristianizzazione'.*

A questo proposito rispetto a quanto diremo appare necessaria un'ulteriore precisazione.

Riteniamo che entrambi gli assunti circa la non esistenza (inconcepibilità) di un 'diritto cristiano' o viceversa la sua esistenza (concepibilità) siano veri a seconda dei criteri in base ai quali vengano formulati i due contrapposti giudizi (8).

Se si ha riguardo infatti alla diversità ontologica che distingue Cristianesimo e diritto, inteso l'uno come dimensione dell'amore (religioso) di Dio e del prossimo e l'altro come dimensione del giusto 'legale', non può non concludersi per la loro intrinseca ed insanabile incompatibilità (9). Per contro, passando dal piano dell'assoluto a quello del relativo, se si tien conto della puntuale e limitata coincidenza, a livello quindi della pura e semplice sistematica concettuale, di precetti cristiani con princìpi giuridici potrà legittimarsi la definizione di un ordine normativo in quanto cristiano, non cristiano o, comparativamente, in quanto più o meno cristiano di un altro. Qualificazioni, queste ultime, degli ordinamenti giuridici, e più verosimilmente di un limitato settore degli stessi, che potranno concretizzarsi dal punto di vista (storico) del Cristianesimo quale concepito e vissuto *hic et nunc* a livello istituzionale, oppure dal punto di vista (teologico), non sempre coincidente col primo, del Cristianesimo quale è (o dovrebbe essere).

In entrambi i casi, a proposito della eventuale corrispondenza di Cristianesimo e diritto, potrebbe intravvedersi un'ulteriore ipotesi di applicabilità del concetto di secolarizzazione nel senso, però, diverso rispetto a quelli già ricordati, del processo di traduzione-trasformazione, e quindi di finale ridimensionamento, di princìpi e valori di ordine religioso, necessariamente insito nell'eventuale giuridicizzazione degli stessi.

Detto questo può passarsi alla valutazione, da un punto di vista cristiano, del diritto di famiglia vigente.

---

(8) Solo un rinvio in materia, nell'ambito di una letteratura vastissima, all'opera, stimolante e suggestiva, di LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità e diritto*, Milano, 1969.

(9) Cfr. Luca, 6, 37; 12, 14; Marco, 12, 13-7; *Galati*, 2, 16.

Certo, se si tiene presente la favorevole accoglienza riservata dal mondo cattolico, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, a quanto in essa contenuto a proposito del fenomeno familiare e d'altra parte si ha riguardo ai dubbi o alla manifesta ostilità con cui i medesimi ambienti hanno reagito all'evolversi e definirsi del recente movimento di riforma non potrebbe non concludersi nel senso di una radicale antitesi fra vecchio e nuovo diritto ed in particolare nel senso dell'avvenuto compimento di un processo di 'scristianizzazione' giuridica.

Ma quanto era giustificata la soddisfazione espressa allora e quanto legittimo il 'pessimismo' attuale?

Il riconoscimento dei «diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» operato dal primo comma dell'art. 29 Cost. rappresentava senz'altro un punto all'attivo del movimento cattolico il quale otteneva, così, dallo Stato l'inserimento nella Carta fondamentale del medesimo di un principio, quello della primigenia appartenenza della famiglia alla realtà dell'ordine giuridico non positivo, di natura essenzialmente cristiana.

Non si trattava ovviamente di una rinunzia dell'ordine civile a legiferare intorno alla famiglia, come conferma il successivo art. 31 Cost. con cui «la Repubblica» si assume il compito di agevolare «con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi». Ma si trattava tuttavia dell'espressa accettazione della particolare identità di un fenomeno, la famiglia, rispetto agli altri oggetto di normazione statuale e della consapevolezza di potere e dovere intervenire a vari livelli, ma solo, per così dire, con mano particolarmente leggera.

Era quindi, come abbiamo già detto, un punto all'attivo del Cristianesimo ma, in primo luogo, e questo deve rilevarsi con chiarezza, della sua realtà storica ed istituzionale qual'è dato riscontrare avendo riguardo alla specificità del suo inserimento nel contesto italiano. Si riflettono in essa le ripercussioni delle vicende e delle polemiche relative ai rapporti fra Stato e Chiesa a partire dall'unità d'Italia e si tende a vedervi la definitiva sanzione della

riconquista da parte dei cattolici della loro posizione eminente in un settore particolarmente delicato qual'è la famiglia ed il riconoscimento da parte dello Stato di tutto ciò.

Quale sia poi il ruolo effettivamente svolto dal primo comma dell'art. 29 Cost. nel successivo evolversi dell'ordinamento giuridico familiare e nella sua funzione di salvaguardia della realtà originaria della famiglia, non è facile dire [10]. Esso è servito a giustificare il ridimensionamento dei poteri d'intervento del giudice ed a contrastare quindi la tendenza alla loro dilatazione affermatasi durante una prima fase di elaborazione della recente riforma del diritto di famiglia. Ma tale argomento non fu certo l'unico a determinare un risultato, chè a tale scopo concorsero una pluralità di fattori e di considerazioni dialettiche ciascuna espressiva di una diversa concezione della famiglia, cristiana e non [11].

Se poi da parte di quelle forze politiche e di quegli uomini, a cui si deve la testuale formulazione del primo comma dell'art. 29 Cost., si mirava anche all'apertura per suo tramite di una breccia che agevolasse il passaggio nella legislazione statuale dei princìpi cristiani sulla famiglia, può certo dirsi che tale obbiettivo non è stato raggiunto. È illuminante in proposito la vicenda relativa all'introduzione del divorzio nell'ambito della quale il riferimento al diritto di natura, prevalentemente operato dagli antidivorzisti (e tuttavia utilizzato anche dai sostenitori della diversa opinione [12], non valse ad evitare l'approvazione della legge, né successivamente ha dato luogo ad una sua dichiarazione di incostituzionalità.

---

[10] Con riferimento all'art. 29 Cost., ma più specificamente al secondo comma dello stesso, si è osservato che il programma costituzionale ivi delineato « si è rivelato illusorio »: MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La famiglia crocevia della tensione tra « pubblico » e « privato »*, Milano, 1979, p. 271.

[11] Per un'ampia sintesi del dibattito in materia in particolare cfr. MOSCARINI, *Parità coniugale e governo della famiglia*, Milano, 1974, p. 109 ss.

[12] Cfr. infatti CARDIA, *L'art. 19 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la dissolubilità del matrimonio*, in *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, p. 193 ss.; ID., *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, p. 291 nt. 78. Più in generale sul problema cfr. BESSONE, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, *sub* art. 29, p. 26 ss.

La realtà è che la considerazione della famiglia in quanto società naturale, seppur rivela evidente la sua matrice cristiana, reca con sé, dal punto di vista della sua concreta operatività giuridica, quel margine di ambiguità e di imprecisione che è tipico di ogni affermazione giusnaturalistica e, come questa, non di rado rischia o di manifestarsi ininfluente o di prestarsi alla mera legittimazione di processi già realizzatisi ed in forza di cause e condizioni le più differenti.

E vi è di più. Se la famiglia nella sua dimensione di diritto naturale si impone allo Stato ciò significa anche che alla legislazione civile si pone un limite, ma senza precisarne il contenuto ed innescando al tempo stesso un dibattito fra quelle che in tale prospettiva possono risultare le due alternative logiche e cioè fra la necessità di dare la prevalenza ad un modello, pressoché astorico, di rapporti familiari o viceversa alla spontanea evoluzione della sua realtà ' naturale ', il che equivale a dire degli interessi e delle aspirazioni dell'individuo che ne è il protagonista ([13]).

Il nucleo del problema relativo alla valutazione della formula « famiglia come società naturale » da un punto di vista cristiano (e cioè del Cristianesimo ideale e non storico), è tutto qui. Può essa significare apertura all'uomo in tutte le possibilità implicite in siffatta apertura ed è da verificare quanto o meglio come tutto ciò possa considerarsi cristianamente legittimo.

Interrompiamo per ora il discorso sul punto riservandoci di riprenderlo più in là.

Certo è che se il primo comma dell'art. 29 Cost. è muto per quanto attiene alla configurazione dei contenuti dello schema familiare, limitandosi alla previsione della necessaria esistenza di un vincolo matrimoniale, non altrettanto vago è il secondo comma del medesimo articolo. Ivi si dichiara che « il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare » con una formula dettata anch'essa dai rappresentanti del partito cattolico e che sicuramente non rappresenta il migliore omaggio alla coerenza. Pur nell'ambito di un'innegabile impreci-

([13]) Per l'alternativa cfr. COTTA, voce *Diritto naturale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 50 ss.

sione la norma tuttavia mira chiaramente ad una ' costituzionalizzazione ' del diritto di famiglia allora vigente (14). Il carattere senz'altro non egualitario di tale diritto determina il conflitto coll'opposto principio che rappresenta uno dei cardini del novello assetto costituzionale e l'intento dei costituenti di mantenersi costanti ad un valore e peraltro di non sacrificare ad esso una ben diversa sostanza suggerisce un dettato quanto meno compromissorio.

Ai nostri fini, però, il discorso ancor più importante è un altro: se la volontà espressamente dichiarata da coloro, esponenti della Democrazia Cristiana, a cui si deve la paternità dell'art. 29 Cost. e del successivo art. 30 fu quella di operare in sintonia col modello di famiglia espresso da codice civile del '42, è allora evidente una solidarietà rispetto al medesimo tutt'altro che episodica e superficiale. Il problema a questo punto concerne la valutazione sotto il profilo cristiano di tale modello.

Le sue caratteristiche, sinteticamente richiamate, sono, nell'ambito dei rapporti personali fra i coniugi, la potestà maritale, l'indissolubilità del matrimonio, la tendenziale limitazione della separabilità ad alcune ipotesi tassative. Per quanto concerne l'aspetto patrimoniale il regime che rappresenta la regola è costituito dalla separazione dei beni, laddove l'eccezione è data dalla comunione, così come, almeno nello schema originario, l'obbligo del mantenimento riguarda principalmente il marito e solo sussidiariamente la moglie. In ordine poi al rapporto di filiazione l'esercizio della patria potestà è affidato in via esclusiva al padre, scarsi sono i diritti riconosciuti ai figli nati fuori del matrimonio e, nel medesimo intento di tutela della famiglia legittima, rigorosamente circoscritte le possibilità di ricerca della paternità naturale.

Si tratta dei connotati che contraddistinguono la famiglia nella società borghese o, più esattamente, che contraddistinguono il modello di famiglia disegnato dalle codificazioni civilistiche dell'età moderna alla stregua degli interessi e delle aspettative di

---

(14) Cfr. La Pira, seduta del 7 novembre 1946, in *Atti Ass. Cost.*, Tip. Camera Dep., 1946-48, I, p. 359.

quella classe, dominante fra le altre, della quale le medesime codificazioni rappresentano, in buona sostanza, fedele espressione.

Che tale ipotesi di famiglia trovasse in sostanza una sua legittimazione ufficiale anche a livello cristiano non è difficilmente dimostrabile. Basta pensare per rendersene conto all'ostilità a più riprese dimostrata dal mondo cattolico nei confronti delle rivendicazioni femministe, all'esaltazione della famiglia legittima, al netto rifiuto del divorzio ([15]).

È una coincidenza, questa, ideologica e strategica fra Cristianesimo storico e società borghese da più parti rilevata ([16]), di cui la tematica familiare è solo un aspetto seppure estremamente sintomatico e rispetto alla quale l'iniziale reciproca avversione e gli eventuali successivi conflitti non sono tuttavia tali da incrinare un'omogeneità ben altrimenti profonda ([17]).

In siffatta prospettiva chi volesse individuare momenti di secolarizzazione in chiave liberale e borghese di aspetti del Cristianesimo storico avrebbe davanti a sé un osservatorio dalle vaste possibilità. Nell'ambito del diritto di famiglia è sufficiente il riferimento al matrimonio civile, che rappresenta senz'altro la versione secolarizzata del matrimonio religioso ([18]), per farsi un'idea della vastità e fecondità della prospettiva che potrebbe così aprirsi all'indagine.

Sottolineare quindi l'intreccio fra Cristianesimo storico e cultura laico-borghese, quale è dato rilevare anche in una valutazione della Carta Costituzionale del '48 attraverso le aspettative dei redattori di quelle parti della stessa relative al fenomeno familiare,

---

([15]) Un'incisiva sintesi in *Storia della Chiesa*, diretta da H. JEDIN, vol. IX/e trad. it., Milano, 1979, pp. 244-45 ed ivi indicazioni bibliografiche.

([16]) Per alcuni spunti in proposito cfr. HORKHEIMER, *Autorità e famiglia*, in *Teoria critica*, trad. it., vol. I, Torino, 1974, p. 272 ss.

([17]) Per un'analisi storica dei rapporti fra Cristianesimo e civiltà borghese cfr. peraltro GROETHUYSEN, *Le origini dello spirito borghese in Francia*, trad. it., Torino, 1949; GOLDMANN, *L'illuminismo e la società moderna*, trad. it., Torino, 1967, p. 65 ss.

([18]) Cfr. JEMOLO, *Il matrimonio*, 3ª ed., Torino, 1961, p. 21 ss.; CIAN, *Introduzione sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, Padova, 1977, I-1, p. 33 ss.

non può certo significare che i rilievi in proposito abbiano il valore di un'effettiva scoperta.

A livello di Cristianesimo teologico a nostro parere il discorso è molto più aperto. Limitando il riferimento agli aspetti risultanti dalla normativa costituzionale può innanzitutto dirsi che non sussistono dubbi sul carattere profondamente cristiano dell'attribuzione alla famiglia del ruolo di istituzione naturale all'uomo e quindi ad esso necessaria.

Il discorso può essere molto più complesso, e così storicamente si è rivelato ([19]), per quanto concerne il matrimonio, anche se a questo proposito la dimensione del sacramento finisce e storicamente ha finito per orientare la valutazione nello stesso senso di quanto detto prima con riferimento alla famiglia, talché è da ritenersi che per il cristiano famiglia non possa non dire essenzialmente e fors'anche esclusivamente matrimonio.

Ancor più problematico si presenta il tema del rapporto fra eguaglianza e famiglia. Se la legittimazione delle notevoli deroghe al principio paritario può ritenersi una pressoché contingente concessione all'autoritarismo della società borghese, può egualmente richiamarsi la concezione paolina del rapporto coniugale ed il precedente assunto finirebbe per essere completamente ribaltato. E così anche le limitazioni ai diritti dei figli naturali, incontrovertibili in una visione rigorosa dell'eguaglianza e dei doveri (cristiani) connessi alla filiazione, potrebbero tuttavia giustificarsi in una concezione, forse religiosamente non autentica del Cristianesimo, eppur reale dal punto di vista della sua dimensione storica.

In definitiva se alla famiglia cessa di guardarsi come ad uno strumento di trasmissione (e quindi conservazione) del patrimonio o di ideologia sia religiosa sia politica e primariamente, come è sempre più caratterizzante tanto del Cattolicesimo postconciliare che della moderna riflessione cristiana in genere ([20]), si cogli

---

([19]) Cfr. SCHILLEBEECKX, *Il matrimonio*, trad. it., Roma, 1971, p. 269 s

([20]) Cfr. fra gli altri CHIAVACCI, *La costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo. Gaudium et Spes*, Roma, 1967, p. 202 ss.; *Atti del Congresso Internazionale di diritto canonico. La Chiesa dopo il Concilio - Roma, 14-19 gennaio 197* Milano, 1972 e in part. DE LUCA, *La Chiesa e la società coniugale, ibidem*, I, p. 476

in essa piuttosto l'aspetto di ciò che è per l'uomo e soltanto per lui, in tale profilo ravvisando l'ineliminabile premessa e fondamento stesso di qualsiasi valutazione di carattere religioso, allora è evidente che ogni eventuale compromissione rispetto all'ordine dei valori borghesi, qual'è del rifiuto del principio di eguaglianza nell'ambito dei rapporti di coniugio e di filiazione nonché ogni discriminazione in ordine ai diritti della prole illegittima in conseguenza solo della riprovabilità religiosa e sociale dell'unione da cui essa deriva, si rivela appunto in quanto tale, perde di legittimità dal punto di vista della valutazione cristiana e si presta al pieno affermarsi di princìpi del tu to contrari.

È così che in tale ottica, nell'ottica cioè di un Cristianesimo che al tempo stesso sia esaltazione e potenziamento della libertà dell'uomo, nonché strumento della sua liberazione (21), il pieno rispetto dell'eguaglianza dei diritti dei coniugi rivelato dalla recente riforma del diritto di famiglia non entra in conflitto coi princìpi e i precetti della religione cristiana ma appare invece esso stesso valore cristiano fondamentale. E l'accordo, logica conseguenza dell'eguaglianza per quanto attiene allo svolgimento ed all'organizzarsi del rapporto coniugale, per ciò che esso significa in ordine alla salvaguardia della libertà dei soggetti e per l'attenzione del Cristianesimo ai valori della persona non può non inserirsi a buon diritto nell'ambito dei precetti di natura cristiana.

Ma il nuovo ordinamento giuridico della famiglia italiana dà un senso al suo insistito richiamo al principio di libertà, e per suo tramite ai diritti essenziali dell'individuo, ad esso affiancando, con ben maggiore ampiezza che nel passato, il rinvio alla solidarietà come momento insuperabile di un obbligo di rispetto per l'altro che si impone sia fra i coniugi, nell'ambito delle loro relazioni di ordine e personale e patrimoniale (come evidenzia fra l'altro l'assunzione della comunione dei beni a regime legale), sia fra genitori e figli e per il fatto stesso dell'esistenza di in rapporto di filiazione a prescindere cioè dalla legittimità o meno dello stesso. È ben difficile che nell'affermarsi di siffatte tendenze, molto più vicine delle precedenti ad identificare nella famiglia solo il mo-

(21) Cfr. « Gaudium et Spes », n. 17, in *I documenti del Concilio Vaticano* II, 4ª ed., Roma, 1966, pp. 185-186.

mento della comunione di vita e di affetto, possano ravvisarsi, da un punto di vista cristiano, motivi di cui dolersi ([22]). E così anche nel fatto che l'obbligo di solidarietà nel rapporto di filiazione si traduca, per quanto concerne i genitori, in particolare nell'obbligo di rispettare la personalità del figlio, di agevolare cioè la formazione di un essere libero e responsabile usufruendo dei poteri educativi non per conculcare, ma per agevolare la pienezza di uno sviluppo ([23]).

Certo si tratta di correre un rischio, quello stesso implicito nella dimensione della libertà, ma è tutto da dimostrare che per l'istituzione familiare, e in definitiva per l'uomo *tout court*, tale rischio sia superiore a quello derivante da impostazioni volte a circoscrivere i margini rilasciati all'individualità delle scelte.

Quanto vale per la famiglia, vale anche per la religione: entrambe rappresentano valori e come tali presuppongono responsabilità e consapevolezza e quindi coscienza e libertà a fondamento dell'atto di adesione. Nel momento in cui tutto questo, sia rispetto alla famiglia che alla religione, finisce per assumere un ruolo prioritario, ciò significa che si determina per l'una e per l'altra un salto di qualità, equivalente in ciascun caso alla tendenziale riappropriazione di quanto ne costituisce l'unica, autentica dimensione.

In siffatto ordine di idee riteniamo che nel nuovo diritto di famiglia vi sia molto più Cristianesimo di quanto si vuole o si vorrebbe ed anche di quanto sia riconosciuto nel suo antecedente storico. Il che non significa che la recente rinnovata legislazione incarni l'esempio di un diritto assolutamente cristiano: significa invece, alla stregua di quanto sopra premesso, che è suscettibile di qualificarsi in quanto più cristiana di altre.

Vi sono tuttavia aspetti, tutt'altro che secondari, che nulla hanno del Cristianesimo sia storico sia teologico e soprattutto vi è una circostanza, su cui è necessario riflettere per consapevolezza di indagine storica se non filosofica, e cioè che l'introduzione di quei profili di natura cristiana sopra richiamati rappresentano prevalentemente il frutto dell'azione di forze o componenti sociali

---

([22]) Cfr. « Gaudium et Spes », n. 47-49, *ibidem*, pp. 227-232.

([23]) Cfr. « Gravissimum educationis », n. 1, *ibidem*, pp. 575-576.

e culturali le più varie e comunque non sempre incarnate da movimenti di natura religiosa.

Il discorso si apre così alla considerazione dell'aspetto relativo alla secolarizzazione.

3. *I « segni » della secolarizzazione.*

Non vi è dubbio che la particolare sensibilità rivelata dalla recente riforma del diritto di famiglia per la valorizzazione e la tutela dei diritti dei singoli consegua e risponda alla prepotente emersione delle *istanze individualistiche* che è caratteristica della età presente, come altresì è indubbio, che, per generale ammissione, nei contenuti di questa stessa tendenza debbano riscontrarsi ad un tempo i presupposti e le risultanze di un processo di secolarizzazione.

Il discorso, per non cadere nel generico, necessita peraltro almeno di una precisazione, in forza della quale soprattutto pervenga a definirsi il senso odierno di un processo le cui radici affondano nella storia quando addirittura in esso, nelle fasi diverse del suo realizzarsi, si chiamino esse Umanesimo, Rinascimento, Illuminismo o altro ancora, non possa risolversi il significato stesso per l'uomo della sua vicenda terrena. Individualismo, in realtà, è termine di lata accezione, solo parzialmente qualificato dal riferimento all'individuo, inespressivo dei vari modelli concettuali attraverso i quali opera appunto tale riferimento.

Prendendo quindi in considerazione riferimenti ad epoche recenti e successive è certo ben diverso il quadro oggettivo che in punto di individualismo ispira le analisi del primo Novecento sulla secolarizzazione o quelle viceversa a noi contemporanee ed ugualmente ben diverso è per conseguenza il contenuto attribuito ad un processo nei due distinti momenti.

L'*Entzauberung* di Weber, per limitarsi ad un autore, senz'altro però il maggiore del suo tempo, è la risposta che l'osservatore dei fenomeni sociali fornisce in ordine alle conseguenze sul nesso religione-società derivanti dall'affermarsi di un ordine economico e politico di stampo capitalistico e liberale. L'individuo « disincantato » a cui egli ha riguardo è quel borghese che rappresenta, ormai

incontrastato, il soggetto storico emergente e che a sua misura utilizza e si appropria dei valori del mondo che lo circonda, non ultimi di quelli religiosi, indotti, così strumentalizzati, a fungere da sostegno e giustificazione rispetto a esigenze ulteriori e quindi nell'ottica di quanto si vuole ne costituisca secolarizzazione. La realtà umana assunta in considerazione, quella in ordine alla quale siffatto soggetto tende alla piena affermazione di se stesso, è di ordine esclusivamente economico.

Ben altrimenti nella situazione odierna si pone la tendenza alla salvaguardia ed al compimento dei valori individuali che non sono, o non sono più soltanto, quelli di natura economica bensì attengono, in dimensione totalizzante, all'uomo *tout court* o alla persona nell'integralità del suo in sé, per usare di un termine « pregiudicato », poiché proprio della tradizione culturale cristiana, ma al tempo stesso forse il più idoneo, anche in quanto tale, a rappresentare il significato autentico del processo di cui si parla.

Il rilievo è suscettibile di riproporre il problema della secolarizzazione, ma in senso duplice, cioè in ordine al chiarimento sia della sostanza di quest'ultima che, e soprattutto, dei rapporti intercorrenti fra di essa ed ulteriori processi o realtà di natura tipicamente religiosa. Su tutto ciò dobbiamo ancora una volta rimandare per un attimo il discorso.

Ritornando quindi all'individualismo (o personalismo) moderno, secondo le caratteristiche del medesimo sopra indicate, non è difficile intravedere nello stesso peculiarità tali da incidere sullo sviluppo attuale del discorso normativo sul fenomeno familiare. Conseguentemente la recente riforma ne recepisce in buona misura le istanze tutte le volte, e non sono poche, ché anzi risultano caratterizzanti l'intero sistema rinnovato, in cui si preoccupa in primo luogo di garantire il rispetto delle aspirazioni individuali dei singoli componenti il gruppo.

La famiglia delle codificazioni classiche, ed in buona sostanza anche quella del codice del '42, come già abbiamo rilevato, era la famiglia borghese, ritagliata sulle esigenze di quel soggetto, storico e giuridico, assunto come presupposto e destinatario della normativa privatistica e quindi nel rispetto di principi autoritari e di diseguaglianze, caratteristici di una più generale ambientazione sistematica.

La famiglia odierna è per l'uomo, e qui astrattamente non possono intravedersi novità ([24]), ma per quell'uomo profondamente ed integralmente tale che rappresenta la realtà emergente del nostro tempo.

I rischi ai quali così viene esposta l'istituzione familiare, lo si ribadisce, sono certamente molti, quelli stessi di disintegrazione ai quali si assoggetta ogni entità collettiva in cui le istanze dei singoli siano legittimate a prevalere su quelle del gruppo e, nel nostro caso specifico, la mente non può non correre alla presenza del divorzio ed all'ampliamento delle sue possibilità di utilizzazione derivanti dall'introduzione di una separazione giudiziale dei coniugi per mera, oggettiva, intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

Ma sono anche rischi verosimilmente impliciti nel rispetto dell'esigenza, ritenuta fondamentale, che la famiglia sia per l'uomo, per quell'uomo identificato come sopra, e non viceversa e che, per tale esemplare d'uomo, siffatta famiglia costituisca un'entità in cui il medesimo possa sempre riconoscersi.

La prospettiva individualistica specifica così il suo significato in quella ulteriore, e logicamente conseguenziale, della *partecipazione*. Tanto vale sia per la famiglia sia nell'ottica più generale della secolarizzazione, nel cui ambito, da un punto di vista politologico, non si manca di porre in rilievo l'esistenza di siffatte implicazioni ([25]). L'introduzione dell'accordo come inderogabile regola il governo della famiglia e l'ampliamento delle forme di intervento dei cittadini nell'ambito dei processi decisionali del potere pubblico rappresentano momenti paralleli, in settori diversi, dell'affermarsi di un'identica istanza. Nell'un caso e nell'altro si sviluppa il principio della garanzia e dell'estensione di ogni modalità partecipativa come presupposto e condizione della stabilità sia del rapporto familiare che di un sistema democratico.

([24]) È diffuso il rilievo per cui già nel *Code civil* la famiglia appare strutturata in senso tipicamente individualistico: per tutti cfr. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, p. 100 ss.

([25]) Cfr. ALMOND-POWELL, *Politica comparata*, trad. it., Bologna, 1970, pp. 100-107, 381 ss.; VERBA-NIE, *Partecipation in America. Political Democracy and Social Equality*, New York, 1972, p. 102 ss.

Convergenza, questa, delle linee ispiratrici di un assetto politico-statuale e dei criteri normativi di organizzazione della famiglia tutt'altro che episodica o contingente e viceversa attuativa di una tendenzialità in ordine alla quale non mancano ampie possibilità di riscontro storico. E così il modello di famiglia espresso dalle codificazioni civilistiche dell'età moderna ripete in sé peculiarità che appartengono in primo luogo all'ordine di un governo e di una società liberale e borghese. Le successive involuzioni autoritarie, implicite o meno in tale logica, non mancano di influenzare se non la legislazione, quanto meno l'approccio dell'interprete nel ripensare sistematicamente al diritto di famiglia. Perviene ad elaborarsi con sempre maggiore consapevolezza un concetto di interesse superiore familiare ([26]) sintomatico di impostazioni diversamente caratterizzate dal punto di vista ideologico e comunque tutte volte sia ad esaltare il momento istituzionale del gruppo a scapito anche dell'interesse individuale dei singoli, sia ad avvertire il fascino delle corrispondenze, storiche o ideali, con un'immagine dello Stato più o meno ostile all'ampliamento dei canali di partecipazione politica.

La situazione odierna ed il mutamento realizzatosi a livello sia di Stato che di famiglia può sintetizzarsi anch'esso in un concetto: è il graduale abbandono dell'idea di libertà negativa, o meglio dell'idoneità di tale ultimo aspetto ad esaurire il criterio di rilevanza giuridica del problema libertà, e viceversa l'emersione al suo posto dell'idea di libertà come integrale svolgimento dei valori umani e quindi essenzialmente in quanto partecipazione, rispetto alla quale il momento negativo o garantistico altro non è che riflesso logicamente necessario, non il solo però a cui debba e possa giuridicamente aversi riguardo per l'attuazione in concreto di quanto essenzialmente appare come valore unitario e inscindibile.

L'individualismo moderno, come esigenza dell'uomo di essere interamente se stesso, attraverso il momento ulteriore, ma razionalmente inevitabile, della pienezza della partecipazione dell'in-

---

([26]) Sul punto ed in generale su tutta questa parte e soprattutto sul rapporto intercorrente fra evoluzioni del concetto di libertà ed evoluzioni del concetto di famiglia, nonché per le relative indicazioni bibliografiche, cfr. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, in part. p. 38 ss.

dividuo alla vita dei gruppi e delle istituzioni, specifica la sua rilevanza in quello, distinto e tuttavia anch'esso conseguenziale, del *pluralismo* (27). Anch'esso è fenomeno ampiamente valorizzato nel dibattito sulla secolarizzazione in quanto fattore idoneo a realizzare o esprimere un mutamento nel rapporto tra religione e società, a prescindere poi dalla diversità dei contenuti specifici riconoscibili e riconosciuti nella vicenda (28).

L'inversione nell'ordine dei valori fra individuo e realtà istituzionali costituite, con privilegio del primo rispetto alle seconde, pone le premesse, a fronte della tendenziale unità del passato, di una diversificazione delle ' sedi ' cui è demandata la pratica dei valori religiosi, se si fa riferimento al tema centrale della secolarizzazione, o viceversa di quelli familiari, se in una logica estensiva si ha piuttosto riguardo all'altro argomento cui intendiamo prevalentemente riferirci.

Il primo riflesso di tutto ciò a livello di disciplina riformata del diritto di famiglia, successivo all'indicazione nell'accordo fra i coniugi della regola di governo della famiglia, nonché alla finalizzazione dell'attività educativa allo sviluppo delle capacità, della inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli (art. 147 c.c.) consiste nella valorizzazione di quanto sostanzialmente si presta ad essere caratterizzato come un « non modello » (29) del contenuto dei rapporti di gruppo. È una privatizzazione, quella che così si attua in ordine all'istituzione familiare, la quale ben può avvicinarsi a quella relativa alla religione, da più parti messa in luce nel-

---

(27) Per un'analisi particolarmente attenta al reciproco implicarsi di tali aspetti cfr. EISFELD, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Socialismus*, Stuttgart, 1972.

(28) Cfr. HERBERG, *Religion in a Secularized Society: Some Aspects of America's Three-Religion Pluralism*, in *Religion, Culture and Society*, a cura di Schneider, New York, 1964, p. 38 ss.; LENSKI, *Religion's Pluralism in Theoretical Perspective*, in *Internation Yearbook for the Sociology of Religion*, I (1965), p. 25 ss.; BERGER-LUCKMANN, *Secularization and Pluralism*, *ibidem* II (1966), p. 73 ss.;YINGER, *Sociology Looks at Religion*, New York, 1966, p. 73 ss.

(29) Così espressamente RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, p. 22. Ma cfr. anche GLENDON, *State, Law and Family*, Amsterdam - New York - Oxford, 1977, p. 113 e FURGIUELE, *op. cit.*, p. 301.

l'ambito del discorso sulla secolarizzazione, e che, come l'altra, consegue all'esigenza, sempre più pressantemente avvertita dall'individuo, di proclamare la propria autosufficienza, di giustificare cioè nel suo in sé ogni aspetto o dimensione della realtà in cui egli sia implicato. Tanto nell'età classica del liberalismo riguardava soltanto, o prevalentemente, il momento economico dell'azione umana, o comunque conseguiva all'affermazione economica, e quindi politica, di una classe; oggi viceversa riguarda l'individuo come tale e si estende quindi ad ogni settore in cui sia coinvolta la sua umanità, sia esso quello della religione (o del sacro), sia esso quello dell'esperienza dei rapporti familiari. Si moltiplicano pertanto da un lato le istituzioni mediatrici di valori religiosi ([30]), ma per ciò stesso se ne ridimensiona anche il significato ([31]); si differenziano ugualmente le forme attuative del rapporto familiare cui si tende ad attribuire rilevanza, ben al di là di quella legittima. Il dibattito sulla famiglia di fatto, da cui oggi è impegnato il giurista, è il riflesso del differenziarsi delle forme di un rapporto, che la realtà evidenzia preprepontemente nell'indifferenza verso la necessità di ogni eventuale consacrazione giuridica o nell'aperto rifiuto di quest'ultima in quanto antitetica o comunque superflua rispetto a ciò che, quasi anarchicamente, vuole affermarsi come valore di pertinenza solo individuale.

Può, in questa tendenza alla degiuridicizzazione dei rapporti familiari, intravedersi forse un riflesso di quell'istanza *razionalizzatrice* in cui, da Saint-Simon a Weber fino agli autori più moderni ([32]), si tende ad identificare uno dei ' segni ', quando addirittura il più evidente, della secolarizzazione in atto. La razionalizzazione o, in altri termini, la riduzione a misura di un concetto della razionalità dell'uomo di ogni dimensione del suo operare porta, in una visione del religioso in quanto irrazionale, al confinamento dei significati della trascendenza ed a ricercare quindi

---

([30]) In particolare sul c.d. marketing religioso cfr. BERGER, *The sacred Canopy, Elements of a Sociological Theory of Religion*, Garden City, 1969, p. 160 ss.

([31]) Sul venir meno del ruolo della Chiesa e quindi sul processo di de-istituzionalizzazione religiosa soprattutto cfr. LUCKMANN, *La religione invisibile*, cit., p. 91 ss.; BERGER, *The Sacred Canopy*, cit., p. 155 ss.

([32]) Per tutti cfr. WILSON, *Religion in Secular Society*, London, 1966.

nell'uomo stesso la ragione autentica di tutto ciò che ad esso inerisce. Potrebbe allora ravvisarsi un aspetto di questo stesso fenomeno nel fatto che in uno Stato, qual'è quello odierno, « il cui principale compito, quello cui tutti gli altri restano subordinati, è di assicurare ai cittadini il più alto tenore di vita, un diritto di famiglia statale costituisce un elemento eterogeneo, destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato » (33).

Il rilievo trova la sua giustificazione da un lato nella progressiva, inarrestabile scomparsa anche soltanto dei residui dell'eticità o dell'ideologia dello Stato, dall'altro nella sempre più accentuata privatizzazione della famiglia che, oltre ad affiancare la famiglia di fatto a quella legittima, riduce il criterio d'ordine interno a quest'ultima sempre più alla misura, intrinsecamente variabile, degli interessi, pur necessariamente composti nell'accordo, dei suoi membri.

Vero è però che la razionalizzazione, sia in generale nel suo in sé che in particolare rispetto alla famiglia, reca inconfondibili i segni della sua natura intrinsecamente controversa. E così all'osservazione per cui la storia umana è storia di progressiva razionalizzazione e la società moderna è tale solo in quanto razionale (34), ben può opporsi da altri, in chiave profondamente critica, la notazione, altrettanto legittima, circa la sostanziale irrazionalità dei più avanzati sistemi occidentali a capitalismo maturo (35). Per quanto poi ha riguardo all'antitesi fra razionalità e religione l'assunto, solo apparentemente incontrovertibile, è destinato a cadere, o comunque a ridimensionarsi e non di poco, in presenza di una concezione, anch'essa plausibile, del valore religioso come esigenza profondamente ed autenticamente umana.

---

(33) JEMOLO, *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, I, p. 564.

(34) Cfr. GERMANI, *Secularization, Modernization, and Economic Development*, in *The Protestant Ethic and Modernization*, a cura di Eisenstadt, New York, 1968, p. 343 ss.; ID., *Introduzione*, in *Urbanizzazione e modernizzazione*, a cura di Germani, Bologna, 1975, p. 12 ss.; EISENSTADT, *Mutamento sociale e tradizione nei processi innovativi*, Napoli, 1974.

(35) A proposito di questo, che è tema caratteristico della scuola di Francoforte, in particolare cfr. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, trad. it., Torino, 1967, p. 158 ss.; HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, trad. it., Bari, 1975.

E in ordine al fenomeno familiare, se è vero che può istituirsi un nesso fra razionalizzazione e processo di giuridicizzazione, è altrettanto vero che proprio in nome della razionalizzazione, della eliminazione cioè di ogni ostacolo esterno o strutturale che sia d'impedimento alla piena attuazione della personalità dell'individuo anche nell'ambito della sua esperienza familiare, altri reclamano l'intensificarsi dell'intervento dello Stato in tale settore, un intervento peraltro rispettoso dell'autonomia del gruppo e solo volto ad escludere ogni eventuale impedimento al suo attuarsi ([36]). Si è detto che « pluralismo e tolleranza sono le creature della secolarizzazione » ([37]). Altri poi ha rilevato che nell'ambito della tendenza, tipicamente secolarizzata, alla santificazione dell'amore umano il nuovo « simbolo guida » diviene quello di comunità e cioè di collettività secolari nella cui organizzazione e solidarietà il tema dominante è quello dell'amore reciproco tra i membri ([38]). In un'ottica ancor più generale si insiste infine da più parti sull'affermarsi di una morale laica, la quale traduce in chiave essenzialmente secolare valori di matrice e provenienza originariamente religiosa. Si inseriscono in questo ampio orizzonte, pur se con diversità di accenti, i rilievi, ormai classici, sul dovere professionale come versione secolarizzata del dovere religioso ([39]), quelli sulla religione civile ([40]), quelli sulla nascita del nuovo *ethos* borghese e quindi sull'ideologia del borghese in quanto *honnête homme* ([41]).

Per parte nostra ne isoliamo un aspetto, quello della famiglia come comunità e quello, ad esso succedaneo, dello spirito di solidarietà che si afferma nel suo ambito e nel contesto più generale della società civile. In ordine al primo ciò non significa che da un punto di vista strettamente giuridico, come si dirà meglio in seguito,

---

([36]) Cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 295 ss. ed ivi letteratura cit.

([37]) COX, *La città secolare*, trad. it., Firenze, 1968, p. 3.

([38]) PARSONS, *Credenza, non credenza e miscredenza*, cit., pp. 330-331.

([39]) Cfr. WEBER, *op. cit.*, p. 305.

([40]) Cfr. BELLAH, *La religione civile in America*, trad. it., in *La secolarizzazione*, cit., p. 145 ss.

([41]) Sulla moralità fra interesse individuale e interesse sociale cfr. le classiche riflessioni di DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Milano, 1971.

voglia affermarsi la legittimità di un'equazione tra famiglia e comunità *tout court*, pur rimanendo indubbia l'idoneità del concetto sociologico di comunità a fornire i dati sostanziali con cui ripensare in termini giuridici al problema odierno della famiglia. In effetti è proprio l'idea di comunità ad apprestare i contenuti di quel fenomeno contemporaneo che è il familismo moderno ([42]) o esaltazione per l'uomo della sua esperienza familiare intimamente e profondamente vissuta nella pienezza delle aspirazioni individuali e nel più assoluto rigetto di ogni interferenza, dall'esterno, di modelli comportamentali eteronomi. Ma la comunità e il vincolo familiare così intesi manifestano nella relazione di solidarietà intercorrente fra i membri il tratto ad un tempo unificante e qualificante della loro specificità in quanto esperienze di rapporto. L'accentuarsi della presenza e della rilevanza del momento solidaristico è tuttavia aspetto attuale riscontrabile all'interno non soltanto dei gruppi, ma del più ampio e generico contesto sociale. Da un punto di vista strettamente logico si tratta dell'inevitabile correttivo che, assieme al radicarsi della c.d. ideologia della tolleranza ([43]), permette l'equilibrio di una società sempre più fondata sul rispetto dei valori di libertà individuale. Coerenza (e autotutela) vuole infatti che colui il quale aspira alla massima realizzazione di se stesso, ed in ciò ravvisa il supremo valore esistenziale, non possa poi negare agli altri quanto viceversa afferma in via prioritaria nei suoi confronti. La reciproca tolleranza e la scambievole solidarietà divengono quindi fenomeni solo all'apparenza antitetici rispetto alla libertà, con cui viceversa si accompagnano inscindibilmente in un legame che può ben ritenersi momento di quella stessa tendenza alla razionalizzazione già prima rilevata. L'ordinamento giuridico in generale ed in particolare l'immagine di famiglia risultante dalla recente riforma ne risentono in misura tutt'altro che lieve ([44]). Per quanto ha riguardo a quest'ultima si accentua e si specifica la presenza del momento obbligante all'in-

---

([42]) Cfr. LUCKMANN, *La religione invisibile*, cit., p. 157 ss.

([43]) Cfr. RHEINSTEIN, *The Family and the Law*, in *Int. Enc. Comp. Law*, IV-1, 1974, p. 9. Sull'origine illuministica del valore di tolleranza cfr. GOLDMANN, *op. cit.*, p. 36 ss.

([44]) Su tutto ciò cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 87 ss.

terno del rapporto di coniugio. Si intensificano altresì gli obblighi dei genitori nei confronti dei figli nel senso soprattutto che se ne qualifica la natura sotto il profilo esclusivo del fatto rappresentato dal dato generazionale e quindi fino alla pressoché integrale parificazione della filiazione naturale a quella legittima. In materia patrimoniale si assegna alla comunione dei beni il ruolo di regime legale e si introduce poi l'istituto nuovo dell'impresa familiare. Può ben ritenersi che ciascuna di queste innovazioni consegua e si spieghi in virtù dell'estendersi del rilievo del momento solidaristico nell'ambito dell'esperienza di natura familiare.

4. *Conclusioni.*

Abbiamo rifiutato già dall'inizio di operare una scelta fra gli usi e le accezioni del termine secolarizzazione. Ciò peraltro, se sono reali i collegamenti istituiti tra i fattori odierni della secolarizzazione e i più recenti sviluppi del diritto di famiglia, non ci impedisce di definire tale diritto come ampiamento secolarizzato e questo proprio in forza della sua partecipazione ad una vicenda di cui, seppur non si vuole adottare né fornire un'immagine o una formula globalmente riassuntiva, non può tuttavia disconoscersi il profilo unitariamente caratterizzabile. Ne scaturiscono alcune conseguenze sia a livello interpretativo del nuovo ordinamento giuridico della famiglia, sia, e sempre a proposito del modificato schema dei rapporti familiari, in ordine al nesso esistente in materia tra Cristianesimo e secolarizzazione.

4.1. *A proposito di famiglia e diritto.*

Non sono mancate, all'immediato indomani dell'entrata in vigore della riforma, prese di posizione autorevolmente sostenute circa la persistente utilizzabilità, a dispetto delle modifiche intervenute, di concetti originariamente desunti dalla normativa previgente ([45]) o, con particolare riferimento ai contenuti del rapporto di filiazione, circa la sostanziale identità di quest'ultimo ri-

([45]) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Note introduttive agli articoli 24-28 Nov.*, in *Comment. alla rif. del dir. di fam.*, cit., I-1, p. 215 ss.

spetto al passato ([46]). Nell'un caso e nell'altro la tendenza è a minimizzare la rilevanza di alcune indicazioni, viceversa profondamente innovative, e in particolare dell'accordo come regola di « governo » della famiglia nonché dell'obbligo parentale « di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli » (art. 147 c.c.). La portata delle modifiche sembra limitarsi al dato, meramente distributivo, dell'eguaglianza, assunta questa in un suo significato strettamente formale e logico, quindi in prospettiva « razionalizzante » rispetto agli squilibri della disparità e senza però ulteriori effetti qualitativamente innovanti. Se viceversa in primo luogo la regola dell'accordo è momento di una più ampia tendenza alla salvaguardia dei valori di libertà e partecipazione ed anche la formula attuale dell'art. 147 c.c. esprime un aspetto di questo stesso processo di valorizzazione delle istanze individuali, non può l'interprete della realtà normativa non prenderne atto e sottolineare le cesure, non secondarie, rispetto ad un referente storico e sociale, prima ancora che giuridico, del tutto superato.

Con visione maggiormente equilibrata e realistica altri sottolinea la duplicità, tendenzialmente antitetica, delle ispirazioni, individualistica e comunitaria, senz'altro presente all'interno della riforma ([47]). Potrebbe tuttavia completarsi il rilievo precisando che laddove si voglia anche eventualmente ravvisare effettiva ed insanabile incongruenza sia per contro riconoscibile il segno di una ben più profonda unità. Se difatti l'emersione accentuata del profilo solidaristico appartiene anch'essa al processo di secolarizzazione, e quindi non contraddice bensì si accompagna al fondamentale aspetto libertario, la possibilità di una conciliazione fra i due momenti è reale prima ancora che logica. Significa che quanto effettivamente emerge è un concetto di individuo e di libertà che non respinge come altro da sé ed anzi reclama come appartenente alla sua natura l'istanza, apparentemente antitetica, di carattere solidaristico. Qualora ciò non si consideri ammissibile è da ritenersi

---

([46]) Cfr. TRABUCCHI, in *Comment. alla rif. del dir. di fam.*, cit., sub art. 147 c.c. (art. 29 Nov.), p. 263 ss.

([47]) Cfr. IRTI, *Il governo della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 38 ss.; MENGONI, *op. cit.*, p. 274 ss.

verosimilmente prevalga sull'interpretazione « neutrale » della realtà un pregiudizio sul valore e il senso da attribuirsi al concetto di individuo e di libertà. Tanto a prescindere, in una ricognizione strettamente giuridica, dall'indissolubilità dell'abbinamento di libertà e solidarietà che già affiora ad una lettura del dettato costituzionale ed all'individuazione del modello soggettivo per esso rilevante.

Un ulteriore atteggiamento, questo per contro generalizzato, propone in una visione di sintesi e con sempre maggiore insistenza di ripensare al fenomeno familiare nella prospettiva del concetto di comunità.

L'orientamento è tutt'altro che nuovo ([48]) ed implica la ripresa di schemi concettuali abbastanza consueti, con questo di più che all'immagine dell'ordinamento, della società, del gruppo, in definitiva dell'istituzione familiare, il concetto di comunità aggiunge il dato contenutistico, certo non irrilevante, di una più sensibile apertura alla valutazione della famiglia come luogo degli affetti e della più viva solidarietà fra i singoli. Tanto però, come è evidente, se risulta almeno in parte idoneo ad avviare singole, opportune operazioni interpretative del diritto riformato, non può coerentemente, in una considerazione generale dello stesso, non riproporre l'attualità di formule esplicative pressoché analoghe a quelle di un passato più o meno recente e cioè volte a proclamare l'interferenza fra singolo e sistema di una terza entità giuridica, più o meno effettivamente reale, quella appunto costituita dalla figura della comunità.

Si tende quindi ad istituire in materia un diaframma tra il singolo e lo Stato (o l'ordinamento o il diritto), quello appunto espresso dalla comunità che, da un lato, nelle sue esigenze di tutela e disciplina aspira a porsi come criterio ispiratore della normativa concernente la famiglia e rispetto ai cui interessi o diritti, dall'altro e conseguenzialmente in tale impostazione, si vorrebbe, almeno in via di principio, misurare e circoscrivere le aspirazioni dei singoli ([49]). Conseguenza non innocua, quest'ultima, se si considera

([48]) Per tutto ciò cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 38 ss.

([49]) Riassuntivo di tale impostazione, soprattutto tipica della dottrina cattolica sulla famiglia, è il discorso di LAZZATI, *Introduzione*, in *La famiglia crocevia della tensione*, cit., p. 18 ss.

che la formula dell'« interesse superiore della famiglia », introdotta per la prima volta con la recente riforma nell'ambito del linguaggio codicistico ed emblematica dell'orientamento tradizionale della dottrina ad esaltare la rilevanza del gruppo rispetto a quella del singolo ([50]), potrebbe addirittura risolversi in legittimazione letterale di un assunto. Ma dal concetto di comunità se ne potrebbe poi dedurre una serie di spunti ulteriori: così in materia di istituzione di un tribunale per la famiglia, laddove chi se ne fa sostenitore non tanto o solo mira alla revisione di un sistema, quello attuale, irrazionalmente frammentato fra una pluralità di organi, ciascuno per diversi aspetti competente, quanto piuttosto persegue l'intento di estrarre le estreme conseguenze logiche di una separatezza della famiglia rispetto al sistema di cui lo stesso ordinamento giudiziario si vuole si faccia interprete distaccando e specializzando un suo organo *ad hoc* ([51]); così qua e là dove la formulazione della legge consenta si formi un problema interpretativo e addirittura a prescindere da ciò anche quando, forzando la lettera, si vogliano introdurre aspetti, come a proposito dell'obbligazione di rendiconto in materia di proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi in regime di comunione legale, che non trovano giustificazione in dati testuali e tuttavia si offrono a ribadire l'attualità, seppure aggiornata nei contenuti, di passati episodi di supremazia del collettivo rispetto al singolo.

È in effetti proprio di una configurazione della famiglia in quanto comunità o di utilizzare tale immagine in proiezione sociologica, e quindi in senso lato descrittiva di un mutamento, o, in prospettiva dogmaticamente più pregnante, di attribuire al termine il significato ad esso proprio di entità trascendente l'individuo. Nel primo caso l'indicazione è ancora inqualificata per l'operatore giuridico; nel secondo, se è esatto quanto rilevato a proposito della tendenza secolarizzata alla de-istituzionalizzazione dell'esperienza familiare, essa finisce per essere espressiva di un conflitto rispetto alla realtà emergente di un fenomeno tutt'altro che trascurabile.

([50]) Per un diverso concetto di interesse superiore della famiglia cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 120 ss.

([51]) Sul tema e per le relative indicazioni bibliografiche cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 309 ss.

A quest'ultimo proposito il discorso riguarda anche la famiglia di fatto. Può discutersi della sua assoggettabilità al regime giuridico, sia esso quello espresso dal diritto comune dei rapporti familiari, o viceversa quello ulteriore e speciale che eventualmente il legislatore intenda prevedere ([52]). In realtà le due ipotesi non operano sullo stesso piano: altro è che si controverta sull'estensibilità alla famiglia di fatto di forme di tutela e di disciplina viceversa previste per la famiglia legittima e comunque su una richiesta di diritto statuale proveniente da un membro stesso della famiglia di fatto, sia esso coniuge o figlio; altro è invece che, a prescindere da tale richiesta, si ponga il problema della giuridicizzazione del rapporto familiare di fatto. Nella prima eventualità il quesito per l'interprete (eccezion fatta per la speciale disciplina testualmente prevista sia a proposito ed a favore della filiazione naturale che con riguardo a singole fattispecie) si riduce da un lato all'accertamento degli estremi per l'utilizzabilità dello strumento analogico, dall'altro a non travalicare il limite della tutela dell'interesse dei terzi ([53]). Nella seconda si tratta per contro di dare risposta all'interrogativo di fondo circa il rapporto da istituire fra due fenomeni l'uno dei quali tende a porsi e a realizzarsi in maniera del tutto indipendente se non addirittura contraria rispetto all'altro. In realtà laddove la famiglia di fatto non sia il frutto del mero concubinato, ma sia invece il risultato di una scelta di principio per la libertà contro i modelli familiari istituzionalizzati, un'impostazione che pretendesse di sottoporla al fenomeno giuridico di fonte statuale, sulla base anche dell'ulteriore rilievo dell'esistenza di indici testuali di rilevanza del fenomeno familiare di fatto, risulterebbe quanto meno superficiale. È invece della natura stessa del fenomeno, che tende a porsi come realtà autonoma, indifferente all'ordine giuridico, e dell'orientamento alla privatizzazione dell'esperienza familiare, che intesa in senso radicale non può non legittimare anche il totale sovvertimento

---

([52]) Per un'analisi dei vari aspetti problematici del rapporto tra famiglia di fatto e di diritto, in particolare cfr. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 697 ss.

([53]) Per tale impostazione cfr. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 285 ss.

della rilevanza istituzionale della stessa, una conclusione ben diversa la quale ritenga maggiormente adeguata alle peculiarità del rapporto in questione ogni totale sottrazione dello stesso alla valutazione del diritto. Qualora, contraddicendo all'iniziale impostazione del rapporto ([54]), un membro della famiglia di fatto si rivolga allo Stato per averne tutela, ad esso verrà accordata appunto se e in quanto sia estensibile al suo caso la logica prevista con riferimento al rapporto familiare legittimo e nella salvaguardia dei diritti dei terzi estranei al rapporto di fatto in questione.

4.2. *A proposito di Cristianesimo e secolarizzazione.*

Sono queste alcune delle principali implicazioni di carattere tecnico-giuridico che possono trarsi dall'analisi svolta su Cristianesimo, secolarizzazione e diritto di famiglia.

In diverso ordine di idee, qualora si accetti quant'abbiamo già rilevato e cioè che la riforma del diritto di famiglia, in più d'uno dei suoi aspetti maggiormente caratterizzanti, appare predisposta ad attuare il recupero alla dimensione giuridica di valori autenticamente cristiani, il rilievo che ne scaturisce immediato non può non essere quello di una coincidenza (apparente o reale) di tali valori con alcuni dei temi propri della vicenda secolarizzatrice.

Tanto in particolare ha riguardo alla sempre più attenta considerazione che in entrambe le prospettive, quella secolarizzata e quella religiosa, si presta per l'uomo, per la sua più autentica realizzazione. Per il Cristianesimo ciò non si traduce in scoperta, bensì piuttosto in recupero o rinnovata sensibilizzazione nei confronti di motivi intrinsecamente suoi. È significativo peraltro che tutto questo si compia in concomitanza coll'affermarsi del processo di secolarizzazione. Ben può ipotizzarsi, da un punto di vista storico, un'interazione tra tale processo e la tendenza cristiana al ripensamento dei valori personalistici. Non altrettanto deve ritenersi per ciò che attiene al realizzarsi del processo di secolarizzazione rispetto al quale, e sempre da un punto di vista storico, è verosimilmente estranea ogni incidenza derivante da concomi-

([54]) Per un rilievo in proposito cfr. LIPARI, *Prospettive e proposte per un ruolo della famiglia nella società civile*, in *La famiglia crocevia della tensione*, cit., p. 301.

tanti sviluppi in materia religiosa. Il che non toglie che nell'esaltazione moderna dei valori dell'individuo possa legittimamente vedersi un momento di quell'affermazione in chiave terrena di contenuti originariamente religiosi e cristiani, in cui secondo alcuni si risolve il significato stesso del concetto di secolarizzazione.

Certo è comunque che la rinnovata immagine del diritto di famiglia si spiega solo attraverso la recezione di istanze tipicamente secolari.

Altro discorso è quello secondo il quale in un tessuto tipicamente caratterizzato possono tuttavia aprirsi varchi per l'emersione di valori di non identica natura, o quello ulteriore e conseguenziale per cui, in una prospettiva non storica, bensì filosofica si offrono occasioni al rilievo di tendenziali analogie, o coincidenze. Il problema a questo punto concerne proprio il compimento di una verifica che non si limiti alla rilevazione di tale dato e viceversa si proponga di approfondire l'indagine sui contenuti. Non è difficile infatti ipotizzare, al di là di una più o meno ampia convergenza, motivi non secondari di contrasto, quelli stessi per cui altri rileva che « l'ominizzazione non è ancora umanizzazione » ([55]). In altri termini ciò che in un contesto secolare si compie, a livello di perfezionamento di valori individuali e libertari, reca con sé implicito, in una prospettiva autenticamente religiosa e cristiana, il rischio di una reale disumanizzazione e cioè di un esito essenzialmente contraddittorio. Le due concezioni, quella cristiana della persona e quella secolare dell'uomo, si rivelano infatti più lontane di quanto storicamente non appaia. La principale differenza risiede nel fatto che mentre il Cristianesimo fa dell'uomo un valore, non fine a se stesso però, bensì proiettato nella dimensione del « sacro », la secolarizzazione per contro, volta soltanto all'esaltazione dell'immanente, assolutizza questo analogo valore umano, che rende l'unico o il supremo fra tutti. Tanto porta a diversamente concepire il valore della presenza dell'altro e della relazione che con esso si pervenga a stabilire. Nel Cristianesimo questo è il fratello fatto oggetto di amore che conduce a Dio; nell'ambito

---

([55]) SCHILLEBEECKX, *Per un'immagine di Dio nel mondo secolarizzato*, in *La secolarizzazione*, cit., p. 283.

della secolarizzazione ciò si traduce nella presa di coscienza di un limite che si oppone all'arbitrio dell'individuo ed in ordine al quale quindi è razionalmente necessario per l'individuo stesso scendere a patti, o manifestare solidarietà, proprio per garantire a se stesso il rispetto di quelle analoghe prerogative di cui egli intenda riconoscere agli altri la titolarità e il godimento.

Dal diverso concetto sia del modello soggettivo che dei valori cui ispirare la relazione interpersonale discende immediata una conseguenza in ordine all'ulteriore tema della famiglia e dell'attuale valutazione giuridica della stessa. Anche a tal proposito infatti, tratto l'argomento alle sue più estreme e radicali conseguenze, le diversità prevalgono sulle analogie peraltro anch'esse indubbie. È così quindi che quanto emerge dalla riforma del diritto di famiglia in materia di garanzia dell'eguaglianza e dei diritti fondamentali dell'individuo si presta ad essere recepito come tratto caratterizzante di una concezione del fenomeno familiare indifferentemente cristiana e secolarizzata. Analoga conclusione vale per gli obblighi di solidarietà o per una parte almeno del loro contenuto, eccezion fatta, cioè, per quell'ulteriore aspetto costituito dalla pienezza della dedizione di sé che è peculiare invece della visione cristiana. Accanto a questi vi sono, però, gli aspetti che non si giustificano se non nell'ottica della secolarizzazione. Così è in primo luogo del divorzio, e del diritto di ciascun coniuge ad ottenerlo a prescindere dalle sue « colpe », o della natura giuridica che anche per effetto di ciò si comunica al matrimonio, non più negozio, ma mera forma o rito da cui far derivare assieme alla costanza di un rapporto alcuni effetti previsti per legge in ordine a tale complessa fattispecie. È incommensurabile la distanza rispetto al matrimonio « strumento di salvezza » e sacramento cristiano. Si afferma una tendenza al disimpegno dai vincoli la cui radice non può non intravedersi nell'individualismo moderno, ampiamente secolarizzato. Ciò si riflette sul criterio di rilevanza giuridica della famiglia, che tende ad essere quello di una disciplina non del gruppo bensì di singole posizioni soggettive, composte all'interno di un *rapporto*, sia esso di coniugio o di filiazione ([56]).

([56]) Così FURGIUELE, *op. cit.*, p. 58 ss.

Ma la tendenza all'« atomizzazione » dell'esperienza familiare può non fermarsi qui. La crescente diffusione del fenomeno delle unioni di fatto induce a riflettere non solo sulla de-istituzionalizzazione della famiglia, ma anche e soprattutto sull'eventualità di una totale perdita di valore della famiglia stessa per l'uomo attuale, « libero » e secolarizzato. La crisi dei valori che accompagna l'individualismo moderno porterebbe quindi con sé anche la crisi della famiglia, come modello di rapporto umano. Sarebbe allora sufficiente per il diritto, ed anche questo eventualmente, provvedere a disciplinare le singole conseguenze delle unioni di fatto e cioè in particolare a predisporre la disciplina dei rapporti di filiazione.

A questo punto però quanto si realizzava finora sul piano delle differenze, ma anche delle analogie fra due concezioni, quella secolare e quella cristiana, finirebbe per tradursi in occasione di insanabile conflitto: l'una infatti condurrebbe a negare ció che per l'altra, assieme alla pienezza della disponibilità all'incontro col prossimo, è fondamentale dal punto di vista della realizzazione della profonda e vera umanità dell'individuo. Cristianesimo e secolarizzazione, almeno per quanto riguarda la famiglia, verrebbero a porsi in radicale antitesi. La secolarizzazione non porrebbe dubbi alla individuazione del suo significato: nient'altro diverrebbe che ' scristianizzazione ' della famiglia e del suo diritto.

LUIGI MENGONI - CARLO CASTRONOVO
Università Cattolica di Milano

PROFILI DELLA SECOLARIZZAZIONE NEL DIRITTO PRIVATO

1. « Secolarizzazione e diritto » come questione metodologica. — 2. ... come istanza filosofica. — 3. ... come ipotesi di confronto culturale. — 4. Diritto romano e *Isolierung*. Il paradigma storico del diritto secolarizzato. — 5. Secolarizzazione materiale e secolarizzazione formale con riguardo al diritto privato. — 6. Ordinamenti di tipo ricognitivo e di tipo propulsivo. Scienza giuridica descrittiva e scienza giuridica critica. — 7. Il tramonto della pandettistica e il graduale dileguarsi del momento secolarizzante. — 8. Cultura giuridica del primo novecento e desecolarizzazione. — 9. Secolarizzazione e storia del pensiero: da Grozio a Kant. — 10. L'attuale momento storico e la desecolarizzazione mondana.

1. Organizzare un discorso sulla secolarizzazione impone più che in altri casi la fissazione previa del significato al quale si intende fare riferimento nel corso dell'indagine. « Secolarizzazione », infatti, è divenuta nel momento presente una di quelle categorie olistiche, a propensione onnicomprensiva, che si presentano nella storia della cultura a rimisurare di volta in volta, secondo un parametro nuovo, il già pensato in altri termini e il già accaduto storico. Si tratta in genere di modelli ermeneutici riassuntivi in un punto di vista unitario di una serie di rilevazioni e di esperienze interpretative di settore, le quali, quando attingono la soglia dell'attenzione in più spazi dell'universo culturale, riescono a divenire forme ermeneutiche generali, con cui ogni ambito di quell'universo viene prima o poi a sentire l'esigenza di verificarsi. La ricerca su secolarizzazione e diritto, di cui la nostra indagine fa parte, nella sua ampia articolazione rappresenta un caso esemplare: qualcosa di analogo a quello che si farebbe accostando umanesimo o, rispettivamente, illuminismo o strutturalismo e diritto; e ancora — ove se ne giustificasse un'autonomia rispetto alla secolarizzazione — demitizzazione e diritto.

Ma la secolarizzazione, prima che modello culturale, è categoria storica (1), usata per individuare sinteticamente una certa serie di fatti, di cui la secolarizzazione come modello culturale è il risultato interpretativo generalizzante. In quanto studiosi di diritto positivo invitati a svolgere il tema in relazione al diritto privato, dobbiamo allora chiederci se il nostro discorso vada condotto con riguardo all'uno o all'altro parametro; se cioè dobbiamo accertare i fatti di secolarizzazione nel ramo dell'ordinamento che ci compete o invece leggere quest'ultimo quale si presenta alla luce di una secolarizzazione adoperata come puro vaglio ermeneutico.

Al di là del rispetto dei limiti di competenza, è nostra convinzione che non sia seriamente praticabile la prima alternativa, la quale ci vedrebbe affannosamente alle prese con una sorta di caccia alle secolarizzazioni. Se infatti può essere agevole parlare in generale di secolarizzazione storicamente intesa anche con riguardo al diritto, può diventare distorsivo chiedersi se e quando per i singoli istituti ciò sia accaduto. Si correrebbe il rischio del discorso a tesi, nel quale un risultato che sia oggettivamente secolarizzante alla luce del modello interpretativo può essere scambiato per un fatto che secolarizzante volle essere nel suo movente storico. E questa linea di discorso potrebbe scivolare in una indagine molto più pericolosa, perché meno controllabile, circa la misura in cui l'ordinamento privatistico, vigente o abrogato, debba ritenersi secolarizzato o, cosa ancora più difficilmente appurabile, circa ciò che è vivo e ciò che è morto dell'ispirazione cristiana nell'ordinamento quale è oggi.

Preferiamo allora battere la seconda strada, quella cioè di misurare in chiave sincronica certi momenti dell'evoluzione del diritto privato alla luce della secolarizzazione intesa come parametro ermeneutico. Lasciamo fin d'ora agli storici il compito di verificare se quegli istituti o quelle norme che secondo noi possono essere letti in chiave di secolarizzazione siano o meno il frutto di uno sviluppo storico effettivamente accaduto nel segno della secolarizzazione; e ai filosofi la spiegazione del senso di ciò che verremo dicendo.

---

(1) Cfr. A. J. Nijk, *Secolarizzazione*, tr. it., Brescia 1973, p. 46 ss.

Nella grande varietà di accezioni rinvenibili negli studi ormai cospicui dedicati alla secolarizzazione sembra abbastanza attendibile isolare due filoni fondamentali: il primo risolventesi nello scorporo del referente religioso - trascendente dagli ambiti di pensiero e di esperienza esistenziale (2); il secondo riducibile all'idea della pura trasposizione linguistica di valori e di categorie originariamente religiosi, ma omologati in altrettante categorie coerenti con un modello mondano di cultura (3).

Nessuno di questi due ordini di definizioni si rivela appropriato al nostro livello di indagine. Pur differenziandosi vistosamente, essi si collocano ambedue sul piano della valutazione di contenuti, dei quali si propongono di fare emergere la distanza — e il tipo di essa — rispetto a una concezione non secolarizzata. È inevitabile infatti la sfasatura tra simili esiti di discorso e la competenza del giurista positivo, il quale, ove si ponesse per questa strada, farebbe altro dal suo mestiere. Se è ormai superata da tempo l'idea che l'interpretazione-applicazione sia scevra da giudizi di valore formulati da chi la conduce, è altrettanto innegabile che funzione istituzionale del giurista positivo è quella di far luce sui valori che l'ordinamento ha fatti propri. Lasciando da parte in questa sede — perché sarebbe oziosa — la disputa sul punto se dei valori presentati come propri dell'ordinamento non sia in realtà portatore l'interprete, certo è che quest'ultimo non può condurre un discorso

---

(2) V. in questo senso C. WEST, *Community-Christian and Secular*, in *Man in Community*, New York - London 1966, p. 343, cit. da J. SPERNA WEILAND, *Qu'est-ce-que la sécularisation?*, in *Ermeneutica della secolarizzazione* (*Arch. di filosofia* diretto da E. Castelli), Padova 1976, p. 92: « La sottrazione di aree di vita e di pensiero al controllo religioso — e alla fine anche a quello metafisico —, e il tentativo di capire e di vivere in queste aree alle condizioni che esse in quanto tali offrono ». Non si può non ricordare allora D. BONHOEFFER, *Resistenza e resa*, tr. it., Milano 1969, p. 266, quando afferma che « essere cristiano non significa essere religioso in un determinato modo, fare di se stesso qualcosa (un peccatore, un penitente, un santo) in base a una determinata pratica religiosa, ma significa essere uomo ».

(3) K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, tr. it., I, Roma 1973, p. 127, parla per es. di « secolarizzazione di una superstizione religiosa », nel senso di traduzione di essa in categorie mondane. In senso analogo sembra intendere la secolarizzazione L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, I, Padova 1978, p. 250.

in proprio, ma deve piuttosto mediarlo attraverso il filtro costituito dal dato da interpretare e in primo luogo dalle norme.

Il parametro « secolarizzazione » del quale ci potremo correttamente servire dovrà essere puramente formale, come esige l'inevitabile omogeneità tra oggetto da analizzare e strumenti dell'analisi. Lo troviamo nel concetto di *reine Diesseitigkeit* (« puro al di qua », pura immanenza) (4), il quale, oltre ad essere adeguato per la sua caratterizzazione meramente formale, si rivela altresì scevro, nella sua essenzialità, dalle incertezze di significato che affliggono le definizioni di tipo contenutistico.

Porsi il problema della secolarizzazione dell'ordinamento e, per quanto ci concerne, del diritto privato nella prospettiva indicata significa chiedersi se il puro *al di qua* sia o no dimensione trascendentale (nel senso kantiano di condizione di possibilità) del sistema giuridico. E cioè, una volta chiarita la valenza meramente formale dell'espressione, se l'ordinamento giuridico e i suoi modi di attuazione siano riducibili ai meccanismi di funzionamento posti dall'ordinamento medesimo, e perciò autonomi rispetto a qualsiasi superiore istanza assiologica, oppure siano soggetti al controllo di punti di vista valorativi esterni al sistema, il quale allora non sarebbe più leggibile in termini di pura immanenza.

2. La questione sulla secolarizzazione del diritto si pone su due piani: sul piano del fatto o dell'essere significa chiedersi se il diritto quale è dato in un certo ordinamento sia o no secolare o secolarizzato (a seconda che ci si collochi in una prospettiva statica o dinamica); sul piano del valore o del dover essere se il diritto positivo debba o no corrispondere allo standard « secolarizzazione ».

Così impostata, la questione segna — in una prospettiva più ampia di quella delimitata dal titolo della ricerca — il ritorno di un problema antico quanto il diritto: la necessità, affermata o negata, di rapportare il dato normativo già posto o da porre a

---

(4) Cfr. M. STALLMANN, *Was ist Säkularisierung*, Tübingen 1960, p. 14 ss. L'espressione « Diesseitigkeit », con cui si indica la tendenza moderna alla pura mondanità, è usata già da Marx nella seconda tesi su Feuerbach.

un mondo delle idee, le quali fungano da vaglio definitivo di meritevolezza in grado di sanzionare il valore o il disvalore del primo. Sul terreno formale il problema si traduce negli stessi termini in cui si pone da molto più tempo il dibattito intorno al diritto naturale. Pure quest'ultimo si imposta sul presupposto, postulato o almeno non escluso *in limine*, dell'esistenza di un livello del darsi del diritto distinto da quello del diritto positivo. Dal punto di vista della secolarizzazione, tuttavia, ciò che viene proposto come termine di confronto del diritto positivo non è tanto l'universale giuridico o l'*idea* di diritto, quanto un insieme di valori tutti riconducibili alla categoria del trascendente. Ma le due questioni — del diritto naturale e della secolarizzazione — sono accomunate dalla caratteristica che l'una e l'altra non hanno senso in una prospettiva che riduca il discorso sul diritto entro i confini del diritto positivo. Esse rispondono a un medesimo spirito del tempo, che esprime un'esigenza di controllo della conformità del diritto positivo a criteri materiali del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto.

I momenti di fulgore del diritto naturale corrispondono a periodi di disagio nei confronti del diritto positivo. Una scienza giuridica frustrata dall'impotenza dei propri sforzi a rendere ragionevolmente attendibile l'ordinamento in cui essa opera o la stessa durezza e insopportabilità di quest'ultimo spingono alla fuga dal sistema costituito verso un diritto ideale la cui perfezione si identifica con la giustizia. Per limitarsi all'età moderna, si pensi da un lato alla grande fioritura del '600, che afferma le libertà fondamentali dell'individuo contro l'assolutismo monarchico e, più vicino a noi, il ritorno dell'istanza giusnaturalistica all'inizio del secolo e da ultimo negli anni successivi alla seconda guerra mondiale. Un'età, invece, che sulla base di certi valori sufficientemente stabili e diffusamente accettati stabilisca un ordinamento giuridico coerente o ritenuto tale, il quale di per sé sollecita all'approfondimento e al perfezionamento puramente tecnico, mero sviluppo logico di ciò che è dato nel sistema, non si pone il problema del diritto naturale, la cui teorizzazione, come si è detto, non è che l'organizzarsi della coscienza critica contro il sistema dato. Ciò spiega l'entusiasmo positivistico del secolo scorso, prodotto in Francia dall'ottimismo della codificazione, in Germania dall'ottimismo della scienza giuridica, consapevole di avere raggiunto

una splendida perfezione maturata nelle serre della compilazione giustinianea.

3. Privo della sicurezza della ragione illuministica e della fede scientifica del positivismo, il novecento ha visto la progressiva dissoluzione dei modelli derivati, anche nel nostro paese, dalla pandettistica germanica; e nel prendere coscienza di ciò sempre più si è mosso nel senso di travalicare l'analisi giuridica limitata alle strutture concettuali degli enunciati normativi. Alla scienza pura del diritto, fiorita nel secolo scorso, si è venuta contrapponendo una analisi normativa che mette a profitto la lettura resa possibile da altre scienze, dalla sociologia all'etnologia alla psicologia all'economia. Sempre più la scienza giuridica si distacca dallo *status* di pura scienza formale per interrogarsi sui contenuti del diritto, sul problema dei rapporti materia-forma, per servirsi del paradigma che significativamente all'inizio del secolo Stammler delineava quasi a tracciare il solco nel quale il discorso giuridico scientifico si sarebbe dovuto muovere negli anni successivi (5). Al tema tradizionale delle relazioni tra diritto e morale, che tanto impegnò la scuola giusnaturalistica classica, si è affiancata, sintomo di una coscienza moderna che intende rispondere con altri linguaggi alla questione generale della collocazione del diritto rispetto a ciò che è altro da sé, una serie di

(5) *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Halle 1926, pp. 138 ss., 154 s. L'ascendenza kantiana del rapporto forma-materia, già approfondito da A. Feuerbach, non ha bisogno di essere sottolineata (cfr. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, tr. it., Milano 1966, p. 122 s.; A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova 1962, p. 165 ss.; F. WIEACKER, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe 1967, p. 11). La novità di Stammler, che nella prospettiva qui accolta è definibile come desecolarizzante, consiste nell'avere individuato il diritto non in termini di pura forma che si limiti a vestire la materia relativa restando a essa estranea, ma di *Bedingung des Stoffes*, condizione di possibilità della materia stessa (*Die Lehre*, cit., p. 155 s.) in funzione dei fini cui l'uomo tende come, nel regno della natura, la causa all'effetto (cfr. LARENZ, *op. cit.*, p. 123 s.). In questi termini Stammler supera sia l'idea del diritto come sovrastruttura, propria del marxismo, sia l'idea di una scienza del diritto come discorso puramente formale propria del positivismo giuridico, o come semplice analisi delle forze-interessi secondo il metodo del positivismo scientifico abbracciato dal secondo Jhering.

temi che, non senza ironia, un autore americano recente ha riassunto nella formula « Diritto e » (*Law and*) (6).

Il diritto, si può dire, ha perduto la sicurezza di sé che lo aveva caratterizzato nella fioritura romana, nella rinascita medievale e infine nella stagione della pandettistica. E come in altre età, specialmente durante il giusnaturalismo, ha sentito il bisogno di misurarsi con la filosofia, oggi si rapporta con altre scienze, alla ricerca di conferme, che non riesce più a ottenere da se stesso, circa il proprio valore, riconosciuto ora nell'idoneità a dare risposta adeguata ai conflitti sociali, ora nello sforzo di non allontanarsi dai canoni della scienza economica, ora nella capacità di interpretare nel modo più autentico il genio della razza (7). Non è più la soddisfazione, tra illuministica e romantica, di Savigny e della scuola storica di fronte alla scoperta del puro rispondere del diritto, come si dà storicamente, al *Volksgeist*, ad acquietare l'animo del giurista. Il discorso non si pone più in termini di pura lettura storica e di costruzione sistematica di un diritto positivo la cui « essenza etica consiste in ciò, che la legge sia uguale solo a se stessa, e che per questa eguaglianza con sé, fondata quindi nella sua essenza, non sia condizionata » (8), bensì in termini di verifica continua, alla luce di una realtà mutevole e difficile da decifrare, dei tentativi che la forma giuridica positiva fa per evitare lo scarto rispetto alla materia.

La sindrome ansiosa che caratterizza la scienza giuridica attuale, e in particolare, per quanto ci concerne, la civilistica, sta dunque alla base di riflessioni come quella che ci impegna in questo momento con l'intento di sollecitare un termine di confronto o, se si vuole, una ricerca di identità guidata dalla categoria della « secolarizzazione » che occupa oggi tanto spazio nel dibattito culturale generale. Da un lato, dunque, l'esigenza di uscire dalla pura forma giuridica affinché il metadiscorso sia tale in senso pregnante,

---

(6) A. A. LEFF, *Law and*, in *Yale L. J.*, 87, 1978, p. 989 ss.

(7) Cfr. H. LANGE, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tübingen 1933, spec. p. 33 ss., e il più moderato Heinrich STOLL, *Das Bürgerliche Recht in der Zeiten Wende*, Stuttgart 1933, spec. p. 20 ss.

(8) HEGEL, *Phenomenologie des Geistes*, in *Sämtliche Werke* a cura di H. Glockner, II, Stuttgart 1927, p. 328 (tr. it., Firenze 1976, I, p. 355).

non solo cioè discorso sul diritto, ma anche riflessione sulle relazioni del sistema giuridico con gli altri sistemi della realtà sociale; dall'altro la preoccupazione, sempre più avvertita, di collocazione della scienza giuridica nello spazio che sta alla confluenza dell'elaborazione di pensiero nel nostro momento storico, al fine di vincere la solitudine di un distacco per tanto tempo orgoglioso e oggi frustrante. Tutto ciò fornisce, ci sembra, una plausibile giustificazione alla scelta del tema e consente di procedere nell'analisi.

4. Ci siamo preoccupati di questo chiarimento preliminare, che servisse prima di tutto a noi stessi, perché al cultore del diritto privato una analisi della propria materia alla luce del concetto di secolarizzazione appare a prima vista ad esito scontato e perciò non particolarmente ricca di prospettive fascinose. Uno dei punti fermi della tradizione romanistica, che tanto più stabilmente si fissano nel nostro *humus* culturale quanto meno costituiscono oggetto di insegnamento specifico, è costituito dall'idea che un ordinamento giuridico arriva alla sua fase matura quando si sia depurato di tutto ciò che secondo la nostra cultura propriamente giuridico non è, e in ispecie di quanto appartiene all'ambito del sacro. La convinzione ulteriore, che si può dire segua a guisa di corollario, è che il diritto romano ha potuto raggiungere la grandezza cui è legata la sua sopravvivenza perché è riuscito a realizzare in misura somma il principio dell'autonomia dal sacro.

Non si tratta di approfondire in questa sede un argomento che non è di nostra competenza, né si vuole negare che il tardo diritto romano abbia subìto influssi connessi con l'affermarsi del cristianesimo e dei nuovi valori da esso proclamati. Tuttavia la nuova religione, radicalmente diversa dalle precedenti, non ne ha messo in discussione la struttura originaria (9), proprio perché fin dal-

(9) Quanto si afferma nel testo trova significativo riscontro nella ricerca teologica. Afferma sul punto F. DELEKAT, *Über den Begriff der Säkularisation*, Heidelberg 1958, p. 24 s.: « Il diritto romano nell'impero di Roma divenuto cristiano ha trovato pura e semplice continuazione e nell'ambito del diritto privato ha subito mutamenti non essenziali ». In termini più generali R. BULTMANN, *Religione e cultura*, in *Le origini della teologia dialettica*, a cura di J. Moltmann, tr. it., Brescia (1976), p. 414 s., afferma: « Non è mai eccessiva l'insistenza sul chiarimento

l'origine il diritto romano si era affrancato dal controllo di istanze religiose affermandosi come diritto secolarizzato. Già la legge delle XII Tavole contiene norme esclusivamente giuridiche [10], impartendo così al diritto di Roma, fin dal suo esordio, uno dei suoi principi-guida, che lo Schulz ha chiamato principio della *Isolierung* [11], cioè appunto della separazione da istanze di controllo esterne. Tale principio si svolge nell'*autonomia del discorso giuridico* [12], sia al livello del linguaggio normativo, sia al livello del linguaggio dei giuristi: il primo rifugge da referenti esterni che esplicitino i valori in funzione dei quali le regole di diritto sono poste; il secondo evita a sua volta di fornire spiegazioni in proposito avvalendosi di concetti assiologicamente neutrali [13]. Le *regulae iuris* si qualificano esclusivamente in base alla logica interna del sistema in cui sono inserite, senza bisogno di attingere altrimenti la legittimazione dei loro contenuti, e « la maniera di esprimersi dei giuristi fa il più delle volte un'impressione quasi

---

che il cristianesimo originario è stato un movimento specificamente religioso, non etico ... Il cristianesimo delle origini non aveva alcuno strumento per i problemi specificamente etici della giustizia, della comunità sociale (...), dei rapporti tra i sessi, ecc. ».

[10] F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, p. 14. Nella traduzione italiana, *I principi del diritto romano*, a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze 1946, le pagine cui facciamo riferimento vanno da 16 a 33.

[11] Cfr. *Prinzipien*, cit., p. 13 s. In epigrafe al capitolo intitolato *Isolierung* Schulz cita ORAZIO, *Ars poetica*, 396: « Fuit haec sapientia quondam, publica privatis secernere, sacra profanis ». Già il VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, XI, menziona questo passo al fine di indicare la specifica caratteristica del genio romano nel quale la *sapientia*, diversamente dai Greci, non è filosofia o retorica, ma *jurisprudentia*, definita invero nelle Fonti « divinarum atque humanarum rerum notitia » (D. 1, 1, 10, 2).

[12] L'idea dell'essenzialità di tale separatezza, come mette in luce F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen 1959, p. 134, si rinviene a cominciare da Savigny, nel quale la fondazione della nuova scienza giuridica poggia su tre pilastri: il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento, il rifiuto del diritto naturale come era stato storicamente inteso nei secoli precedenti, la fondazione di un sistema dogmatico chiuso.

[13] SCHULZ, *Prinzipien*, cit., p. 16 s. V. altresì A. MANIGK, *Die Idee des Naturrechts*, in *Festgabe f. R. Stammler*, Berlin-Leipzig 1926, p. 16, il quale parla di una « Sonderung ... in der typischen Weise der Schaffung eines stark formalen, scharf ungrenzten 'strengen' Rechts ».

matematica, o meglio l'impressione di un *diritto naturale* » [14], nel senso di un diritto dato che è tale in quanto fondato sulla sua stessa natura ed esclusivamente in ragione di tale fondazione.

Un diritto come quello romano, che si serve della coerenza logica in funzione di chiusura rispetto a ciò che è esterno da sé [15], ben può essere assunto a paradigma del diritto secolarizzato. Certo, la pur profonda radice romanistica dei sistemi europeo-occidentali di oggi non è una ragione sufficiente per ritenerli parimenti secolarizzati [16]. Sta di fatto, però, che i giuristi del secolo scorso si riconobbero pienamente nei caratteri della giurisprudenza romana [17], nella quale la dialettica giuridica forniva alla positività del diritto la copertura prestigiosa della logica [18], esaltava l'autonomia del pensiero giuridico ed elevava il dato positivo all'altezza ideale di una verità formale [19]. I romani, è vero, a differenza dai pandettisti, non praticarono la *Begriffsjurisprudenz*, perché la loro è logica del diritto, non logica delle categorie giuridiche [20], cioè del metadiscorso preoccupato di dare senso a se medesimo prima che di essere testimone della verità che va cercando: e ciò in termini di metodo e anche di risultati segna una distanza radicale. Ma nella prospettiva nella quale ora ci muoviamo essa non è rilevante, giacché nell'uno e nell'altro caso si

---

[14] SCHULZ, *op. cit.*, p. 23.

[15] SCHULZ, *loc. cit.*, parla di « fast logische Geschlossenheit »; e il sostantivo, che nel contesto va tradotto con *coerenza*, ha in tedesco il significato originario di *chiusura*.

[16] Sulla graduale riduzione di significato, pure ancor oggi rilevante, del diritto romano con riguardo ai sistemi giuridici vigenti, v. F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*², Stuttgart 1961, p. 302 s.

[17] Cfr. ancora SCHULZ, *Prinzipien*, p. 25 s.

[18] Cfr. R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts* ⁶, Leipzig 1896, p. 21, secondo il quale « mediante la preminenza del concetto scompare formalmente la positività del diritto ».

[19] JHERING, *Geist des römischen Rechts* ⁸, III, 1, rist. an., Basel 1954, p. 318 ss.

[20] Come metteva già in luce SAVIGNY, *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione e giurisprudenza*, tr. it., Verona 1857, p. 115, « le idee e i teoremi di diritto non appaiono ad essi come creazione dell'arbitrio; sibbene sono esseri reali la cui esistenza e genealogia si è lor manifestata per una lunga, famigliare abitudine ».

afferma quella autonomia del discorso giuridico, cioè la sua indipendenza da esigenze di verifica dei propri contenuti in relazione a parametri extrasistematici.

5. Ritorniamo così al punto di partenza dell'indagine, dove abbiamo accolto, ritenendola la sola che consentisse di non fermarsi alla prima battuta, la definizione formale di secolarizzazione come « puro al di qua », come categoria riferibile alla immanenza che caratterizza il discorso giuridico nel momento in cui esso esclude riferimenti ad altro da sé ([21]). Intesa, invece, nell'accezione comune (e prescindendo dalle specificazioni che ognuno ha ritenuto di fornire contribuendo a quella che può dirsi la giungla di significati assegnati a questa parola), cioè come scorporo della valenza trascendente o sacra dalle categorie proprie dell'uno o dell'altro ambito culturale ([22]), la secolarizzazione sarebbe un tema pregiudicato in partenza. Abbiamo visto, infatti, che la vicenda del diritto romano è segnata fin dall'inizio dall'autonomia rispetto a istanze trascendenti e che tale autonomia non è stata intaccata dalla rilegittimazione nel contesto della *societas christiana*. Ed è ancora il diritto romano la trama essenziale del diritto privato, la cui posizione deve essere qui definita con riguardo alla secolarizzazione.

Che il significato comunemente attribuito a questa categoria non consenta di fare molta strada è indirettamente confermato

---

([21]) « Sich selbst als Zweck setzt », come direbbe Troeltsch (cfr. STALLMANN, *op. cit.*, p. 15).

([22]) Anche STALLMANN, *op. cit.*, p. 33, si chiede se la definizione da lui approntata di secolarizzazione, come *Verweltlichung der Welt* e *Vergeschichtlichung der menschlichen Existenz*, abbia nulla a che vedere con il significato comunemente accettato. D'altra parte uno scarto più o meno rilevante si può riscontrare nei vari scritti dedicati al tema, in risposta a una esigenza di « personalizzazione » che inevitabilmente ogni autore porta con sé e in funzione dell'ambito culturale nel quale la categoria viene utilizzata: si pensi alla secolarizzazione nel senso proprio del diritto ecclesiastico dei beni, che ha portato alla eliminazione della mano morta, e alla secolarizzazione in senso teologico. Ciò significa in termini generali che i parametri ermeneutici non sono mai un dato fissato una volta per tutte: oltre che alla variabilità naturale delle cose non misurabili numericamente, essi sono soggetti a un processo di appropriazione da parte dell'oggetto cui vengono di volta in volta riferiti, che tende a renderli affini a quest'ultimo sul piano formale.

dal fatto che l'utilizzazione di essa nell'ambito della ricerca giuridica ha caratterizzato finora indagini dedicate esclusivamente al diritto pubblico. La dottrina dello Stato è da tempo avvertita dei nessi di derivazione dei propri concetti da categorie originariamente elaborate dalla teologia ([23]). Simili trasposizioni non sono mai state tentate nell'ambito del diritto privato ([24]). Qui non esiste nessuna sovra-sottordinazione analoga a quella tra Dio e creatura, ripresa mondanamente nella relazione Stato-cittadino e ancora più frequentemente rappresentata nel rapporto sovrano-suddito dello Stato assoluto. Un ambito per definizione dominato dalla logica paritaria mal si presta a trasferimenti mondanizzanti di questo tipo, per la mancanza originaria del modello necessario all'operazione. Il divino e l'umano messi in rapporto non possono che interagire secondo gratuità, tale essendo, almeno nella visione cristiana, da un lato la grazia, che si autodefinisce in tal senso da sola, dall'altro la fede, a sua volta atto di adesione senza riserve e senza un corrispettivo che non sia del dopo, dell'*èscaton*, dell'ultramondano. La struttura del diritto privato, « che in tutto il mondo è opera dell'egoismo » ([25]), è la più prosaicamente lontana da tutto ciò, fondata come è su una corrispettività che esclude sul nascere ogni possibile analogia di impianto. Di esso si può dire, riecheggiando un celebre titolo, « umano, troppo umano ».

([23]) Cfr. H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1922, p. 219 ss.; C. SCHMITT, *Politische Theologie* ², München u. Leipzig 1934, tr. it., *Le categorie del politico*, Bologna 1972, p. 29 ss., il cui terzo capitolo è un esempio di concezione della secolarizzazione in termini di pura trasposizione in categorie mondane di categorie trascendenti. Il capitolo comincia con la celebre frase (p. 49; tr. it., p. 61): « Tutti i concetti pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati ». Secondo H. BLUMENBERG, *Säkularisierung und Selbstbehauptung*, Frankfurt a. M. 1974, p. 106, questa è « die stärkste Form des Säkularisierungstheorems ». Ma già il Troeltsch (citato da STALLMANN, *op. cit.*, p. 14 s., nota 15) aveva indicato nella secolarizzazione dello Stato « il fatto più importante del mondo moderno ».

([24]) Ove si escluda il tema della persona giuridica, significativamente al confine tra diritto pubblico e diritto privato: vedine qualche cenno in P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova 1975, pp. 148, 155, ma in chiave del tutto diversa dalla nostra.

([25]) P. KOSCHAKER, *Europa und römisches Recht*, tr. it., Firenze 1962, p. 259 nota 26.

Ove si scenda poi al piano dei contenuti e si cerchi di saggiare qua e là per scoprire impasti normativi che possano evocare influenze sacralizzanti o, in modo contrario, secolarizzanti sul diritto privato, il risultato appare altrettanto deludente. Il riferimento d'obbligo è quello riguardante il matrimonio, che ha subìto sicuramente una secolarizzazione cominciata con la codificazione napoleonica e proceduta fino ai giorni nostri. Tale processo, però, ha comportato un graduale accostamento di questo istituto alla logica del diritto privato, sicché la sua desacralizzazione è la conferma forse più significativa di quanto andiamo affermando: che cioè il diritto privato si pone in quanto tale originariamente come diritto secolare ([26]).

Ma un diritto privato secolarizzato nei contenuti, al punto che si può affermare che esso o è secolare o non è, non esclude un'indagine che assuma a criterio direttivo la secolarizzazione intesa come modello di un rapporto tra due poli ([27]). Se questi nell'accezione originaria sono il mondo e Dio, nel caso nostro diventano l'ordinamento giuridico e ciò che è esterno ad esso sia nel reale, sia nel regno dei valori. La secolarizzazione come forma pura del non relato ad altro da sé diventa modello legittimanente adoperabile per commisurarvi il discorso giuridico in termini, da un lato, di linguaggio normativo, dall'altro di linguaggio dei giuristi funzionale all'analisi ricognitivo-applicativa del primo. Sull'uno e sull'altro terreno si rinvengono esempi riconducibili alla categoria che siamo venuti individuando o invece orientati in senso opposto, pur se non sempre è possibile l'ascrizione all'uno o all'altro campo con quei tagli netti che, magari tentati nella concettualizzazione culturale, la storia difficilmente riconosce.

([26]) È sintomatico che, mentre nel diritto romano la definizione di matrimonio sembra chiaramente riflettere una società sacrale (consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio: D. 23, 2, 1), ma la disciplina è del tutto secolarizzata, nel diritto canonico non si riscontrano simili abbandoni in sede di definizione (*Decretum Gratiani* II, XXVII, 2, 2: Sunt enim nuptiae sive matrimonium viri mulierisque coniunctio, individuam vitae consuetudinem retinens; *Decretales*, II, 23, 11[3]: Cum matrimonium sit maris et foeminae coniunctio, individuam vitae consuetudinem retinens; *Codex juris canonici*, can. 1082), mentre la disciplina riflette l'insegnamento teologico sul matrimonio.

([27]) In sede teologica la secolarizzazione viene indicata come *Polaritätsverhältnis* da DELEKAT, *op. cit.*, p. 18.

6. Gli ordinamenti giuridici, intesi come carta di attribuzione dei diritti, possono raggrupparsi fondamentalmente sotto due categorie, che potremmo chiamare rispettivamente ricognitiva e propulsiva. La prima è caratterizzata dal fatto che l'ordinamento considera i diritti come già appartenenti ai singoli membri della comunità, sicché si tratta soltanto di precisarne il contenuto ([28]). La dinamica delle situazioni soggettive di diritto privato è presieduta in essa dal principio *nemo plus juris*, il quale, dal punto di vista dell'acquirente, significa l'impossibilità in via ordinaria di acquistare un diritto se non in base a un trasferimento consentito dal precedente investito. La categoria degli ordinamenti propulsivi è invece caratterizzata da tutt'altra prospettiva che non è soltanto quella legittimistica della massima *nemo plus juris*, bensì una prospettiva nella quale lo stesso ordinamento, in ossequio a obiettivi non più di mera giustizia commutativa, innesta dei dispositivi idonei a produrre i desiderati mutamenti di attribuzione indipendentemente o contro la stessa volontà dell'attuale titolare. Nel primo e nel secondo modello sono facilmente riconoscibili il sistema liberal-borghese del secolo scorso con lo Stato ridotto al ruolo di « guardiano notturno » e, rispettivamente, lo Stato sociale o solidaristico contemporaneo nelle varie versioni attuate nell'area occidentale.

Corrispondentemente ([29]) la scienza giuridica si può ricondurre a due modelli fondamentali, in ragione dell'idea di ordinamento giuridico ad essi sottesa e perciò anche dei compiti riconosciuti propri dalla scienza medesima. Possiamo parlare di scienza descrittiva nel primo caso e di scienza critica nel secondo: quella

---

([28]) L'idea di un diritto soggettivo che l'ordinamento deve limitarsi a riconoscere, apprestando tutte le difese necessarie al soggetto privato per farlo valere, è sottesa a *La lotta per il diritto di* JHERING (tr. it., Bari 1960) la quale, all'insegna della ferma radicazione di esso nella sfera giuridica del soggetto, diventa una lotta senza quartiere.

([29]) La omogeneità inevitabile tra diritto dato e sistema elaborato dalla scienza giuridica è messa in luce da F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica* [6], Napoli 1910, p. 122: « Se il diritto è un organismo vivente, la scienza deve riflessivamente riprodurlo. La riproduzione altissima di questo organismo è il sistema ... Il sistema scientifico ... non è però il risultato di un punto di vista puramente filosofico, ma debbe adattarsi al concreto e reale organismo del diritto, che ne è l'obietto ».

convinta di potere e dovere soltanto acclarare l'ordinamento quale è in quanto norma data, questa tesa a una interazione tra sé e l'ordinamento, capace di dare ad esso dimensioni di volta in volta nuove, in risposta a una realtà in continuo movimento. Con altra terminologia Stammler distingueva una dottrina giuridica *tecnica* e una *teoretica*, la prima « soddisfatta di chiarire il senso e il reale contenuto delle singole espressioni e disposizioni normative, per poi inquadrarli unitariamente e riferirne secondo un ordine sistematico »; la seconda, invece, pronta a porre la questione « se il diritto positivo (*das gelieferte Recht*) sia lo strumento giusto per uno scopo giusto » ([30]).

La menzione di Stammler è particolarmente significativa su questo punto perché egli impersona più di ogni altro il giro di boa tra vecchio e nuovo secolo, dal quale è emersa una concezione nuova della scienza giuridica, gradualmente divenuta critica o teoretica da dichiarativa o tecnica che era. Sul terreno della costruzione normativa la punta massima della perfezione tecnica, perseguita come sicura garanzia contro l'intrusione di punti di vista extrasistematici, era stata toccata appena qualche anno prima ([31]), a chiudere in maniera gloriosa, ma sempre più sentita come provvisoria, il secolo di una scienza fiduciosa di avere in sé la propria fondazione e perciò di possedere l'autosufficienza, dal *Bürgerliches Gesetzbuch* del *Reich* imperiale germanico. Con questo codice e con la scienza che lo venne preparando lungo l'arco di quasi cento anni la secolarizzazione del diritto privato raggiunge nell'età moderna la sua fase conclusiva e più sofisticata. Mai forse come durante l'ottocento nella storia del diritto occidentale il giuridico è stato oggetto di più attenta e continua purificazione

([30]) *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, cit., p. 39. La riconduzione delle impostazioni di fondo della scienza giuridica a due matrici si trova già nel saggio *Unsere Aufgabe*, premesso da Savigny al primo volume della *Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft*, ora in *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, a cura di Erik Wolf, Frankfurt s.d., p. 330 s. In esso l'autore, in ossequio al suo punto di partenza metodologico, distingue la scuola storica dalla scuola del diritto naturale, chiamando quest'ultima semplicemente « non storica » (*ungeschichtliche*).

([31]) La prima edizione della *Lehre von dem richtigen Rechte* risale al 1902, mentre il BGB entrò in vigore il 1° gennaio 1900.

dai residui dell'idea di un diritto esterno e superiore al diritto positivo (32). L'intento che coscientemente viene perseguito è il raggiungimento di una immanenza puramente formale, garantita dal dogma della completezza dell'ordinamento giuridico (33), del quale sono corollari la negazione delle lacune e il disconoscimento dell'equità e della giurisprudenza come fonti del diritto.

7. Le tracce di questo sentiero che prende il nome di secolarizzazione si possono seguire sulle pagine di uno dei più lucidi pandettisti di fine secolo (34). La misura di un'avvertita e tuttavia quasi repressa sensazione del mutamento incombente si coglie nelle smagliature che qua e là si aprono in un discorso condotto prima da altri con la preoccupazione suprema della costruzione intellettualmente appagante. Regelsberger scrive le sue pandette buon ultimo di una grande stagione; è comprensibile perciò che i toni da crociata che avevano caratterizzato le origini della scuola storica (35) contro il giusnaturalismo si siano smorzati in una visione meno polemica. Egli afferma di non sottovalutare il diritto naturale e quella che viene da lui individuata come la categoria formale che tutto lo fonda, la natura delle cose, e aggiunge che tra esso e il diritto positivo non è poi dato di rilevare un contrasto così radicale quale potrebbe apparire. Tuttavia l'idea di un diritto o di una giustizia che trascende il diritto positivo rimane avulsa da quest'ultimo: il diritto naturale è riconosciuto sul piano del puro valore, ma non ottiene udienza sul terreno dell'ordinamento *in action*, che rimane alla fine impenetrabile nella sua logica « interna ». Anche l'equità è esclusa dal novero delle

---

(32) Cfr. K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892, spec. pp. 104, 523: « La giurisprudenza è soltanto pensiero depurato ».

(33) Il contrasto tra il positivismo giuridico del secolo scorso e le teorie del diritto in ampio senso giusnaturalistiche (le quali perseguono una legittimazione esterna del diritto positivo), imperniato proprio sull'affermazione e rispettivamente la negazione della completezza dell'ordinamento, è confermato da F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen 1967, p. 437.

(34) F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I (unico volume pubblicato), Leipzig 1893.

(35) Con riguardo a Savigny v. WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, cit., p. 131, dove pure si mette in luce l'ambiguità del rapporto di lui con la teoria del diritto naturale, al di là del rifiuto polemico di essa; *Wandlungen*, cit., p. 6.

fonti del diritto e relegata nel ruolo di ispiratrice del corretto adattamento al caso concreto della *regula iuris*. A scioglierla da questo limite non viene neppure sfruttata la considerazione dell'*aequitas* come elemento vivificante della giurisprudenza romana (36).

L'ambiguità sofferta del pensiero dell'ultimo grande pandettista traspare in tema di lacune dell'ordinamento. Alla domanda se esse esistano egli risponde *sì* e *no* a seconda di ciò che si intende per diritto. La lacuna esiste se con essa si vuole indicare che non ogni caso trova una norma pronta a disciplinarlo. Ma l'ordinamento non può perciò solo essere considerato incompleto: non si dà uno spazio vuoto di diritto. E la conclusione viene asseverata sulla scorta del divieto di *déni de justice*, sancito dall'art. 4 del *code civil*, dal quale non viene desunto però il potere del giudice di creare la norma vestendo i panni del legislatore nel caso che quest'ultimo non abbia provveduto, come invece oserà disporre l'art. 1 del codice civile svizzero (37). Rimane incontestata la direttiva dei *Motivi* del BGB: « In caso di necessità il codice civile deve essere integrato da se stesso, dal sistema giuridico in esso contenuto » (38).

Perciò, di fronte alla questione se la giurisprudenza sia fonte di diritto, Regelsberger risponde affermativamente, ma con la precisazione che essa crea norme di grado inferiore (39) quando sia a ciò necessitata dalla mancanza di una norma legislativa o consuetudinaria; con il che, al di là di una doppia verità scansata attraverso una distinzione di tipo formale analoga a quella applicata in tema di lacune, si chiarisce come in realtà l'asserita crea-

---

(36) REGELSBERGER, *Pandekten*, p. 67. Decisamente WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 28, più persuaso difensore delle ragioni del sistema chiuso, afferma: « Prima che una fonte di diritto abbia riconosciuto i dettati dell'equità, l'equità ... non è diritto ».

(37) REGELSBERGER, *op. cit.*, p. 155 s. Sull'invocazione dell'art. 4 c.c. Nap., che costituì un *topos* per i sostenitori della completezza dell'ordinamento giuridico, v. GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, p. 14.

(38) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I, Berlin u. Leipzig 1888, p. 16.

(39) *Pandekten*, p. 87 s. Windscheid non pone neppure il problema, coerentemente con la sua teoria dell'interpretazione come esplicitazione della volontà del legislatore.

tività della giurisprudenza si riduca allo sviluppo di principî più generali desumibili dalla logica del sistema.

8. La pandettistica insomma non riesce a superare se stessa, perché nessuno può saltare al di là della propria ombra. Essa vuole essere sino alla fine una scienza che si riconosce nella perfezione tecnica e si costruisce in un sistema la cui chiusura nei confronti di ciò che non è riducibile alla sua logica interna funge da massima garanzia alla stabilità delle strutture normative ([40]).

La secolarizzazione, che nel formalismo giuridico trova il suo compiuto strumento metodologico, rappresenta allora il risultato dell'impossibile tentativo di ridurre la storia alle ragioni della logica. Sicché, quando la scissione tra materia e forma apparirà mistificante, la fine del positivismo giuridico sarà segnata. Certo i tempi di essa saranno molto diversi nei vari ordinamenti. Un secolo di giurisprudenza dei concetti non si cancella da un giorno all'altro, né è pensabile che la fine storica della pandettistica, in seguito all'entrata in vigore del BGB, abbia sepolto in un baratro improvviso una eredità troppo cospicua per andare tutta perduta ([41]). Non si può non notare però il ritardo italiano nel seguire l'evoluzione: importavamo le Pandette di Windscheid proprio nel momento in cui il periodo storico che le aveva generate era giunto alla sua consumazione ([42]). Ciò dà ragione del terreno

([40]) Anche dal punto di vista di cui ci siamo appropriati in questa sede si conferma l'emblematicità della figura di Puchta, nel quale probabilmente la contraddizione tra storia e sistema raggiunge il suo punto più alto. Egli attribuisce alla scienza giuridica la dignità di terza fonte del diritto, accanto alla consuetudine e alla legge, in funzione di approntamento dei criteri secondo i quali il giudice deve decidere quando le prime due fonti non prevedano una norma specifica al caso dato. Ma l'aspettativa che da un simile assunto potrebbe nascere, circa un ruolo creativo da attribuire alla scienza giuridica, è prontamente raggelata: le direttive che quest'ultima elabora « non originano da un'autorità esterna (come nel caso della legge e della consuetudine): esse hanno validità solo in quanto conseguano per logica (*innere*) necessità dai principi del diritto vigente » (*Cursus der Institutionen* [10], a cura di P. Krüger, Leipzig 1893, p. 26).

([41]) WIEACKER, *Wandlungen*, cit., p. 17, scrive che la decisione per il formalismo scientifico operata dalla scuola storica ha segnato il destino della scienza giuridica fino ai nostri giorni.

([42]) Se ne può cogliere del resto la consapevolezza nella stessa prefazione di Fadda e Bensa all'edizione italiana.

particolarmente favorevole trovato in Italia dalla dottrina pura del diritto, sopravvenuta a rinnovare, sul piano della teoria generale, l'illusione dell'arroccamento nella forma come unica possibilità per una scienza giuridica che tale voglia restare e per un diritto che rifugga dal misurarsi con la storia.

Col nuovo secolo si avvia nella cultura giuridica tedesca quella che Kantorowicz chiama nuova concezione del diritto ([43]), nutrita dalla rinascita del diritto naturale sotto nuova specie. Non si tratta più di un diritto ideale contrapposto a quello positivo, ma di un diritto inteso come un luogo del giuridico diverso dall'ordinamento positivo, col quale quest'ultimo deve essere in qualche modo posto in relazione. Nell'ambito di questo concetto di *Naturrecht* confluiscono il *richtiges Recht* di Stammler, la *freie Rechtsfindung* di Ehrlich, le *Kulturnormen* di Mayer, la *Projektion* di Wurzel, la *Interessenwägung* di Stampe, i *Werturteile* di Gustav Rümelin, categorie tutte la cui funzione è quella di *bewerten, ergänzen, fortbilden, umstossen* il diritto positivo, farne cioè oggetto di valutazione, di integrazione, di perfezionamento, e anche di rovesciamento ove necessario. Una concezione, dunque, lontana da quella sostanzialistica propria del giusnaturalismo classico, ed elaborata piuttosto nei termini formali della categoria di ciò-che-sta-al-di-là del diritto positivo ([44]). Ma è una concezione che col giusnaturalismo classico ha in comune, dal nostro punto di vista, una chiara connotazione desecolarizzante, nella misura in cui abbandona l'autonomia del discorso giuridico rapportandolo ad altri universi linguistici.

9. Questo giudizio appare in contrasto con l'opinione corrente in tema di secolarizzazione. A chi abbia esperienza della letteratura in argomento è noto che uno dei passi preferiti dagli autori, forse quello con più sicurezza menzionato, è la celebre frase di Grozio nella prefazione al *De jure belli ac pacis*, che dà una fondazione mondana al diritto naturale riconoscendone la fonte ul-

([43]) GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 10.

([44]) E. BELING, *Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück*, in *Festschr. f. Heck, M. Rümelin, Schmidt*, Tübingen 1931, p. 5, il quale indica come *Naturrecht* l'idea secondo la quale il diritto trae validità non dal suo essere positivo, ma dalla concordanza con ciò che è *überpositiv*.

tima nella natura razionale dell'uomo: così che il diritto naturale si costituirebbe validamente anche nell'ipotesi di inesistenza di Dio, « etiamsi daremus ... non esse Deum » [45]. E uno dei padri del discorso moderno sulla secolarizzazione in teologia, Dietrich Bonhoeffer [46], significativamente fa riferimento al passo citato per coonestare l'idea che « la norma di vita emergente dalla vera fede ... è soltanto quella della terrestrità della vita (*Diesseitigkeit des Lebens*) » [47]. Secondo l'impostazione più diffusa Grozio è dunque accreditato come il primo teorico moderno della secolarizzazione [48], mentre secondo la nostra concezione il giusnaturalismo non rappresenta propriamente un momento secolarizzante.

Questa differenza non deve preoccupare eccessivamente perché, una volta accolta una certa definizione del parametro su cui misurare un qualsivoglia oggetto, è normale che ne derivino risultati diversi rispetto alla misurazione effettuata secondo un parametro diverso. Ma un simile rilievo, di ordine formale, non basta per cancellare la sgradevole sensazione di una confusione delle lingue. La verità è che le due valutazioni apparentemente cotrapposte si muovono su piani diversi. Indubbiamente il giusnaturalismo secolarizza; ma sul piano filosofico generale, non su quello della teoria del diritto [49]. È sufficiente in tal senso, per rifarci ancora a Grozio, riflettere sulla sua definizione di diritto naturale: « Ius naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura ratio-

---

[45] GROZIO, *De jure belli ac pacis, Prolegomena*, § 11.

[46] Nella lettera del 16.7.1944, in *Resistenza e resa*, cit., p. 263 s.

[47] I. MANCINI, *Bonhoeffer*, Firenze 1969, p. 429.

[48] Ma gli studi più recenti, a partire da G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto* [12], Milano 1963, p. 40 nota 1, hanno messo in luce come il punto d'attacco di Grozio (l'eliminazione ideale di Dio) fosse già presente in particolare negli autori della tarda scolastica spagnola, come il Suarez e il Vasquez (cfr. J. ST. LEGER, *The « etiamsi daremus » of Hugo Grotius*, Romae 1962, p. 28 ss.; H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, tr. it., Milano 1965, p. 185 ss., spec. 190). D'altra parte il « silete theologi in munere alieno », intimato da Alberico Gentili prima del *De jure belli ac pacis*, segnava già a livello metodologico la consapevolezza della riduzione mondana del discorso *sul* diritto, che in Grozio sarebbe divenuta esplicita con riguardo al discorso *del* diritto.

[49] Cfr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 299: « Grozio non ha secolarizzato l'etica sociale ».

nali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem » (50). Qui si coglie con chiarezza quella che potrebbe dirsi la collocazione del giusnaturalismo a metà strada del processo di secolarizzazione. Dio viene confinato all'esterno del discorso normativo, come ipotesi ultima e non necessaria (pur se ciò *sine summo scelere dari nequit*), e sostituito con la natura dell'uomo come causa formale, causa materiale restando ancora Dio (51). Criterio di validità del diritto diventa la conformità alla natura, la quale è pur sempre una misura di valutazione che trascende il dato positivo e riproduce lo schema dei rapporti tra mondo e Dio sul terreno metafisico. In quanto la natura dell'uomo prende il posto precedentemente occupato da Dio, questo posto « conserva il rango di regione ideale del soprasensibile » (52). In definitiva i sistemi di diritto naturale precritici rimangono impostati sulla metafisica entelechiale aristotelica, e solo si svincolano, rispetto alla scolastica medievale, dal ricorso convalidante ai valori della rivelazione profetico-cristiana. Essi secolarizzano ciò che prima era fondato, in ultima istanza, nel sacro, ma non sono portatori di quella secolarizzazione ulteriore e più radicale che Gogarten chiama « mondanizzazione del mondo » (*Verweltlichung der Welt*) (53), in virtù della quale quest'ultimo, reso finalmente « adulto » (secondo l'espressione di Bonhoeffer) (54), « in tutte le circostanze e sotto tutti gli aspetti e in tutto quanto gli appartiene è e resta ciò che è, appunto mondo » (55).

---

(50) *De jure belli ac pacis*, I, lib. I, cap. I, § X, n. 1.

(51) Questa posizione corrisponde a quella di Cartesio nel campo delle scienze naturali, sintetizzata da Pascal in un celebre frammento delle *Pensées* (n. 77 dell'ediz. Brunschwicg; n. 194 dell'ediz. nella *Pléiade*): il ruolo di Dio si esaurisce nell'imprimere la *chiquenaude* che ha messo in movimento il mondo.

(52) M. HEIDEGGER, *Holzwege*, Frankfurt a.M. 1977, p. 226 (tr. it., *Sentieri interrotti*, Firenze 1977, p. 206). Secondo M. WEBER, *Economia e società*, tr. it., II, Milano 1974, p. 175, le norme del diritto naturale sono « legittime non in virtù della loro provenienza da un legislatore legittimo, ma in virtù di qualità puramente immanenti: questa è l'unica specifica forma di legittimità di un diritto che possa rimanere, una volta che le rivelazioni religiose e la santità autoritaria della tradizione siano venute meno ».

(53) *Verhängnis und Hoffnung der Neuzeit*, Stuttgart 1953, p. 12.

(54) Cfr. NIJK, *Secolarizzazione*, cit., p. 69 ss.; MANCINI, *Bonhoeffer*, cit., p. 339 ss.

(55) GOGARTEN, *op. loc. cit.*

A una stregua analoga il momento più pieno e autentico della secolarizzazione del diritto, intesa come « liberazione da ogni residuo di trascendenza e di assoluto » ([56]), è attinto dalla « giuridicizzazione del diritto » (se è consentito adoperare questo termine in senso corrispondente alla « mondanizzazione del mondo » di Gogarten), dalla sua riduzione entro la stessa logica che ne determina le strutture concettuali, dalla sua formalizzazione in un sistema chiuso, non soggetto a controlli di istanze assiologiche esterne. La matrice di questa concezione radicale, propria del positivismo scientifico del secolo scorso, non è tanto il diritto naturale profano di Grozio, quanto l'etica formale kantiana ([57]), che ha separato il diritto non solo dalla religione, ma pure dall'etica materiale e dalla politica, cioè da qualunque sistema di valutazione oggettiva in base a fini e a valori. Certo, benché la sua filosofia alimenti una delle vene principali del positivismo giuridico ([58]), Kant non è egli stesso un positivista. Alla ragione soggettiva, promossa dall'illuminismo al primato precedentemente detenuto dalla ragione oggettiva, egli attribuisce il potere di assurgere a legge etica universale mediante lo strumento dell'imperativo categorico, così che l'individuo moralmente autonomo viene costituito quale istanza di verifica della conformità della norma giuridica alla legge morale. Ma è un'istanza che, in quanto si risolve in un soggettivismo pratico, è socialmente incontrollabile ([59]), e infatti i giuristi formati al criticismo kantiano risolvono l'aporia semplicemente accantonando l'imperativo categorico come elemento giuridicamente non adattabile.

Eliminato anche questo residuo riferimento a punti di vista valorativi esterni, il concetto di diritto si esaurisce nella positi-

---

([56]) A. GRAMSCI, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Torino 1966, p. 68[= *Quaderni del carcere*, 13 (XXX), § 11, ediz. crit., III, Torino 1975, p. 1570].

([57]) Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Il tema del nostro tempo*, tr. it., Milano 1947, p. 149: « Nell'opera di Kant si trovano racchiusi i segreti decisivi dell'epoca moderna, le sue virtù e i suoi limiti ».

([58]) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 352.

([59]) Si ricordi l'ironia del BERGBOHM, *op. cit.*, p. 64: « Rechtsquelle ist ' die ' Vernunft, d.h. meine Vernunft, nicht des Nachbars unvernunftige Vernunft ».

vità ([60]). Il diritto si definisce esclusivamente in base alla sua efficienza come strumento di conformazione dei rapporti sociali, indipendentemente dalla qualità dei fini cui è ordinato e delle conseguenze che la sua applicazione produce nel mondo sociale circostante ([61]). Sul piano della scienza giuridica il processo di secolarizzazione si traduce nell'aspirazione ad assumere uno *status* analogo a quello delle scienze naturali, fondate sull'osservazione dei fatti e dei loro nessi causali. Le valutazioni (regole di comportamento) contenute nelle norme giuridiche vengono trasformate in concetti descrittivi, idonei a fornire, per la decisione dei casi concreti, le premesse di sillogismi apodittici le cui conclusioni non sono soggette a controllo secondo le categorie assiologiche del giusto e dell'ingiusto, bensì secondo le categorie logiche del vero e del falso ([62]).

10. Le nostre conclusioni non si discostano dai risultati della teoria generale della secolarizzazione, la quale identifica nel positivismo, considerato come momento culturale in senso ampio, la punta più avanzata della secolarizzazione ([63]), esposta alla dege-

---

([60]) BERGBOHM, *op. cit.*, p. 546.

([61]) Cfr. M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, tr. it., in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*[4], Torino 1973, p. 27: « La giurisprudenza ... non decide se debba esservi il diritto e se debbano essere formulate proprio quelle regole; questo soltanto essa può indicare: se si vuole conseguire un risultato, il mezzo per raggiungerlo ci è dato da questa regola giuridica, secondo le norme del nostro pensiero giuridico ».

([62]) Una delle varie accezioni di positivismo giuridico rinvenute da H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, tr. it., Torino 1965, p. 300, è l'identificazione del diritto con un ' sistema logico chiuso ' (la traduzione italiana suona: ordinamento logicamente chiuso) in cui si possono dedurre, con mezzi puramente logici, decisioni corrette da norme giuridiche prefissate ». Occorre precisare tuttavia che le moderne teoriche del positivismo giuridico affermano la chiusura del sistema sul piano strettamente normativo, mentre sul terreno dell'interpretazione-applicazione esse pure riconoscono inevitabile l'apertura propria del momento valutativo: « L'interpretazione e la teoria dell'interpretazione forniscono al positivismo una valvola di sicurezza, consentendo ad atteggiamenti e valori diversi di trovarvi uno sfogo » (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965, p. 125).

([63]) Da ult. O. MANN, *Die gescheiterte Säkularisation. Ein Irrgang der europäischen Philosophie*, Tübingen 1980, p. 137 ss.

nerazione nel secolarismo inteso come estremizzazione della prima in una negatività totale (64). Questa valutazione coinvolge anche il liberalismo, che del positivismo è il *pendant* sul piano politico (65). E l'implicazione che ne deriva fa coincidere il tramonto del liberalismo con la fine del momento secolarizzante.

Anche su questo punto occorre un chiarimento. Siamo convinti dell'esattezza della conclusione ora accennata, particolarmente con riguardo al nostro settore di indagine. Ma anzitutto dobbiamo vedere se essa non rappresenti una sfasatura rispetto all'epoca attuale, che è ritenuta un'epoca di secolarizzazione proprio nei rapporti ai quali tale categoria particolarmente si riferisce: i rapporti mondo-Dio, uomo-sacro. Il chiarimento è analogo a quello precedentemente fornito con riguardo al diritto naturale. Se col termine secolarizzazione si vuole significare soltanto la distanza dal sacro, l'assenza di Dio, la totale immanenza del pensiero, l'età presente, almeno nel mondo occidentale, è indiscutibilmente un'età di secolarizzazione. Diversa è la risposta qualora si ponga la domanda se la pretesa « morte di Dio » abbia lasciato un vuoto non colmato, o invece il luogo evacuato dalla trascendenza sia stato occupato da punti di riferimento diversi che, pur in una visione immanentistica, fungano da surrogati più o meno attendibili.

Solo la morte dei valori, cioè il nichilismo perfetto, ove mai lo si possa ipotizzare in assoluto, determinerebbe una civiltà integralmente secolarizzata, perché soltanto allora il posto lasciato dal dileguamento di Dio non otterrebbe sostituzioni e il mondo come laboratorio dell'uomo sarebbe abbandonato alla logica dei rapporti interindividuali. Ma il nostro non è tempo di morte dei valori. Anzi la società pluralistica attuale è impregnata di valori in proporzione alla proliferazione di ideologie da parte dei gruppi sociali antagonistici: in essa « il valore e ciò che vale diventa un surrogato positivistico del metafisico » (66). Questa notazione di

---

(64) Cfr. GOGARTEN, *Verhängnis und Hoffnung*, cit., p. 138.

(65) « Il secolarismo non è altro che in un certo senso il lato obiettivo del liberalismo »: cfr. H. SCHOMERUS, *Das Ende des Säkularismus*, Hamburg 1935, p. 34. V. altresì DELEKAT, *Über den Begriff der Säkularisation*, cit., p. 48.

(66) HEIDEGGER, *Holzwege*, cit., p. 227 (trad. it., p. 208).

Heidegger coglie il significato più profondo della filosofia dei valori, anche nella applicazione alla scienza giuridica promossa dalle nuove correnti di pensiero, sviluppatesi tra la fine del secolo scorso e i primi decenni del secolo XX, che hanno riguadagnato la consapevolezza della stretta correlazione del diritto positivo al valore mediante la riappropriazione della categoria dello scopo, intesa come forma della « posizione » dei valori allo spirito pratico in vista della loro realizzazione (67). La « giurisprudenza dei valori », nelle molteplici varianti che si sono succedute dopo l'ultimo Jhering e la *Interessenjurisprudenz* della prima maniera, rappresenta il tentativo di restituire al diritto positivo la sua fondazione ultima nell'etica sociale senza ricadere nel postulato metafisico dell'esistenza, oltre al mondo sensibile in cui viviamo, di un mondo ultrasensibile abitato dalle idee platoniche o dal Dio vivente della religione giudaico-cristiana (68). Questo tentativo, che può ben dirsi un surrogato positivistico del metafisico, nasce dalla coscienza infelice del positivismo, che avverte la fatale inclinazione al nichilismo, cioè al rifiuto delle questioni intorno alla giustizia come questioni logicamente prive di senso.

Ma la filosofia dei valori non ha investito soltanto il discorso *sul* diritto, favorendo un rinnovamento metodologico che al positivismo scientifico del secolo scorso, ispirato al modello del calcolo matematico, tende a sostituire un positivismo ermeneutico aperto a nuovi schemi di pensiero discorsivo che utilizzano i dati della realtà sociale circostante. Essa ha investito, negli anni successivi alla prima guerra mondiale e in misura accentuata nel secondo dopoguerra, anche il discorso *del* diritto, avviando un

---

(67) Cfr. N. HARTMANN, *Ethik* [4], Berlin 1962, p. 182 (tr. it., *Etica*, I, *Fenomenologia dei costumi*, Napoli 1969, p. 241).

(68) La giurisprudenza dei valori si è sviluppata nell'alveo dello storicismo, ed è rimasta distante dall'etica materiale dei valori (o, più esattamente, ontologia dei valori) di Scheler e Hartmann, il cui influsso si è manifestato solo a livello di filosofia del diritto (si pensi ad es. al tentativo di rifondazione del diritto naturale nell'opera di Coing). Sul piano ermeneutico l'incompatibilità, con gli schemi di argomentazione valutativa utilizzati dai giuristi, della concezione filosofica che attribuisce ai valori il modo di essere delle idee platoniche (cfr. HARTMANN, *Ethik*, p. 121; tr. it., I, cit., p. 166), è riaffermata nella letteratura recente da A. PODLECH, *Wertungen und Werte im Recht*, in *Arch. öff. Rechts*, 95 (1970), p. 201 ss.

processo inverso alla secolarizzazione della legislazione, all'insegna della quale si era aperta l'era delle codificazioni ottocentesche (69). Negli ordinamenti retti da costituzioni « lunghe », del tipo inaugurato dalla Repubblica di Weimar, il « surrogato positivistico » del vecchio diritto naturale, ormai privo di forza normativa, è dato dai valori individuati (selettivamente) dalla Costituzione formale dello Stato quali princìpi di *justitia normans*, come tali non riducibili alle strutture del *jus normatum*. Questi criteri assiologici di legittimità delle leggi ordinarie e degli atti di applicazione di esse non sono più l'umbratile « diritto degli dei » invocato da Antigone, « non da oggi, né da ieri, ma vivente da sempre », né il diritto rivelato dal Dio cristiano, e nemmeno l'immutabile diritto di ragione che la fede razionalistica dei secoli XVII e XVIII riteneva deducibile dalla natura dell'uomo con l'evidenza dei sillogismi apodittici. Sono, invece, punti di vista storicamente condizionati, segnati dalla temporalità, i quali valgono effettivamente nella misura del consenso che riescono a guadagnare e si affermano attraverso la lotta tra le visioni del mondo elaborate dalle organizzazioni sociali che si affrontano nella società pluralistica. Perciò, mentre il vecchio diritto naturale era un insieme coerente di princìpi risalenti a un primo principio che li investiva di forza normativa immediata e incondizionata, invece i valori metapositivi cui rinvia la nostra Costituzione formano un insieme disarticolato di punti di vista non di rado confliggenti. Per inve-

(69) Di grande significato, sul punto, PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, II, Bruxelles 1836, liv. I, tit. V, partie II, § IX, n. 6, p. 380 s.: « Sous l'ancien régime, les institutions religieuses étaient intimement unies ... Depuis la liberté des cultes a été proclamée. Il a été possible alors de séculariser la législation. On a organisé cette grande idée, qu'il faut souffrir tout ce que la Providence souffre, et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes ». Lo Stato moderno, si può dire, sin dal suo nascere come Stato di diritto avverte l'istanza pluralistica quale dimensione ultima della propria legittimazione, istanza che fa tutt'uno, finalmente, con la democrazia: « Una democrazia autentica non può imporre ai suoi cittadini o esigere da loro, come condizione della loro appartenenza alla città, un credo filosofico o religioso. Una simile concezione della città era possibile durante il periodo « sacrale » della nostra civiltà » (J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, tr. it. rist., Milano 1970, p. 132).

rarsi nella realtà normativa essi hanno bisogno della mediazione razionalizzatrice del legislatore positivo, così che, se da un lato limitano le scelte del potere legislativo, dall'altro sono a loro volta soggetti a un vincolo di coerenza di tali scelte col sistema costituito ([70]).

L'accennata inversione di tendenza non è dunque un inizio di recupero del sacro, un movimento verso la riscoperta delle radici del diritto nelle leggi dell'essere. I valori fondamentali ai quali rimanda la Costituzione sono posti dalla cultura del *saeculum*, sono frutto di interpretazioni del mondo radicate esclusivamente nell'antropologia, in una visione della vita aliena dal senso della futilità cosmica dell'uomo. Tuttavia lo scarto dalle linee direttrici della secolarizzazione è innegabile. Benché interiorizzati dall'ordinamento con una propria decisione, questi valori sono sovraordinati al sistema del diritto vigente con una funzione critica e di trasformazione di esso analoga a quella un tempo riconosciuta ai valori del mondo metafisico: mentre la secolarizzazione *superiorem non recognoscit*, e come tale è priva di fondamento, la sua forma di legittimazione essendo la pura positività. In questo senso, in quanto assunti come dimensione teleologica di un ordinamento che non intende limitarsi a un semplice ruolo ricognitivo di diritti soggettivi, i valori codificati dalla legge fondamentale esprimono, secondo il parametro qui accolto, un principio di desecolarizzazione. Desecolarizzato, secondo questo parametro non ancorato all'antitesi col sacro, è infatti un ordinamento che rinuncia a legittimarsi esclusivamente in base alla propria razionalità formale e accetta di sottomettere i contenuti al controllo di valori extrasistematici, rinnegando l'autosufficienza precedentemente affermata e costituendosi come sistema aperto a criteri di giustizia materiale.

([70]) Questo vincolo di coerenza, che nell'ermeneutica costituzionale è regolato dal criterio della « ragionevolezza », appresta un riparo contro la « tirannia dei valori » (cfr. HARTMANN, *Ethik*, cit., p. 574 s., tr. it., II, *Assiologia dei costumi*, Napoli 1970, p. 408; C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie*, Suttgart 1967, p. 37 ss.), e insieme assicura la conservazione, malgrado il ricorso a valori metagiuridici, di un certo grado di prevedibilità e di calcolabilità delle decisioni del giudice.

È una desecolarizzazione in senso debole, toccata dall'ambiguità di una società di transizione, nella quale i tentativi di coprire il posto lasciato vacante dal Dio dileguato ([71]) non riescono ad allontanare la domanda inquietante: « Non andiamo forse errando come in un infinito nulla? » ([72]).

([71]) Il Dio che per bocca del profeta dice: « Numquid non caelum et terram ego impleo? » (Jer. 23, 24).

([72]) NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Berlin-New York 1973, n. 125.

Diritto penale

Kriminalistik

WOLFGANG NAUCKE
Università di Frankfurt a. M.

CHRISTLICHE, AUFKLÄRERISCHE UND WISSENSCHAFTSTHEORETISCHE BEGRÜNDUNG DES STRAFRECHTS (LUTHER - BECCARIA - KANT)

1. *a*) Dieser Text geht davon aus, daß in der historisch erforschten Zeit die Macht zu strafen nie als selbstverständlich angesehen worden ist. Diese Voraussetzung stützt sich auf den Inhalt der philosophischen und juristischen Literatur. Daraus entsteht eine zweite Voraussetzung, die der Text macht. Er bietet lediglich literaturgeschichtliche Überlegungen; er enthält keine Überlegungen zum praktischen Gang der Strafrechtspflege in Gesetzgebung, Organisation und Entscheidung. Es muß deswegen auch offen bleiben, ob die literaturgeschichtlichen Überlegungen Hinweise auf die *Grundlage* des praktischen Gangs der Strafrechtspflege oder nur Hinweise auf die wissenschaftliche *Begleitung* dieses Gangs enthält.

b) Mit Hilfe der Unterscheidung von Ereignisgeschichte und Strukturgeschichte können die Ziele der literaturgeschichtlichen Überlegungen genauer bestimmt werden. Es geht um Strukturgeschichte, d.h. um den Beleg, daß christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts in der Absicht, im Aufbau der Argumentation, in der inhaltlichen Bestimmung und Zuordnung der Argumentationsteile und in den Umrissen der Ergebnisse übereinstimmen. Daran anschließen werden sich Erwägungen zur Interpretation dieser Übereinstimmungen.

In der Literatur läßt sich das *Aufrechterhalten der einen Strafrechtsbegründung* von Luther bis Kant sehen. Die Säkularisation der Strafrechtsbegründung in den Formulierungen ist deutlich

zu bemerken. *An die Stelle Gottes tritt die menschliche praktische Vernunft und an die Stelle der menschlichen praktischen Vernunft die wissenschaftliche Erkenntnis als leitendes Prinzip der Strafrechtsbegründung.* Was aber bedeutet diese Säkularisation, wenn sich am Inhalt und an den Folgen der Strafrechtsbegründung nichts ändert?

2. *a*) LUTHER (1) beruft sich auf die Bergpredigt. Die Strafe ist auf das christliche Liebesgebot zu stützen. Die Strafe schützt die Frommen, Guten, Rechtschaffenen. Aber dem Straftäter geschieht Böses. Dieses Böse erklärt Luther mit einem göttlichen Auftrag. Das Reich Gottes, in dem Gnade und Liebe herrschen, kann es auf Erden nicht geben. Die menschliche Natur ist durch den Sündenfall verdorben. Es gibt nur das Regiment Gottes auf Erden, das die Menschen vor gänzlichem Verfall bewahren soll. Die von Gott eingesetzte Obrigkeit begründet und bewahrt mit dem Schwert den Frieden. Die strafende Gewalt ist Gottes Henker und Stockmeister, gebietend über Schalke und böse Buben (2).

b) Die Struktur einer christlichen Strafrechtsbegründung, also Ziele, Bestandteile und Zuordnung der Bestandteile in einer solchen Begründung lassen sich ziemlich klar ablesen. Luther stellt aus der Erfahrung im Umgang mit Menschen fest, daß es das Böse gibt, und er gibt Gründe dafür an, daß dieses Böse immer zu erwarten sein wird. Der Hinweis auf den Sündenfall ist gleichsam eine christliche Kriminologie. Klar ausformuliert ist die Überlegung, ob das Böse nicht geduldet werden müsse. Die Überlegung ist auf den christlichen Gedanken der Nächstenliebe gestützt. Die Annahme, das Böse müsse geduldet werden, liegt nicht völlig

---

(1) Zu Luthers Strafrechtslehre vgl. H. MAYER, *Die Strafrechtstheorie bei Luther und Melanchthon, Festgabe für Binder*, 1930, S. 77 ff. mit vollständiger Angabe des Standes der Sekundärliteratur; s. auch H. MAYER, *Die Naturrechtslehre des Luthertums, Festschrift für Welzel*, 1974, S. 65 ff. Weitere Nachweise zur Rechtslehre Luthers allgemein, bei: WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 1962, S. 100 ff.; E. WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2. Aufl., 1959, S. 72 ff.

(2) Textgrundlage: *Sermon von den guten Werken*, 1520: vom Wucher, 1520; von weltlicher Obrigkeit, 1523. Das Zitat findet sich in: Luthers Werke, Weimarer Ausgabe, 16. Band, S. 488.

fern. Die Annahme wird dann aber verworfen, weil da jemand ist, der den Schutz vor dem Bösen (durch Strafe) nicht nur will, sondern verdient, eben der Fromme, Rechtschaffene. Aber das Wollen und Verdienen von Strafrechtsschutz reicht zur Begründung der Strafe an dem Bösen nicht. Es fehlt noch eine Autorität, die die Zufügung des Übels an dem Bösen nicht allein gestattet, sondern gebietet: das ist Gottes Wille, der die Erhaltung einer ohne Strafe nicht möglichen Ordnung befiehlt.

c) Die Vermutung, die diesem Text zugrundeliegt, ist, daß in den aufklärerischen und wissenschaftstheoretischen Begründungen der Strafe (wie auch in den späteren positivistischen Begründungen, die hier nicht mitzubehandeln sind) diese Begründungsstruktur mit ihren Ergebnissen erhalten bleibt, daß nur die christlichen Anteile an dieser Begründung wegfallen: das ist Säkularisation einer christlichen Strafrechtsbegründung. Falls sich diese Vermutung bestätigt, so würde sich bestätigen, daß die christlichen Anteile an der Strafrechtsbegründung belanglos sind.

3. *a*) Bei BECCARIA (3) ist die Begründung des Strafrechts so aufgebaut:

Man weiß aus Erfahrung, d.h. es ist wahr, daß der Mensch den anderen Menschen nicht in Frieden leben läßt. Man weiß auch aus Erfahrung, es ist eine von der menschlichen Vernunft erkannte Wahrheit, daß der Zustand der Friedlosigkeit und Gefährdung dem Menschen nicht erträglich ist. Zur Vermeidung dieses nicht erträglichen Zustandes fordert die menschliche politische Vernunft die Gründung des Staates. Der Staat schützt den Bürger gegen Angriffe seiner Mitmenschen, z.B. durch Strafen. Aber der Angreifer ist auch selbst Bürger. Kann man den Bürger strafen, nur weil er abweicht? Antwort: ja; die politische Vernunft des Menschen will die geordnete, verläßliche Bürgerlichkeit, nicht die ständige Abweichung von ihr. «Dies also ist es, worauf das Recht des Herrschers zur Bestrafung von Menschen gegründet ist: auf die Notwendigkeit, das Verwahrnis des öffentlichen Wohls gegen partikulare Anmaßung zu verteidigen; und um so gerechter sind die

(3) Textgrundlage: *Über Verbrechen und Strafen*, 1766.

Strafen, je heiliger und unverletzlicher die Sicherheit und je größer die Freiheit ist, welche der Herrscher für die Untertanen wahrt » (4).

b) Diese aufklärerische Strafrechtsbegründung ist ein gutes Beispiel für die Säkularisierung einer Strafrechtsbegründung, wie sie hier vermutet wird. Bei Beccaria sind die Bestandteile und die Ergebnisse der Strafrechtsbegründung die gleichen wie bei Luther, nur anders zusammengehalten. Beccaria stellt fest, daß es die unerträgliche Abweichung gibt und geben wird: das lehrt die Erfahrung, die aufklärerische, empirische Kriminologie. Man hat aber Anlaß zu überlegen, ob die unerträgliche Abweichung nicht hinzunehmen ist, denn sie erscheint als natürlich. Es folgt die Ermittlung jenes Personenkreises, die die Begünstigung durch Strafe, den Schutz durch Strafe verdient. Beccaria findet die Bürger, die sich wohlverhalten. Noch aber fehlt ein Prinzip, eine Autorität dafür, daß man einem Bürger Übel zufügen darf, nur um einem anderen Bürger zu nützen. Diese Autorität ist die durch Erfahrung auf Wahrheiten geleitete politische Vernunft, die eine ohne Strafen nicht herbeiführbare Ordnung will.

c) Gegenüber der lutherischen, christlichen Strafrechtsbegründung tritt bei Beccaria in Zahl und Ordnung der Teile keine Änderung ein. Nur die Autorität wird ausgetauscht, die es auf sich nehmen muß, festzulegen, daß es im Zusammenleben der Menschen immer Abweichung geben wird, daß diese Abweichung nicht geduldet zu werden braucht und daß es zur Vermeidung von Abweichung Strafen geben darf. Nicht mehr Gott hat die Verantwortung für die Richtigkeit dieser Begründung, sondern die menschliche Vernunft. Das läßt sich wohl als Säkularisierung einer Strafrechtsbegründung bezeichnen. Aber warum tritt diese Säkularisierung ein? Zwischen Luther und Beccaria muß die christliche Strafrechtsbegründung unüberzeugend geworden sein. Warum aber, wenn eine christliche Strafrechtsbegründung nicht ausreicht, läßt man es dann nicht darauf ankommen; warum läßt man die Strafrechtsbegründung, wenn das zusammenhaltende Element schwach wird, nicht zusammenfallen? Wahrscheinlich deswegen, weil das zusammenhaltende Element (bei Luther: Gottes Willen, nach dem

(4) BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen*, hrsg. v. Alff, Ffm., 1966, S. 52.

die Welt, auch die juristische, sich richten muß) nicht das Wichtigste ist, weil es auf das Ergebnis — die Möglichkeit, zu strafen — ankommt und weil das diese Möglichkeit gewährleistende Begründungssystem austauschbar ist. Säkularisation einer Strafrechtsbegründung zwischen Luther und Beccaria ist dann nur Säkularisation der Art der Darstellung, nicht Säkularisation von Inhalten. Säkularisation der Strafrechtsbegründung ist Reaktion auf geänderte Begründungserwartungen bei gleichbleibenden Ergebniserwartungen.

4. *a*) Bei KANT (5) ist die anti-metaphysische (metaphysisch im vorkantischen Sinne genommen), die nicht-christliche, säkularisierte Strafrechtsbegründung selbstverständlich geworden. Aber es kommt zu einer zweiten Phase der Säkularisierung der Strafrechtsbegründung, der wissenschaftstheoretischen Phase.

Bei Kant bleibt es bei der Feststellung, daß die unerträgliche Abweichung, das Verbrechen, vorkommt. Die Stütze für diese Feststellung ist, ohne daß dies am Ende des 18. Jahrhunderts noch weiter ausgeführt zu werden brauchte, die Erfahrung, die Empirie; die kantische Kriminologie ist von der aufklärerischen nicht verschieden (6). Auch der Anlaß zu fragen, ob diese Abweichung nicht hinzunehmen ist, wird klar sichtbar. Aber dieser Anlaß wird neu, scharfsichtiger diskutiert, weil die Folgen der Säkularisierung der Strafrechtsbegründung genauer, schonungsloser betrachtet werden. Die Abweichung ist hinzunehmen, wenn sie nur empirisches Faktum ist. Allenfalls kann man die Abweichung, wenn sie nur Faktum ist, bekämpfen, weil man — auch nur ein Faktum — stärker ist. Abweichung zu bestrafen, weil es — empirisch — Abweichung gibt, das ist für Kant nur die Machtfrage. Bei Kant ist diese Folge der Säkularisation der Strafrechtsbegründung, daß eine Begründung, eine Legitimation der Bestrafung nicht mehr möglich ist, unverstellt auszumachen. In Kants Text

---

(5) Textgrundlage: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785; Kritik der praktischen Vernunft, 1788; Metaphysik der Sitten, 1797.

(6) Vielfältige Belege finden sich in KANTS, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* abgefaßt, die auch die kriminologischen Kenntnisse der Zeit zusammenstellt (2. Aufl., 1800).

steht man dicht vor dem Hinweis, daß der Rückzug der traditionellen Metaphysik (zu der man auch den Vernunftglauben der Aufklärung zählen kann) aus der Strafrechtsbegründung dazu führen muß, Abweichung, Verbrechen hinzunehmen, es sei denn, man ist mächtig genug, um Gegenfakten, die Gegenmacht ins Spiel bringen zu können.

Umso eindrucksvoller ist es, zu bemerken, wie Kant diesen Folgen entgeht, wie vor ihm alle, die diese Folgen gesehen haben, aber unter Überwindung ungleich größerer Schwierigkeiten. Traditionell noch ist bei Kant der Gedanke, daß ein durch die Strafe Begünstigter in den Zusammenhang einer Strafrechtsbegründung eingeführt werden muß und daß dieser Begünstigte der Bürger ist, der sich wohlverhält. Freilich ist das tatsächliche Wohlverhalten des Bürgers — anders als die wirkliche Rechtschaffenheit des Frommen bei Luther oder die vorzufindende Vernünftigkeit des Bürgers bei Beccaria — für Kant nicht der Grund für die Berechtigung des Strafens. Die Säkularisation verlangt, zu Ende gebracht zu werden. Rechtschaffenheit und Vernünftigkeit sind immer schon oder immer noch « etwas Metaphysisches » im vorkantischen Verständnis. Die Rechtschaffenheit des nicht straffälligen Frommen als Strafbegründung hängt von der Anerkennung der göttlichen Weltordnung, die Vernünftigkeit des nicht straffälligen Bürgers als Strafbegründung von der Anerkennung eines nach Begriffen der verpflichtenden menschlichen Vernunft organisierten Weltverlaufs ab. Die endlich säkularisierte, kantische Strafrechtsbegründung sieht im Wohlverhalten des Frommen oder des Bürgers nur ein natürliches Faktum wie im Abweichen auch. Wohlverhalten, so wie es vorkommt, hat tatsächlich, wissenschaftlich, empirisch keinen größeren Wert, keine größere Würde als Abweichung. Es mag sein, daß die Vereinigung der Sich-Wohlverhaltenden mächtiger ist als die Abweichung: aber das eben ist nur die Machtfrage, nicht die Rechtsfrage.

Wäre Kant, wäre die wissenschaftstheoretische Begründung der Strafe an dieser Stelle stehen geblieben (wie es später Nietzsche wagt), man hätte die « reine » säkularisierte Strafrechtsbegründung. Aber Kant geht — wie Luther und Beccaria, also « unsäkularisiert » — davon aus, daß diese naheliegende Stelle nicht die Stelle ist, an der man stehenbleiben soll. Er formuliert die bis

heute nicht übertroffene zweite Phase der Säkularisation der Strafrechtsbegründung. Sie ist gekennzeichnet durch die Beibehaltung des Gedankens der Ent-Christlichung der Strafrechtsbegründung und durch eine völlige Inhaltsänderung des säkularen Anteils, eine völlige Änderung der Richtung, in der die Autorität für die Strafrechtsbegründung zu suchen ist.

Nicht der Bürger, der sich wohlverhält, ist die Quelle der Organisation des Strafrechts, sondern die reine Vernunft, d.h. die vorurteilslose, von der wirklichen politischen Erfahrung unabhängige, unparteiische Vernunft, die den nicht abweichenden Bürger will. Diese neue Autorität, deren Größe und Unausweichlichkeit durchaus an Gott erinnert, aber ganz ausdrücklich säkular auftritt, ändert auch das Prinzip dafür, daß man ein Übel als Strafe zufügen darf: die reine Vernunft will die Ordnung der Bürger frei von Abweichung.

b) Die Bauelemente einer Strafrechtsbegründung sind die gleichen wie bei Luther und Beccaria. Die Zahl und die Zuordnung dieser Elemente sind gewohnt.

Hat man erst einmal einen Blick für diese Gleichheiten gewonnen, so stellen sich immer neue Parallelen her. Der Staat, dessen Begründung sich auf die Organisation des Strafrechts entscheidend auswirkt, ist bei Luther eine Ordnung zum Preise Gottes, bei Beccaria eine Ordnung zum Preise der menschlichen Vernunft; der gleiche Gedanke taucht bei Kant wieder auf: die Notwendigkeit des Staates ist auf Erfahrung nicht zu gründen, sondern nur darauf, daß der Staat die Möglichkeit sittlichen Handelns gewährleistet. Die Trennung von Recht und Moral, die Kant findet und die den Inhalt des Strafrechts mitbestimmt, ist bei Luther in der Unterscheidung von externa disciplina und Seelenführung vorhanden (7). Die Themen « Verhältnis einer materialen Ethik zum Strafrecht » und « Begrenzung des Strafrechts auf friedenstörende Taten » durchziehen Luthers, Beccarias und Kants Texte.

Der auffällige Unterschied zwischen den Strafrechtsbegründungen Luthers, Beccarias und Kants besteht nur darin, daß Kant in der zweiten Phase der Säkularisation eine neue Autorität

(7) Belege für diese Unterscheidung: H. MAYER, *Festgabe für Binder*, S. 101.

gefunden hat, neu verglichen mit Gottes Willen und der menschlichen, politischen Vernunft. Der Weg von Gottes Willen über die politische Vernunft des Menschen zur reinen wissenschaftlichen Vernunft in der Strafrechtsbegründung, ohne Änderung der Ergebnisse in dieser Begründung, ist sichtbar.

5. An diese Zusammenstellung von Daten läßt sich eine Reihe von *Überlegungen zum Vorgang der Säkularisation in einem kleinen rechtlichen Bereich, dem der Strafrechtsbegründung*, knüpfen.

a) Der geschilderte Vorgang läßt sich auffassen als Erhaltung der christlichen Strafrechtsbegründung in einem anderen Gewande. Kant wäre dann nicht nur « halbtheologisch » ([8]), sondern theologisch ([9]). Die reine Vernunft erschiene als die Erhalterin christlicher Inhalte in der Strafrechtsbegründung. Die Säkularisierung der Strafrechtsbegründung wäre lediglich äußere Anpassung an geänderte Sprech- und Ableitungsgewohnheiten. Der Bürger wäre der moderne Fromme, der von der reinen Vernunft geforderte Bürger wäre der durch kein Argument mehr erreichbare Fromme.

b) Wenn sich das absichern läßt, so wird diskutierbar, daß mit Kant, mit der reinen wissenschaftlichen Vernunft die Strafrechtsbegründung genauso unwiderstehlich, genauso unwiderleglich vorgestellt wird, wie sie vorgestellt wurde, solange man Gottes Willen respektierte. Im Ergebnis wäre die Säkularisierung der Strafrechtsbegründung belanglos, sie wäre nur der moderne Weg, die christliche Strafrechtsbegründung (und die Tradition, die diese christliche Strafrechtsbegründung selbst aufgenommen hat) mitzuteilen, d.h. erhaltbar zu machen.

c) Daran wäre dann studierbar, daß christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts nicht

---

([8]) Diesen Ausdruck verwendet Nietzsche zur Charakterisierung von Kants Moralphilosophie überhaupt, *Menschliches, Allzumenschliches*, 2. Band, 2. Abt., *Der Wanderer und sein Schatten*, Nr. 216, a.E.; für die « Struktur » zusammenhänge in der Strafrechtsbegründung Luthers und Kants s. H. MAYER, *Festgabe für Binder*, S. 77 ff.; s. auch NAUCKE, *Die Dogmatisierung von Rechtsbegriffen bei Kant, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1979, S. 3 ff.

([9]) Am deutlichsten formuliert von SCHOPENHAUER, z.B.: *Sämtliche Werke*, herausgegeben von Löhneysen, Bd. III, S. 697 f.

selbständig sind (ebensowenig selbständig sind wie vor-christliche und nach-wissenschaftstheoretische Begründungen des Strafrechts). Vielmehr: diese Begründungen setzen schon voraus, daß das Strafrecht begründbar sein muß. Das Überdauernde ist die Begründbarkeit des Strafrechts. Es ändert sich nur der Rahmen, in dem die Begründung diskutiert wird. Der Weg der Strafrechtsbegründung von Luther zu Kant ist nur ein besonders interessanter Ausschnitt aus diesem andauernden Vorgang. Säkularisation der Strafrechtsbegründung ist von hier aus gesehen kein isolierbarer Teil der Strafrechtsgeschichte, sondern nur subtile Reaktion auf geänderte Begründungsbedürfnisse als Beispiel für diese ständig ablaufende Reaktion überhaupt.

d) An diesem Vorgang der Säkularisation der Strafrechtsbegründung lassen sich durchgehende Züge der Strafrechtsbegründung überhaupt besonders gut ablesen. Ein durchgehendes Bestreben ist es, dem Angriff (dem Verbrechen) und der Verteidigung (der Strafe) eine « höhere » Bedeutung zu geben als sie in den Fakten, der Empirie zu finden ist (wobei schon Benennungen wie « Angriff » und « Verteidigung » ein Beispiel für die Zuschreibung einer höheren als nur faktischen Bedeutung sind).

Ein weiterer im Vorgang der Säkularisierung der Strafrechtsbegründung beschreibbarer durchgehender Zug der Strafrechtsbegründungen überhaupt ist es, die « höhere Bedeutung » abzuleiten, d.h. nicht einfach zu setzen, und — vor allem — diese Ableitung nicht vom wirklichen menschlichen Denken und Fühlen abhängig zu machen, sondern einen Ableitungszusammenhang zu finden, der « oberhalb» der wirklichen menschlichen Denkinhalte, Gefühle und Wünsche beginnt, der also « metaphysisch » bleibt. Insoweit ist die Säkularisation der Strafrechtsbegründung von Luther bis Kant zugleich ein Beispiel dafür, wie eine « reine » Säkularisierung (Bindung des Strafrechts nur an die empirische Welt) vermieden wird.

MARIO A. CATTANEO
Università di Ferrara

CRISTIANESIMO E PENSIERO GIURIDICO LIBERALE

1. *Premessa. L'umanità come fine e il problema giuridico.*

Il presente scritto intende indicare le linee direttive di una ricerca vòlta ad individuare e sottolineare l'influenza dei principî e dei valori del Cristianesimo sull'origine e sullo sviluppo del pensiero giuridico illuministico e liberale; avverto fin d'ora che il mio studio si fonda sull'ordine di idee secondo cui il liberalismo, in linea generale, è la manifestazione, in versione « secolarizzata », di valori autenticamente cristiani, talora dimenticati e misconosciuti dalle confessioni religiose cristiane (e ciò spiega la posizione polemica che il movimento liberale ha talora avuto nei confronti di queste).

Il mio discorso si volgerà esclusivamente a livello del pensiero *giuridico* liberale, senza prendere in considerazione il liberalismo nella sua intera portata filosofica e politica (anche se non sarà possibile prescindere da alcuni riferimenti anche a questo punto di vista); nello stesso tempo, si deve tenere presente che il momento giuridico è di fondamentale importanza nell'intera dottrina del liberalismo (penso in particolare al valore formale del diritto quale garanzia di libertà, all'ideale stesso dello « Stato di diritto » come modello di una società caratterizzata dalla coesistenza delle libertà esterne, giuridiche, dei cittadini).

Per comprendere nel modo migliore il significato dell'influsso dei principî cristiani sul pensiero giuridico liberale, non si può non prendere le mosse da una fondamentale formulazione teorica di natura etica, compiuta da colui che per taluni aspetti è il maggiore filosofo del liberalismo, e la cui rigorosa concezione morale non è d'altra parte priva di legami con l'educazione pietistica ricevuta dalla madre: Immanuel Kant. Mi riferisco alla seconda for-

mulazione dell'imperativo categorico: « Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst » (1). Questa formula — che si può considerare forse la parola più alta detta dalla filosofia kantiana — stabilisce il principio morale dell'umanità come fine in sé, della dignità dell'uomo; a tale riguardo, per quanto attiene lo scopo del presente studio, è necessario compiere due osservazioni. In primo luogo, è mia convinzione che questo principio costituisce il più autentico e il principale fondamento del liberalismo kantiano; prima e assai di più che nella elaborazione di una specifica filosofia politica e di una dottrina dello Stato, basata sui principî *a priori* della libertà, uguaglianza e indipendenza, nonché sulla separazione dei poteri (2), il liberalismo di Kant si manifesta in modo primario nella chiara affermazione del valore dell'uomo come fine, la quale porta anche implicitamente con sé la conseguenza che lo Stato non deve mai essere un fine in sé, ma un mezzo in favore dell'uomo. In tal modo Kant dà una fondazione etica alla dottrina dei diritti dell'uomo. In secondo luogo, il principio dell'umanità come fine, — benché dotato di un carattere primariamente etico, in quanto costituisce una delle formulazioni dell'imperativo categorico, il quale è l'imperativo proprio della moralità (3) — ha una precisa rilevanza giuridica: si può dire che, nella misura in cui esso si rivolge alla persona di noi stessi (« in deiner Person »), tale principio ha carattere morale (implicando, ad es., il divieto del suici-

---

(1) I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1965 (ristampa anastatica della III ed.), II Abschnitt, p. 52.

(2) I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie Ethik und Politik*, herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1964 (ristampa anastatica), II « Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht », pp. 86-105; *Zum Ewigen Frieden* (1795), *ibid.*, I Definitivartikel, pp. 126-130; *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1966 (ristampa anastatica della IV ed., 1922), II Teil, I Abschnitt « Das Staatsrecht », pp. 133-171.

(3) I. KANT, *Grundlegung*, cit., II Abschnitt, p. 37: « Dieser Imperativ [categorico] mag der *der Sittlichkeit* heissen ».

dio o dell'automutilazione (4), o il dovere della veridicità (5)); e nella misura in cui esso riguarda la persona degli altri (« in der Person eines jeden anderen »), tale principio ha carattere giuridico (implicando il dovere del rispetto dei diritti altrui). Tale significato appare in modo evidente nell'applicazione che di tale principio hanno fatto alcuni filosofi e giuristi kantiani, attribuendogli il carattere di vero e proprio fondamento di una filosofia del diritto.

Theodor Schmalz considera il principio per cui « Jedes vernünftiges Wesen ist ... Zweck an sich selbst » come il principio supremo della moralità (6). In base a tale principio i doveri dell'uomo si distinguono in *interni* ed *esterni*: i primi riguardano il rispetto dell'umanità come fine in noi stessi, i secondi il rispetto dell'umanità come fine negli altri. Schmalz distingue inoltre i doveri derivanti dal principio supremo della moralità in *perfetti* e *imperfetti*; i primi hanno carattere negativo, e la loro massima è: « Behandle die Menschheit weder in dir noch in andern je als blosses Mittel »; i secondi sono positivi, e la loro massima è: « Behandle die Menschheit in dir und in andern als Zweck » (7). Il principio supremo del diritto naturale (principio quindi *giuridico*) riguarda i doveri esterni perfetti, ha perciò carattere negativo, ed è il seguente: « Behandle die Menschheit in andern nie als blosses Mittel » (8). Poiché tale precetto è l'unica condizione in base alla quale esseri razionali possono convivere nella libertà, ne segue che forma il contenuto di un diritto esterno perfetto tutto ciò che non lede la libertà degli altri, e che forma l'oggetto di un dovere esterno perfetto tutto ciò che limita tale libertà (9). Per Schmalz, dunque, la seconda formulazione dell'imperativo categorico costituisce, nella sua forma negativa ed esterna, anche il principio del diritto naturale.

---

(4) I. KANT, *Grundlegung*, cit., II Abschnitt, p. 52.

(5) I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, ed. cit., I Teil, II Hauptstück, « Von der Lüge », pp. 277-281: « Die Lüge ist Wegwerfung und gleichsam Vernichtung seiner Menschenwürde » (p. 278).

(6) T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1795 (ristampa anastatica Scientia Velag, Aalen 1969) , § 14, p. 33.

(7) T. SCHMALZ, *ibid.*, §§ 34 e 36, pp. 39-41.

(8) T. SCHMALZ, *ibid.*, § 39, p. 43.

(9) T. SCHMALZ, *ibid.*, §§ 40-42, pp. 43-44.

Anselm Feuerbach, nella sua *Kritik des natürlichen Rechts*, proclama il diritto dell'uomo anche a compiere azioni immorali, ovvero il « diritto esterno »: ciò perché la moralità autentica si ha quando il comportamento conforme alla legge morale è libero, non è condizionato da motivi empirici esterni, come ad esempio il timore della sanzione ([10]). I diritti esterni così definiti non hanno però un àmbito illimitato: si ha cioè il diritto di compiere anche azioni immorali, purché facendo questo non si tratti una persona umana come un mero mezzo. Il rispetto dell'uomo come fine, ovvero dei diritti altrui, costituisce per Feuerbach il limite del diritto esterno, cioè del diritto di compiere azioni immorali; il diritto naturale è perciò secondo Feuerbach « eine Zwangsmöglichkeit solcher Handlungen, wodurch ein anderes vernünftiges Wesen nicht als beliebiges Mittel zu beliebigen Zwecken behandelt wird » ([11]). Il principio dell'umanità come fine costituisce dunque per Feuerbach il contenuto e il limite dei diritti naturali dell'uomo.

Infine, il significato giuridico del principio dell'umanità come fine assume un carattere anche più marcato nel pensiero di Ludwig H. Jakob, per il quale « Recht ist das, wobey alle vernünftige Wesen als Selbstzwecke gedacht werden können ». Secondo tale principio, per Jakob ciascuno ha il diritto di fare tutto ciò con cui gli altri esseri razionali sussistono come fini in sé, e nessuno ha il diritto di fare qualcosa, per cui, se ciò diventasse oggetto di una legge generale, un altro non potrebbe essere fine in sé ([12]). Le condizioni necessarie, senza le quali non si può pensare nessun diritto in capo a un soggetto, sono le seguenti: 1) il soggetto deve essere pensato come soggetto morale, cioè come sostanza assoluta ovvero come persona, la quale è fine assoluto, fine in sé; 2) la persona deve possedere la libertà, ovvero una assoluta causalità della volontà; 3) le persone, nella loro convivenza, devono essere considerate come dotate di pari dignità (ovvero di una perfetta ugua-

([10]) P. J. A. FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona 1796 (ristampa anastatica Georg Olms, Hildesheim 1963), pp. 289-290.

([11]) P. J. A. FEUERBACH, *ibid.*, pp. 292-295.

([12]) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, § 82, pp. 48-49.

glianza formale): tutte sono ugualmente fini in sé [13]. Su questa base Jakob afferma l'esistenza di tre diritti originarî, formali e puri, che spettano necessariamente a ogni essere morale: questi sono il diritto alla *personalità*, il diritto alla *libertà* e il diritto all'*uguaglianza* (formale). Il primo è espresso positivamente con la formula: « Jeder hat ein Recht, Selbstzweck oder ein für sich selbst bestehendes Wesen oder eine Person zu sein »; e negativamente: « Niemand kann ein Recht haben, irgend eine andere Person als blosse Sache, oder als willkürliches Mittel äusserlich und mit der That (nicht etwa blos der Denkungsart nach) zu behandeln » [14]. Il secondo si esprime positivamente con la formula: « Jeder hat die Freiheit oder ein Recht alles zu thun oder zu lassen, wodurch er die Freyheit oder das Recht keines andern verletzt »; e negativamente: « Niemand hat ein Recht, den andern, gegen dessen eignes Recht, nach seinem blossen Belieben zu zwingen » [15]. Il terzo principio è espresso positivamente con la formula: « Jedes hat das Recht, von den andern sein Recht zu erzwingen, in wiefern dieses nach einem allgemeinen Gesetze geschehen kann »; e negativamente: « Niemand hat das Recht einen andern anders zu zwingen, als in wie weit dieses nach einem allgemeinen Gesetze verstatten werden kann »; ovvero: « Niemand hat das Recht, den andern zu beleidigen » [16].

La posizione centrale che la seconda formulazione dell'imperativo categorico kantiano ha in un'indagine vòlta a esaminare il rapporto fra Cristianesimo e pensiero giuridico liberale è confermata da un giudizio del Delbos, che ne sottolinea il significato insieme *cristiano* e *giuridico*; il Delbos afferma infatti che l'idea della personalità morale nel pensiero di Kant « retient et développe les deux significations qu'elle tient de sa double origine, à la fois chrétienne et juridique » [17].

Ora, è vero che la ragione d'essere dell'affermazione della dignità dell'uomo da parte di Kant è anzitutto l'*autonomia della*

---

[13] L. H. Jakob, *ibid.*, § 90, pp. 58-59.
[14] L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 91-94, pp. 60-61.
[15] L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 98-102, pp. 63-65.
[16] L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 117-118, pp. 73-74.
[17] V. Delbos, *La philosophie pratique de Kant*, II ed., Paris 1926, p. 375.

volontà, intesa come partecipazione dell'uomo, dell'essere razionale, alla legislazione universale: « *Autonomie* ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur ». Di qui la terza formulazione dell'imperativo categorico: « handle nach der Maxime, die sich selbst zugleich zum allgemeinen Gesetze machen kann » ([18]). Ciò non toglie, tuttavia, che questa capacità di partecipazione della ragione umana all'opera di legislazione morale è pur sempre, in ultima analisi, il frutto di un atto divino: la legge morale promana dalla ragione umana stessa e non da autorità esterne, ma questo in grazia di una facoltà ad essa attribuita da Dio, di quel Dio la cui esistenza Kant dimostra proprio sul piano della ragione pratica (e non della ragione teoretica), come oggetto di uno dei postulati di essa ([19]); l'autonomia della morale kantiana è quindi in definitiva permessa e garantita dal fatto che nella ragione umana è presente una scintilla divina, quella scintilla (*Gottesfunken*) che ritroviamo nei versi di Schiller e nella musica di Beethoven nella Nona Sinfonia, riferita alla gioia (*Freude*) ma originariamente intesa in rapporto alla libertà (*Freiheit*) ([20]).

Infatti, l'idea della dignità dell'uomo ha la sua più antica e più profonda affermazione nel famoso passo del *Genesi*, in cui è detto: « Iddio disse: ' Facciamo l'uomo a nostra immagine, secondo la nostra somiglianza: domini sopra i pesci del mare e su gli uccelli del cielo, su gli animali e su tutta la terra e sopra tutti i rettili che strisciano sulla terra '. Così Iddio creò l'uomo a sua immagine, a immagine d'Iddio lo creò, maschio e femmina li creò » (Gen. I, 26-27). È proprio la scintilla divina presente nell'uomo che gli dà la sua fondamentale dignità e il suo valore di fine in sé. Anche tutto l'insegnamento del Nuovo Testamento gravita intorno a questo motivo: l'attenzione per il valore dell'anima umana, la

---

([18]) I. KANT, *Grundlegung*, cit., II Abschnitt, pp. 59-61.

([19]) I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1963 (ristampa anastatica della IX ed. del 1929), I Teil, II Buch, II Hauptstück, V « Das Dasein Gottes als ein Postulat der reinen praktischen Vernunft », pp. 142-151.

([20]) « Freude schöne Götterfunken / Tochter aus Elysium / Wir betreten feuertrunken / Himmlische dein Heiligtum », F. SCHILLER, *An die Freude*, in *Schillers Sämtliche Werke*, Gedichte I, Stuttgart und Berlin 1904, p. 4.

maggiore importanza data ai moti interiori dell'animo rispetto ai comportamenti esteriori, il comandamento dell'amore del prossimo, il principio del « non giudicare » (Luca VI, 37), che implica il rispetto per l'interiorità della coscienza, sono altrettante testimonianze in questo senso.

Infine, mi piace anche ricordare la recente Enciclica di Papa Giovanni Paolo II, *Redemptor Hominis*, nella quale il rapporto fra principî cristiani e dignità umana è posto con la maggiore chiarezza. In essa è detto che « Cristo e, in sèguito, i suoi Apostoli, nell'annunciare la verità che non proviene dagli uomini, ma da Dio ... pur agendo con tutta la forza dello spirito [conservano] una profonda stima per l'uomo, per il suo intelletto, la sua volontà, la sua coscienza e la sua libertà » ([21]). Papa Wojtyla fonda il principio della dignità umana sul fatto che Cristo, come è detto nella *Gaudium et Spes*, « si è unito in un certo modo ad ogni uomo » ([22]), e afferma che la Chiesa deve impegnarsi perché « tutto ciò che compone questa vita risponda alla vera dignità dell'uomo » ([23]). In sostanza, nell'Enciclica *Redemptor Hominis* il principio kantiano dell'uomo come fine viene saldamente radicato alla sua redenzione da parte di Cristo, viene fondato sulla stretta unione dell'uomo con la persona di Cristo.

A questo punto, tenendo presente il tema di fondo finora preso in considerazione, è possibile svolgere un'analisi più specifica delle linee di influenza dei principî cristiani sul pensiero giuridico liberale. La mia analisi si svolgerà lungo tre direttrici principali: 1) la secolarizzazione del diritto; 2) la certezza del diritto e la legalità; 3) l'umanizzazione del diritto penale. Nel corso dell'indagine una particolare rilevanza sarà assunta dal diritto penale, dato che a questo hanno dato un fondamentale contributo l'illuminismo e il liberalismo; e in conclusione, avrò modo proprio di delineare un esempio storico di dottrina penalistica, nella quale le radici cristiane e le radici liberali si fondono armonicamente.

([21]) GIOVANNI PAOLO II, *Redemptor Hominis*, II, 12.

([22]) GIOVANNI PAOLO II, *ibid.*, III, 13; *Gaudium et Spes*, I, 22: « Poiché in Lui la natura umana è stata assunta, senza per questo venire annientata, per ciò stesso essa è stata anche per conto di noi innalzata a una dignità sublime. Con l'incarnazione il Figlio di Dio si è unito in certo modo ad ogni uomo ».

([23]) GIOVANNI PAOLO II, *op. cit.*, III, 14.

2. *La secolarizzazione del diritto.*

« Secolarizzazione » è un termine un po' vago e un po' ambiguo, che ha dato e può dar luogo a equivoci e fraintendimenti; una delle maggiori fonti di difficoltà è la non sempre piena rispondenza fra l'uso del termine nel moderno linguaggio religioso e il suo impiego negli studî di carattere storico e filosofico. È mia impressione — la quale avrebbe però necessità di ulteriori verificazioni — che in italiano il termine sia usato maggiormente sul piano sociologico-religioso, e in funzione di interessi e problemi attuali, mentre sul piano storico si preferisce usare dei quasi sinonimi, come ad esempio « laicizzazione », gravido anch'esso, peraltro, di notevoli equivoci. Viceversa mi sembra che i termini tedeschi « Säkularisierung » o « Sakularisation » abbiano un significato e un tipo di impiego più aderenti alla prospettiva storica e filosofica [24]; è a questa seconda prospettiva che intendo mantenermi fedele nella mia ricerca, intendendo per « secolarizzazione » il distacco o la separazione fra la teologia morale e la filosofia, la scienza, la politica, il diritto naturale [25]. L'operazione concettuale indicata in termini così semplici ha formato oggetto in realtà di un processo storico-culturale assai complesso, che domina la storia delle idee all'incirca dal Quattrocento (e probabilmente già dal Trecento, con il Ghibellinismo culturale, di cui è espressione tipica il pensiero di Dante) fino al Settecento; ad esso hanno dato un contributo fondamentale l'Umanesimo, la Scuola moderna del diritto naturale, l'Illuminismo: il moderno liberalismo giuridico ha recepito e presupposto questo insieme di principî.

Il punto che vorrei mettere bene in rilievo e in chiaro fin dall'inizio è che, se inteso in questo senso, il concetto di secolarizzazione non significa rifiuto o negazione della dimensione religiosa,

---

[24] V. ad es. E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der Rechtsgeschichte*, III ed., Tübingen 1951, cap. X « Christian Thomasius », p. 380; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, II ed., Göttingen 1967, pp. 265-266.

[25] In questo senso l'ho anche intesa nella mia relazione al convegno del SAE di Camaldoli (agosto 1970), *Riflessi della secolarizzazione su l'impegno sociale e politico dei cristiani*, in « Humanitas », genn.-febbr. 1971, pp. 177-178.

del trascendente, della teologia in sé; al contrario, la secolarizzazione implica semplicemente un dualismo e una separazione di campi, essa non esclude il piano religioso per il mero fatto di elaborare e sviluppare in modo autonomo il piano umano; essa limita la ricerca razionale al campo « secolare », umano, e per tale motivo contribuisce alla interiorizzazione e purificazione della Fede. La secolarizzazione riprende in fondo il senso del dualismo cristiano, fra trascendenza e storia, fra Dio e mondo, fra Stato e Chiesa, che sarà invece compromesso dal monismo idealistico (e materialistico), dalla filosofia hegeliana e marxiana.

L'inizio della secolarizzazione così intesa, sul piano teorico, può essere bene indicato da due brani, il primo di un classico rappresentante dell'Umanesimo cristiano, di un pensatore che ha posto alcuni semi della Riforma ma è rimasto cattolico, il secondo di un filosofo, cattolico ma anti-scolastico, del Seicento: brani che sono a mio avviso espressione di una religiosità profonda. Nell'*Elogio della Pazzia* Erasmo, criticando le discussioni sottili e cavillose dei teologi e filosofi scolastici del suo tempo sui Sacramenti e sulle massime verità della fede cristiana, afferma che si tratta di « misteri sì alti, degni di essere adorati più che spiegati ... » ([26]): ciò significa che per Erasmo la Parola di Dio espressa nella Scrittura può essere soltanto oggetto di fede, non di speculazione razionale, mentre la ragione deve ripiegare su un oggetto a lei più consono, deve rivolgersi al campo prettamente umano; proprio da un simile atteggiamento, che si fonda su un profondo rispetto religioso verso i dogmi di fede, si può dire che prenda le mosse il razionalismo moderno. In modo non dissimile Cartesio, nel *Discours de la Méthode*, scrive: « Je révérais notre théologie, et prétendais, autant qu'aucun autre, à gagner le ciel; mais ayant appris, come chose très assurée, que le chemin n'en est pas moins ouvert aux plus ignorants qu'aux plus doctes, et que les vérités révélées, qui y conduisent, sont au-dessus de notre intelligence, je n'eusse osé les soumettre à la faiblesse de mes raisonnements, et je pensais que, pour entreprendre de les examiner, et y réussir,

---

([26]) ERASMO da Rotterdam, *Elogio della Pazzia*, trad. it. a cura di T. Fiore, III ed., Torino 1967, p. 95.

il était besoin d'avoir quelque extraordinaire assistance du ciel, et d'être plus que homme » [27].

Sul piano propriamente giuridico la secolarizzazione porta con sé l'autonomia del diritto naturale dalla S. Scrittura: è questo il principale contributo della Scuola del diritto naturale del secolo XVII. Direi però che da tale punto di vista il giusnaturalismo moderno ha accentuato e radicalizzato un ordine di idee i cui elementi fondamentali erano già presenti nel pensiero tomistico [28]; in altri termini, il giusnaturalismo moderno ha nettamente *separato* (attribuendo a uno di essi una maggiore importanza) i due elementi che già S. Tommaso aveva *distinto*. Mi riferisco alla definizione tomistica della *lex naturalis* come « participatio legis aeternae in rationali creatura » [29], cioè come presenza nella ragione umana di una scintilla di quella *lex aeterna* che si identifica con la *divina ratio* dalla quale « tota communitas universi gubernatur » [30]. Questo è secondo S. Tommaso il diritto naturale, che riguarda la vita terrena dell'uomo: diversa è la *lex divina*, rivelata nella Scrittura, vòlta soprattutto alla salvezza eterna, e alla correzione delle imperfezioni delle leggi umane; questa è la *legge divina positiva* [31]. In sostanza, i giusnaturalisti del Seicento hanno ripreso questa distinzione, considerando come vero diritto naturale quello posto nella ragione dell'uomo, e progressivamente escludendo la Scrittura — in cui è contenuto il diritto divino positivo — quale fonte del diritto naturale stesso.

Le celeberrime e citatissime parole di Grozio, secondo cui i principî di diritto naturale sussisterebbero ugualmente « etiamsi daremus, quod sine summe scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana » [32], esprimono in modo caratteristico il principio della secolarizzazione del diritto na-

---

[27] R. DESCARTES, *Discours de la Méthode* (1637), ed. a cura di E. Gilson, Paris 1961, I Parte, p. 49.

[28] Per il carattere razionalistico e « moderno » del pensiero filosofico-giuridico di S. Tommaso v. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna 1964, spec. cap. III « Il primo whig », pp. 69-92.

[29] S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, I. 2., q. 91, a. 2.

[30] S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, I. 2., q. 91, a. 1.

[31] S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, I. 2., q. 91, a. 4.

[32] GROZIO, *De jure belli ac pacis* (1625), Prolegomena, § 11.

turale. Non si deve dimenticare, nell'analizzare questa proposizione, l'inciso « quod sine summo sceleri dari nequit », che esprime la religiosità di Grozio, la sua fede in Dio: non dimentichiamo che egli era un umanista cristiano, erede spirituale del suo compatriota Erasmo, ed è autore del libro *De Veritate Religionis Christianae* (33). Il senso generale del concetto espresso da Grozio è l'adesione al razionalismo in contrapposizione al volontarismo nel modo di concepire il diritto naturale: questo è giusto di per sé, ed è voluto da Dio per tale motivo. Grozio respinge la proposizione contraria esprimente la tesi volontaristica, per cui il diritto naturale è giusto semplicemente perché è voluto da Dio.

Il Fassò ha ricordato, a questo riguardo, che l'espressione groziana ha in realtà avuto dei precedenti, e ha sottolineato di conseguenza la scarsa originalità del pensiero di Grozio (34). Non intendo in verità soffermarmi su tale questione, che porterebbe ad allargare eccessivamente il discorso, a farlo uscire dai suoi naturali confini. Vorrei soltanto notare, in primo luogo, che tale presunta scarsa originalità significa semplicemente l'elemento di continuità, messo in rilievo dallo stesso Fassò, tra il filone razionalistico del giusnaturalismo medioevale e il giusnaturalismo seicentesco; in secondo luogo che nella storia delle idee è spesso difficile individuare chi per primo ha affermato un determinato principio (per cui le questioni relative all'originalità sono spesso di difficile soluzione); in terzo luogo, che la posizione di Grozio ha una sua rilevanza autonoma nel momento storico in cui si esprime, quale reazione al fideismo, al predestinazionismo e al volontarismo in àmbito protestante, e giustifica la qualificazione del grande giurista olandese quale iniziatore del giusnaturalismo sotto il profilo della secolarizzazione.

La secolarizzazione del diritto naturale è stata sviluppata da Pufendorf, il quale ne ha chiarito il significato specialmente nella prefazione al *De officio hominis et civis* del 1673, attraverso la classificazione delle tre fonti dei doveri dell'uomo, che formano

---

(33) Di quest'opera, pubblicata nel 1622 in versione olandese e nel 1627 in versione latina, è stata curata recentemente una traduzione italiana, a cura di Fiorella De Michelis, Bari 1973.

(34) G. Fassò, *La legge della ragione*, cit., spec. p. 129 ss.

oggetto di tre scienze distinte: i lumi della sola ragione, che sono oggetto del diritto naturale; le leggi civili, che sono oggetto della scienza del diritto civile; la Rivelazione, che è oggetto della teologia morale ([35]). Il diritto naturale, per Pufendorf, si differenzia dalla teologia morale per il fatto di essere limitato a questa vita, e di tendere unicamente a rendere l'uomo socievole: esso perciò si occupa delle azioni esterne dell'uomo, che sono le sole alle quali si abbia riguardo nel tribunale umano, la cui competenza non si estende oltre la vita presente. Viceversa, la teologia morale si propone di formare il cristiano, il quale deve vivere in modo onesto e pacifico sulla terra, ma attende il principale frutto della sua pietà dalla vita futura; essa perciò non si limita a regolare i costumi dell'uomo secondo l'onestà esteriore, ma intende influire sul cuore, per fare in modo che tutti i movimenti interiori siano esattamente conformi alla volontà di Dio ([36]).

La separazione fra diritto naturale e diritto divino positivo è compiuta in modo radicale da Thomasius: se nelle *Institutiones Jurisprudentiae Divinae* il diritto divino, sulla linea derivante da S. Tommaso, si distingueva in diritto divino naturale, basato sulla retta ragione, e in diritto divino positivo, basato sulla Rivelazione ([37]), nei *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* il diritto divino è soltanto naturale, mentre il contenuto della Scrittura forma oggetto della teologia e non della giurisprudenza; qui Thomasius si preoccupa soltanto del diritto naturale inteso come posto nel cuore degli uomini e avente la sua fonte ultima in Dio: « Jus vero naturale, cum quorumlibet cordibus inscriptum sit, nec revelatione aliorum et autoritate sola opus habeat; inde divinum dicitur, videlicet, quia ortum ducit ab autore naturae hominis, Deo » ([38]). Il diritto naturale si conosce mediante la ragione, il

---

([35]) S. PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, trad. J. Barbeyrac, Trevoux 1747, Tome I, « Preface de l'Auteur », §§ 1-2, pp. XXXVIII-XXXIX.

([36]) S. PUFENDORF, *ibid.*, §§ 6-7, pp. XLIV-XLVI.

([37]) C. THOMASIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Francofurti et Lipsiae 1688) (ristampa anastatica della VII ed., Halle 1720, Scientia Verlag, Aalen 1963), libro I, cap. II, §§ 1, 4, 6, p. 31; §§ 64 e 71, pp. 44 e 45; § 97, p. 50; §§ 117, 118, p. 52; § 121, p. 53.

([38]) C. THOMASIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, Halle 1705 (ri-

diritto positivo mediante la rivelazione e la pubblicazione: « Jus naturae cognoscitur ex ratiocinatione animi tranquilli, jus positivum requirit revelationem et publicationem » (39).

La secolarizzazione del diritto naturale trova una sua manifestazione specifica e interessante nel diritto penale: in questo àmbito essa si esprime soprattutto attraverso la distinzione fra peccato e delitto da un lato, e fra castigo e pena dall'altro. Le azioni considerate meritevoli di punizione *giuridica*, da parte dello Stato, sono soltanto le azioni esterne, che producono un danno alla società e ai suoi membri, che violano i diritti altrui: sono così escluse le azioni che costituiscono la violazione di un mero principio morale e religioso, e non producono un danno esteriore. I delitti vengono puniti non a causa della loro intrinseca immoralità (benché sia possibile che un'azione anti-giuridica sia anche un'azione immorale), ma perché mettono in pericolo la convivenza civile e ledono i diritti altrui. Ancora Thomasius, nello scritto *An Haeresis sit Crimen?*, scrive che l'eresia non è un crimine perché, a differenza dei delitti veri e proprî, caratterizzati dal dolo o dalla colpa, e perciò nascenti dalla volontà, è un errore dell'intelletto; e se è vero che nessuno può essere punito per avere soltanto meditato un delitto, tanto più non potrà ricevere una pena per l'intenzione di commettere un errore di pensiero o di opinione (40). Nei *Fundamenta*, la classica distinzione fra le tre forme del vivere umano, *honestum*, *decorum* e *justum*, tende proprio a questo scopo; infatti lo *justum*, che corrisponde al diritto, si distingue per Thomasius dall'*honestum* (morale individuale) e dal *decorum* (morale sociale o intersoggettiva), in base alla caratteristica della *coercibilità*: soltanto le azioni esterne, che violano un diritto altrui, e non le violazioni di un precetto morale, sono assoggettabili alla coazione statale. Dice infatti Thomasius: « Conclusio ex regulis justi est: punies delinquentes. Fons; non turbabis alios in usu juris sui » (41). Questa conseguenza si fonda su un principio

---

stampa anastatica dell'ed. 1718, Scientia Verlag, Aalen 1963), libro I, cap. V, § XXXIII, p. 152.

(39) C. THOMASIUS, *Fundamenta*, cit., § XXIX, p. 151.

(40) C. THOMASIUS, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen?*, Halle 1697, § IX, pp. 26-29.

(41) C. THOMASIUS, *Fundamenta*, cit., libro I, cap. VI, § LXXI, p. 183.

affermato in precedenza: « Denique quoad regulas justi. Non turbabis alios, nec impedies in usu juris sui s. superiores s. inferiores, sive pares, omnes enim sunt aeque homines » (42).

Montesquieu sviluppa il principio della secolarizzazione del diritto penale nella sua classificazione di quattro categorie di crimini, distinte per l'oggetto da essi colpito: la religione, i costumi, la tranquillità, la sicurezza dei cittadini. In relazione alla prima categoria, che è quella che qui evidentemente ci interessa, Montesquieu afferma che la pena corrispondente ai crimini contro la religione, ai sacrilegî semplici, deve consistere semplicemente nella privazione dei vantaggi derivanti dalla religione stessa, cioè nell'espulsione dai templi, nella scomunica (43). Per quanto riguarda le azioni nascoste che offendono la Divinità, il magistrato non ha il diritto di intervenire: « Tout s'y passe entre l'homme et Dieu, qui sait la mesure et le temps de ses vengeances ». In questo campo, molti mali sono nati dalla falsa idea secondo cui si deve vendicare la Divinità; in realtà, Dio deve essere sempre onorato, e mai vendicato. Il principio criticato da Montesquieu conduce a una serie di supplizî senza fine; se le leggi umane hanno il compito di vendicare un essere infinito, gradueranno la misura delle pene in base alla sua infinità, e non secondo le debolezze della natura umana (44).

Lo stesso ordine di idee è seguìto da Beccaria, il quale respinge il criterio di misura dei delitti basato sulla dignità della persona offesa, perché « se questa fosse la vera misura dei delitti, una irriverenza all'Essere degli esseri dovrebbe più atrocemente punirsi, che l'assassinio d'un monarca; la superiorità della natura essendo un infinito compenso alla differenza dell'offesa ». Egli rifiuta anche il criterio basato sulla gravità del peccato: questa impostazione porta infatti a misconoscere la diversità dei rapporti degli uomini fra loro, rapporti di uguaglianza retti dal principio dell'utilità comune, dai rapporti fra gli uomini e Dio, « rapporti di dipendenza da un Essere perfetto e creatore, che si è riserbato a sé solo il

---

(42) C. THOMASIUS, *Fundamenta*, cit., *ibid.*, § LXII, p. 181.

(43) V. anche J. LOCKE, *Epistola de Tolerantia*, Gouda 1689, trad. it. *Lettera sulla tolleranza*, Firenze 1970, pp. 19-20.

(44) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, XII, 4.

diritto di essere legislatore e giudice nel medesimo tempo, perché egli solo può esserlo senza inconveniente ». Beccaria si chiede perciò, se Dio « ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia; che vorrà vendicare l'Essere che basta a se stesso, che non può ricevere dagli oggetti impressione alcuna di piacere o di dolore, e che solo tra tutti gli esseri agisce senza reazione? » (45).

Del resto, già nella avvertenza « A chi legge », aggiunta nelle edizioni successive alla prima del 1764 di *Dei delitti e delle pene*, Beccaria aveva affermato in linea generale il principio della secolarizzazione del diritto, svolgendo una tripartizione dei principî regolatori della vita degli uomini, assai simile a quella compiuta da Pufendorf: tali principî sono « la rivelazione, la legge naturale, le convenzioni fattizie della società », da cui dipendono « tre distinte classi di virtù e di vizio: religiosa, naturale e politica ». Benché tali classi non debbano mai essere in contraddizione reciproca, « non tutte le conseguenze e i doveri che risultano dall'una, risultano dalle altre »; se i loro principî, « essenzialmente distinti, vengono confusi, non v'è più speranza di ragionar bene nelle materie pubbliche. Spetta a' teologi stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto, per ciò che risguarda l'intrinseca malizia o bontà dell'atto: lo stabilire i rapporti del giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società, spetta al pubblicista, né un oggetto può mai pregiudicare all'altro, poiché ognun vede quanto la virtù puramente politica debba cedere alla immutabile virtù emanata da Dio » (46). Beccaria può così affermare, contro le false e interessate accuse di empietà, come quella del Fachinei: « Sarebbe dunque un errore l'attribuire a chi parla di convenzioni sociali e delle conseguenze di esse, principii contrarii o alla legge naturale, o alla rivelazione, perché non parla di queste » (47).

L'esame del problema della secolarizzazione del diritto penale non può prescindere dalla considerazione del maggiore rappresentante dell'illuminismo giuridico-penale germanico, Karl Ferdinand

---

(45) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXIV.
(46) C. BECCARIA, *op. cit.*, « A chi legge ».
(47) C. BECCARIA, *ibid.*

Hommel, che fu chiamato il « Beccaria tedesco », nel pensiero del quale l'adesione alla religiosità luterana e l'applicazione di questa ai temi penalistici è particolarmente evidente ([46]). Nella Prefazione alla terza traduzione tedesca di *Dei delitti e delle pene*, del 1778, Hommel insiste sulla necessità di distinguere i peccati dai delitti, e le relative sanzioni tra di loro: per i delitti devono essere stabilite le pene giuridiche, ovvero le pene in senso stretto, mentre per i peccati devono essere inflitte delle pene spirituali, le quali non sono pene in senso stretto, ma delle mere censure, le quali non possono spingersi oltre il bando e l'espulsione dalla Chiesa, e non possono provocare la perdita dell'onore e dei beni. Le pene ecclesiastiche sono dunque legittime per Hommel, purché si limitino al piano spirituale: è invece contrario alla ragione e svantaggioso per il principe l'intervento del potere temporale a sostegno della Chiesa, che porti a privare lo scomunicato dell'onore, della proprietà, della vita. A questo punto Hommel dichiara che, se egli non sostenesse tali principî, non sarebbe un vero cristiano evangelico, fedele ai principî stabiliti dalla dichiarazione di Smalcalda, secondo cui le pene religiose non devono essere mescolate alle pene temporali, e dalla Confessione di Augusta, secondo cui non si devono confondere le due autorità, temporale ed ecclesiastica. Se i luterani sono eretici e scomunicati per i cattolici, non per questo cessano di essere persone onorate; ma la stessa cosa deve valere anche per i protestanti; se qualcuno viene escluso dalla comunità evangelica per le sue opinioni dichiarate erronee, non per questo egli deve apparire disonorato e meritevole di pena nella sfera civile. Ciò che la Chiesa stabilisce quale società autonoma non deve avere effetti nelle leggi civili, altrimenti l'errore viene confuso con il vizio e i concetti di peccato e di delitto diventano oscuri e indeterminati. Homel conclude questo punto dicendo: « Aber, sprichst du, wenn der weltliche Arm den geistlichen Arm nicht unterstützen soll, so hat ja die Kirche keinen Zwang. Antwort: sie kann auch keinen haben, als nur den, welchen ihr Gott verliehen, nämlich die Beraubung der heiligen Sakramente

([48]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Karl Ferdinand Hommel, il Beccaria tedesco*, in « Idee e atteggiamenti sulla repressione penale. Materiali per una Storia della Cultura Giuridica », V, Bologna 1975, spec. pp. 297-310.

und zuletzt den Bann. Alles was darüber ist, ist von Übel » (49). Per Hommel, dunque, i motivi illuministici della secolarizzazione del diritto penale sono in ultima analisi il proseguimento e l'applicazione del principio evangelico luterano della libertà del cristiano, e quindi in definitiva un'eredità cristiana.

Sulla base delle citazioni ora compiute ci rendiamo conto che il principio della secolarizzazione del diritto penale risponde soprattutto al fine di sottrarre all'intervento dello Stato, della legislazione, le violazioni della legge morale e religiosa, i peccati che non sono anche delitti (che non si traducono cioè nella violazione di diritti altrui); questo permette di estendere l'àmbito della libertà giuridica degli uomini (ampliando la sfera dei comportamenti leciti), e insieme di interiorizzare il problema del peccato, limitando la considerazione e il giudizio di esso all'àmbito della coscienza: in questo modo l'illuminismo liberale riprende il preciso insegnamento cristiano secondo cui ciò che caratterizza il peccato è assai meno la violazione esteriore della legge che l'intenzione: « Voi sapete che è stato detto: *Non commettete adulterio.* Ma io vi dico che chiunque avrà guardato una donna, per desiderarla, ha già commesso adulterio con lei, nel suo cuore » (Matt. V, 27-28); « Ma quel che esce dalla bocca viene dal cuore, ed è questo che contamina l'uomo, poiché dal cuore vengono i cattivi pensieri, gli omicidî, gli adultèri, le fornicazioni, i furti, le false testimonianze, le bestemmie » (Matt. XV, 181-19).

Proprio in questa prospettiva si svolge quel momento terminale del processo di secolarizzazione del diritto naturale che ha la sua fonte nella celebre distinzione kantiana fra *moralità* e *legalità*, nella quale l'eredità cristiana è a mio avviso particolarmente presente. Ricordiamo come Kant concepisca la moralità quale comportamento conforme al dovere, alla legge morale, compiuto liberamente e spontaneamente, per puro rispetto alla legge e adesione all'idea del dovere, che viene così elevata a impulso per l'azione, senza condizionamenti empirici; e la legalità come un com-

(49) K. F. Hommel, *Vorrede* a *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen* (Breslau 1778), herausgegeben von J. Lekschas, Berlin 1966, pp. 19-22; v. anche *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, a cura di K.G. Rössig, Breslau 1784, § 84, p. 161; § 85, pp. 162-163.

portamento esteriormente conforme alla legge morale, ma determinato da motivi empirici, quali, ad esempio, il timore della sanzione o la speranza di un premio. Nella *Kritik der praktischen Vernunft* Kant afferma: « Das Wesentliche alles sittlichen Werts der Handlungen kommt darauf an, dass das moralische Gesetz unmittelbar den Willen bestimme. Geschieht die Willensbestimmung zwar gemäss dem moralischen Gesetze, aber nur vermittelst eines Gefühls, welcher Art es auch sei, das vorausgesetzt werden muss, damit jenes ein hinreichender Bestimmungsgrund des Willens werde, mithin nicht *um des Gesetzes willen*, so wird die Handlung zwar Legalität, aber nicht Moralität enthalten » ([50]). Nella *Kritik*, dunque, Kant concepisce la moralità e la legalità come due diversi atteggiamenti di fronte *alla stessa legge* (*morale*); qui non vi è ancora menzione e considerazione del problema del diritto. Questa verrà compiuta nei *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, dove Kant procede alla distinzione, in base agli stessi elementi, e cioè alla diversità degli impulsi all'azione, fra *due diversi tipi di legislazione*, morale e giuridica: « Alle Gesetzgebung ... kann doch in Ansehung der Triebfedern unterschieden sein. Diejenige, welche eine Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist ethisch. Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetze mit einschliesst, mithin auch eine andere Triebfeder als die Idee der Pfllicht zulässt, ist juridisch » ([51]).

È chiaro che l'intento ultimo di Kant è quello di raggiungere la massima purezza del comportamento e dell'atteggiamento morale, in conformità con il significato più profondo dell'insegnamento neotestamentario. Nell'etica kantiana, e in particolare nella distinzione fra moralità e legalità, è presente l'influenza di S. Paolo, la sua contrapposizione fra lo Spirito e la Legge: « La Legge infatti dello spirito di vita in Cristo Gesù, mi ha liberato dalla Legge del peccato e della morte » (Rom., VIII, 2). Giustamente Antonio Pigliaru ha indicato i termini fondamentali del problema etico

([50]) I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1963 (ristampa anastatica dell'ed. del 1929), p. 84.

([51]) I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1966 (ristampa anastatica dell'ed. del 1922), pp. 20-21.

proprio nei nomi di S. Paolo e Kant: « Questa è l'etica che conta, quella di cui vorrei individuare i termini estremi chiudendoli tra S. Paolo e Kant; un'etica che al momento giusto sa di fondarsi su un concetto fondamentale ed incontrovertibile, l'assunzione del principio che si può e si deve porre a base della propria azione, il principio assoluto di una morale che non vuol trovare altro che in se stessa il proprio appagamento » ([52]).

Se questo è il senso profondo dell'eredità cristiana nel liberalismo per quanto attiene alla morale, possiamo anche dire che tale rapporto si riflette anche, indirettamente, sul problema del diritto: ciò avviene per via negativa, come determinazione di una sfera (quella giuridica), che non è quella morale e religiosa, che è la sola in cui è legittima la coazione e in quanto tale si limita alle azioni esteriori. È possibile dunque concludere dicendo che in definitiva la concezione illuministica e liberale del diritto, caratterizzato dalla esteriorità e dalla coercibilità (secondo la linea che va da Thomasius a Kant), corrisponde a una fondamentale intuizione cristiana.

3. *Il principio di legalità e la certezza del diritto.*

Il liberalismo giuridico è primariamente vòlto alla costruzione dello Stato di diritto. Da questo punto di vista acquista un particolare rilievo e lo caratterizza in modo tipico l'affermazione dei principî di legalità e di certezza del diritto. Non intendo dilungarmi in questa sede a tratteggiare le origini illuministiche di questi principî, a mostrare come essi siano un po' la cerniera attraverso cui si saldano storicamente giusnaturalismo e positivismo giuridico ([53]): mi limiterò a indicare sommariamente gli elementi fondamentali della concezione della legge nel liberalismo.

([52]) A. PIGLIARU, *La resistenza come virtù dell'individuo*, in *La piazza e lo stato*, Sassari 1961, p. 68. Anche Felice Battaglia afferma: « l'aver interiorizzato la morale, averne fatto nella coscienza il suo loco, fa sì che Kant, nonché opporsi al cristianesimo, ne appaia il vero prosecutore, tanto più che egli di tale continuità è ben consapevole, anzi soddisfatto », *Corso di filosofia del diritto*, III ed., Roma 1949, p. 244.

([53]) Ho trattato questo problema nel mio volume *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, spec. cap. I.

Il motivo di fondo è il primato della legge generale, l'attribuzione alla legislazione della funzione di fonte principale o esclusiva del diritto (nei confronti di altre « fonti » come la consuetudine, la giurisprudenza, la dottrina). La legislazione ha una posizione primaria, perché per mezzo di essa da un lato si traducono in termini positivi i principî della giustizia e del diritto naturale, e dall'altro si garantisce la certezza del diritto, evitando conflitti tra fonti normative diverse; la legge deve essere generale e astratta, deve cioè prendere in considerazione classi di azioni e serie di individui (non azioni o individui particolari), perché in tal modo essa assicura stabilità e uguaglianza di situazioni, ed evita l'arbitrio o il privilegio (54). Strettamente connessa alla posizione primaria della legislazione è l'esigenza della codificazione, intesa sia in senso formale, come sistemazione organica e unitaria delle fonti del diritto, sia in seno sostanziale, come riforma del contenuto delle leggi.

Particolarmente rilevante, in questo contesto, è la posizione che il liberalismo giuridico attribuisce al giudice e alla funzione giudiziaria; la soluzione liberale di questo problema è strettamente connessa al principio della separazione dei poteri, si può anzi considerare un corollario di esso. L'esigenza basilare è infatti quella della assoluta separazione tra potere legislativo e potere giudiziario: il giudice non può e non deve mai usurpare anche solo una parte della funzione legislativa, non deve mai diventare legislatore; il giudice deve essere rigidamente subordinato alla legge, deve limitarsi — nell'esercizio della sua funzione — ad applicare la legge generale ai casi concreti. Come dice Montesquieu, i giudici « ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (55). Naturalmente, questo principio acquista una particolare rilevanza nel diritto penale, data l'importanza della posta in gioco (la vita, la libertà, la sicurezza dei cittadini); in questo

---

(54) Questa è sostanzialmente la concezione della legge di ROUSSEAU, *Contrat Social*, II, 6: « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière ».

(55) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, XI, 6.

campo, certezza del diritto significa prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni, conoscenza in anticipo delle sanzioni penali che dovranno seguire al compimento di determinati atti qualificati dalla legge come reati; il principio di legalità esige la precisa determinazione legislativa delle fattispecie penali e delle relative sanzioni, e l'assoluta esclusione dell'analogia. Di conseguenza, per dirla con Beccaria, « In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore dev'essere la legge generale, la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena » [56]. Le formule latine esprimenti questo principio, « nullum crimen sine lege » e « nulla poena sine lege », risalgono al grande criminalista liberale Anselm Feuerbach, il cui maggiore contributo è quello di avere completato l'edificio dello Stato di diritto nel campo penale [57].

Lo scopo che in tal modo il pensiero giuridico liberale si prefigge è la garanzia della sicurezza dei cittadini di fronte all'arbitrio del potere (e soprattutto del potere giudiziario): questa sicurezza, ovvero la certezza del diritto, è un presupposto imprescindibile, irrinunciabile, della libertà civile e politica.

Da questi principî deriva la caratteristica del « *formalismo* », che è propria della dottrina giuridica liberale. Il formalismo giuridico è stato ampiamente criticato in tempi recenti, ma soprattutto è stato posto sotto accusa dai moderni totalitarismi, i quali hanno contrapposto ad esso la concezione di un diritto legato alla storia, subordinato alla politica e alla ideologia [58]. Ora il formalismo giuridico rettamente inteso (e simili critiche lo confermano *e contrario*), in quanto mette in evidenza il valore del diritto come *forma* — che porta con sé il rispetto dei diritti dell'imputato, il principio dell'*habeas corpus*, le garanzie processuali, il principio del contraddittorio — è una garanzia di libertà. Montesquieu afferma infatti:

---

[56] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, IV.

[57] P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, V ed., Giessen 1812, § 20, p. 22. V. in proposito il mio *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, spec. pp. 450-452.

[58] Queste critiche erano state espresse, da un punto di vista fascista, da G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « La Giustizia penale », 1939, spec. pp. 150-152. In tempi più recenti esse sono state riprese e proseguite da molti giuristi « progressisti » e « di sinistra ».

« Si vous les regardez [le formalità della giustizia] dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté » ([59]). Più recentemente, anche il Radbruch ha sostenuto che una rivendicazione formulata nella forma del diritto implica il riconoscimento agli altri di ciò che si pretende per sé: « Das Verlangen nach Freiheit und seine Erfüllung entsprangen dem Interesse und der Macht der aufsteigenden Bourgeoisie. Aber die Freiheit, welche sie meinte, war nicht nur Freiheit für sich selber, sondern Freiheit für alle — und zwar eben deshalb, weil sie diese Freiheit als ihr *Recht* verlangte. Recht muss seinem Wesen nach den Anspruch auf Gerechtigkeit erheben, Gerechtigkeit aber fordert Allgemeinheit des Rechtssatzes, Gleichheit vor dem Gesetze. Eine Forderung in der Form Rechtens stellen, heisst dem anderen zugestehen, was man für sich beansprucht. Weil die Bourgeoisie in der Form Rechtens Freiheit forderte, deshalb wurde diese Freiheit Freiheit für alle ... » ([60]).

La difesa del valore positivo del formalismo giuridico liberale nei confronti delle critiche di marca totalitaria — che a mio avviso è giusto e doveroso compiere — non rientra tuttavia nella prospettiva della presente indagine. Il nostro problema consiste nel vedere se vi siano — ed eventualmente quali siano — elementi cristiani presenti in una simile dottrina.

A dire la verità, la risposta circa una tale presenza sembra dover essere, a prima vista, radicalmente negativa. Proprio il formalismo liberale appare in totale contrasto con l'etica cristiana, tutta rivolta all'interiorità, alla intenzione, e meno interessata al valore a al significato della norma astratta. Come afferma il Fassò, in riferimento a una osservazione del Carnelutti ([61]), nella prospet-

---

([59]) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, VI, 2.

([60]) G. RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee* (1929), in *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1957, pp. 26-27.

([61]) *La morte del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova 1953, pp. 285-286: « Se i comunisti d'oggi fossero un poco meglio informati, avrebbero buon gioco ad affermare che anche il diritto naturale, non solo il diritto positivo, è fariseo. E chi abbia afferrato il messaggio di Gesù su questo tema, dove veramente

tiva cristiana « il diritto ... è ' fariseo ': è lettera, non spirito, norma astratta, non vivente impulso all'azione. Il fervido slancio dell'anima mistica verso Dio, che a lui si abbandona con totale fiducia, non sa che farsi degli schemi del diritto che vogliono garantire razionalmente le conseguenze delle azioni dell'uomo » (62). Anche il Trendelenburg si era posto nello stesso angolo visuale, criticando la separazione fra diritto e morale: « So muss denn die Scheidung des Legalen und des Moralischen, des Gesetzlichen und Sittlichen, welche *zu äusserlicher Gesetzpunktlichkeit der Pharisäer führt* [corsivo mio], aufgegeben werden » (63). La cristiana preferenza per lo spirito rispetto alla lettera della legge sembra dunque marcare una netta contrapposizione con la concezione illuministico-liberale fondata sulla difesa della seconda; ricordiamo infatti che Beccaria aveva dichiarato: « Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni » (64).

La contrapposizione mi sembra tuttavia soltanto apparente, perché, presentata in questi termini, essa si ferma soltanto su alcuni elementi esteriori, e non opera alcune necessarie, indispensabili, precisazioni: vale a dire, quando si dice che il Cristianesimo contrappone lo spirito alla lettera della legge, mentre il liberalismo illuministico si fonda sulla lettera della legge, si dimentica di chiarire e di precisare di quale « legge » si tratti. In realtà, una osservazione appena un po' attenta, appena approfondita, mostra chiaramente che nei due casi *non si tratta della stessa « legge »*. Infatti il Cristianesimo originario si disinteressa del diritto, non si preoccupa del fenomeno giuridico (65); è chiaro che l'« anti-formalismo », l'« anti-fariseismo » cristiano riguarda esclusivamente l'àmbito *morale*. Quando Cristo afferma: « Non crediate che Io sia venuto ad abolire la Legge o i Profeti, non sono venuto ad abolire, ma a com-

---

si integra il vecchio con il nuovo Testamento, non si scandalizza di tale espressione ».

(62) G. Fassò, *La legge della ragione*, Bologna 1964, pp. 24-25.

(63) A. Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, II ed., Leipzig 1868 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1969), § 14, p. 21.

(64) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, IV.

(65) V. in proposito soprattutto lo scritto di G. Fassò, *Cristianesimo e società*, Milano 1957.

pletare. In verità vi dico che fino a quando il cielo e la terra non passeranno, non scomparirà dalla Legge neppure uno iota o un apice, finché non sia tutto adempiuto » (Matt. V, 17-18), Egli intende la legge morale, la legge data da Dio. È a questa legge che si riferisce il Discorso della Montagna, mettendone in evidenza lo spirito più che la lettera, rivolgendosi all'anima umana e non primariamente al comportamento esterno: « Voi sapete che è stato detto: *Non commettete adulterio*. Ma io vi dico che chiunque avrà guardato una donna, per desiderarla, ha già commesso adulterio con lei, nel suo cuore » (Matt. V, 27-28). Così, anche il « legalismo » dei Farisei, criticato da Gesù, e a cui si riferisce il Trendelenburg, riguarda soltanto la legge morale e religiosa.

Viceversa, l'affermazione e la rivendicazione dei principî di legalità e di certezza compiute dal liberalismo riguardano, evidentemente, in modo esclusivo l'àmbito *giuridico*: è la lettera della legge *giuridica* che deve essere seguìta dal giudice per garantire la certezza e la prevedibilità delle sanzioni, per escludere la varietà delle interpretazioni (come risulta dalle parole citate di Beccaria). In altri termini: l'« anti-formalismo » cristiano riguarda il rapporto fra l'interiorità dell'uomo e la legge a lui posta da Dio; il « formalismo » liberale riguarda invece primariamente il rapporto fra il giudice terreno e la legge giuridica, emanata dal potere legislativo, che si deve applicare al caso concreto.

In sostanza, quindi, l'affermazione della presenza di un contrasto si ferma alla superficie, e anzi urta contro la diversità dei piani e degli oggetti a cui le dottrine, di cui si asserisce la contrapposizione, si riferiscono. Ritengo quindi di poter affermare l'assenza di una contraddizione fra l'« anti-formalismo » dell'etica cristiana e il « formalismo » della dottrina giuridica liberale. Nello stesso tempo, però, proprio per la mancanza di un piano comune, non si può trovare nemmeno un diretto elemento di contatto, e indicare un immediato precedente della dottrina liberale della certezza del diritto nel pensiero cristiano: e ciò soprattutto per il motivo poco sopra messo in evidenza, perché il Cristianesimo non offre elementi per una compiuta teoria del diritto.

Se questo è vero, è d'altra parte mia convinzione, tuttavia, che sia possibile trovare un significato cristiano di questa dottrina giuridica liberale in modo più indiretto e in una prospettiva di forse

maggiore profondità; una prospettiva, in definitiva, che sottolinea un legame più intimo proprio fra le due impostazioni (interiorità e anti-formalismo nella morale, formalismo nel diritto) prima indicate come apparentemente in contrasto. A questo scopo è necessario riallacciarsi alle conclusioni raggiunte in materia di secolarizzazione del diritto. Abbiamo visto in quella sede come la distinzione kantiana fra moralità e legalità possa essere intesa quale una ripresa, in veste « secolarizzata », della contrapposizione di S. Paolo fra lo Spirito e la Legge. Naturalmente, como ho detto prima, il parallelismo vale soprattutto per il primo termine del binomio: cioè per il problema dell'interiorità, autenticità, libertà della morale. Il tema del diritto, in effetti, ne risulta lumeggiato solo indirettamente; esso resta, a dire il vero, assente dalla riflessione di S. Paolo, dove il problema della « legge » è pur sempre quello della legge di Dio, cioè della legge religiosa e morale ([66]); tuttavia a conclusione del paragrafo precedente ho potuto osservare, in riferimento alla riflessione kantiana, che anche il diritto, caratterizzato dalla esteriorità e dalla coercibilità, in contrapposizione alla morale interiore e incoercibile, risulta in ultima analisi fondato su un punto di vista cristiano. In modo non dissimile posso esprimermi ora, notando come il formalismo giuridico, la caratterizzazione del diritto sulla base della certezza e della legalità, rispondano anch'essi, in un certo senso, all'esigenza di far risaltare la differenza dalla morale fondata sui principî dell'anti-formalismo e dell'interiorità. In altri termini: la « lettera » della legge e la certezza della sua interpretazione e applicazione hanno un valore primario nel diritto, proprio perché questo si riferisce alla esteriorità della convivenza fra gli uomini, ai loro rapporti esterni, ed esige di conseguenza una larga misura di oggettività, e non deve riguardare ciò che avviene *in interiore homine*, che è il campo lasciato alla morale e alla religione, da cui è escluso ogni formalismo.

D'altra parte, il rispetto di valori come la legalità e la certezza — poiché essi sono, come sappiamo, il presupposto necessario

---

([66]) Sul concetto di « legge » in S. Paolo v. Emilia NOBILE, *Il disdegno della legge nel pensiero di Paolo di Tarso*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », 1935, pp. 92-101.

della libertà giuridica e politica, in quanto eliminazione dell'arbitrio — costituisce anche la garanzia di un sistema di convivenza civile, nel quale sono rese possibili le condizioni di un comportamento morale liberamente e quindi autenticamente conforme ai princìpi cristiani. In altri termini, le strutture formali dello Stato di diritto, in quanto condizione di libertà, sono indirettamente il presupposto di un libero sviluppo di comportamenti morali e religiosi. Non solo: ma proprio questo legame dei valori giuridici formali con il principio etico-politico della libertà, mostra il loro rapporto di mezzo a fine rispetto alla garanzia, sul piano civile, della dignità dell'uomo: e ciò è conforme al principio cristiano-umanistico-kantiano dell'uomo come fine in se stesso (v. *supra*, n. 1). D'altronde, non si può dimenticare che concettualmente connesso ai valori di legalità e di certezza è il principio, tipico del diritto penale nello Stato di diritto, della responsabilità personale, il principio per cui è legittimamente punibile soltanto chi ha commesso realmente il delitto e lo ha commesso volontariamente; tale principio è una conquista irrinunciabile dal punto di vista dei valori umani e cristiani. Osserva a tale proposito il Picot: « Le maintien de la notion de responsabilité personnelle a surtout cette grande importance. Avec une conception naturaliste du délinquant et du crime, la défense sociale devient unilatérale. Elle réalise la menace de tous par le crime et elle frappe. Elle tue et elle ' endort ' sans souci de la victime, de ses coups. Il est essentiel de maintenir la notion d'un idéal social qui connait comme personne, toutes les personnes, même le criminel, le pire, et le traite en homme. Pour rien au monde, l'humanité ne doit abandonner cet *héritage du christianisme* [corsivo mio], car, hors cette notion de la valeur de l'homme, il n'y a plus de limite dans l'action pénale et plus de critère de véritable justice » (67).

D'altra parte, un collegamento — di natura, direi, più storica che filosofica — tra il Cristianesimo e i problemi delle garanzie giuridiche e processuali, si può ricavare dagli Atti degli Apostoli; mi riferisco essenzialmente a taluni atteggiamenti di Paolo di fronte alle autorità romane. A Cesarea, Paolo si difende, di fronte

(67) A. Picot, *L'État fondé sur le droit et le droit pénal*, in « Actes des la Société Suisse des Juristes », 1944, p. 244 a.

al governatore Felice, dalle accuse del sommo sacerdote Anania e dell'avvocato Tertullo (accuse riguardanti la istigazione alla sedizione fra i Giudei, la profanazione del Tempio), affermando la mancanza di prove in relazione a quelle accuse: « Non più di dodici giorni fa', come puoi sincerarti, io salii a Gerusalemme per adorare, e non sono stato trovato nè dentro il Tempio, nè dentro le sinagoghe, nè in città a parlare con qualcuno o a fare assembramento di popolo, e non possono neppure provarti quello di cui ora mi accusano » (Atti, XXIV, II, 12). Successivamente, davanti al successore di Felice, Porcio Festo, Paolo si difende dalle accuse degli Ebrei dicendo: « non ho commesso niente nè contro la Legge dei Giudei, nè contro il Tempio, nè contro Cesare». Di fronte alla proposta di Festo, di essere giudicato a Gerusalemme, alla sua presenza, davanti al Sinedrio, Paolo risponde: « Sono davanti al tribunale di Cesare, qui devo essere giudicato: non ho commesso nulla contro i Giudei, come tu sai molto bene. Se ho commesso qualche ingiustizia o qualche delitto degno di morte, non ricuso di morire; ma se non è vero niente di quanto essi mi accusano, nessuno ha il diritto di consegnarmi a loro. Io mi appello a Cesare » (Atti XXV, 10, 12).

In sostanza, vediamo Paolo compiere un deciso ricorso a tutte le possibili garanzie giuridiche offerte dai tribunali e dal diritto romano; egli cerca di evitare il tribunale ebraico, implicitamente rigettando il principio per cui le controversie religiose possono essere oggetto di giudizio e di processo; accetta il livello di discorso e la logica perseguita da un tribunale giuridico; nega la commissione di qualsiasi violazione della legge da parte sua; afferma che i suoi avversari non hanno le prove per dimostrare vere le accuse contro di lui. Mi pare significativo il rilievo dato da Luca nel suo racconto a queste affermazioni e prese di posizione di san Paolo; senza dare a questi brani un peso e un'importanza eccessivi, desidero però sottolineare che non è senza significato e senza importanza il fatto che uno dei testi fondamentali del Nuovo Testamento, gli Atti degli Apostoli, riconosca il valore dei principî giuridici del contraddittorio processuale, dell'onere della prova spettante all'accusa, del pieno diritto all'assoluzione dell'imputato che non ha commesso una violazione della legge o nei confronti del quale una tale violazione non è stata dimostrata: principî questi che avrebbero

costituito, diversi secoli dopo, alcuni fra i capisaldi della dottrina del liberalismo giuridico.

4. *L'umanizzazione del diritto penale.*

Se il tema trattato nel paragrafo precedente presentava una serie di difficoltà, una complessità di problemi, in relazione all'individuazione di una linea di influenza del Cristianesimo sul pensiero giuridico liberale, assai diversa è la situazione per il terzo dei filoni dottrinali che ho preso in considerazione: infatti, per quanto riguarda il processo di umanizzazione del diritto penale — che è il vanto maggiore dell'illuminismo giuridico — la connessione Cristianesimo-liberalismo giuridico si presenta assai più chiara e risulta ovvia, anche se nelle interpretazioni storiche essa non viene generalmente messa in rilievo o è a volte contestata. Mi sembra infatti evidente che la tendenza a fare scomparire la ferocia inumana che caratterizzava il sistema penale dei paesi europei fino alla fine del Settecento, era la traduzione concreta sul piano giuridico e sociale di alcuni elementari principî cristiani, anche se tale tendenza trovava fra i suoi avversarî le Chiese e le confessioni religiose di denominazione cristiana.

Intendo esaminare alcuni momenti di questa battaglia, cercando di metterne in rilievo il significato e le motivazioni cristiane. Se vogliamo individuare, per ragioni di comodità di classificazione, il momento iniziale del movimento illuministico-liberale da questo punto di vista, possiamo indicarlo alla fine del Seicento e all'inizio del Settecento, nella battaglia che si veniva iniziando, da parte di alcuni coraggiori autori, contro la punizione giuridica del « crimine » di magia e contro la tortura giudiziaria. Due nomi appaiono significativi e sono quelli di due autori cristiani tedeschi, uno cattolico e uno protestante.

In primo luogo il gesuita Friedrich von Spee, autore della *Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas,* del 1632. Von Spee era stato confessore di molte persone accusate di stregoneria, prima della loro esecuzione; questa esperienza lo aveva convinto della insostenibilità di tali accuse e della insussistenza di questo presunto delitto. La sua *Cautio criminalis* è così rivolta contro la punizione della magia, e insieme contro la tortura, che era la fonte

principale delle auto-accuse da parte delle presunte streghe; la tortura è indicata infatti da von Spee come uno strumento che può portare facilmente a confessare fatti mai commessi: « periculum igitur est, ne non multae, ut se cruciatibus, equlei expediant, fateantur crimen quod non habent, ac quaevis de se scelera mentiantur quaecunque vel suggerunt quaestitores, vel ipsi rei ut fateantur meditati antea sunt » (68). Non vi è mai fine nell'impiego della tortura: « Auget item periculum quod si qua semel criminis excutiendi ... Nam si post tormenta se corrigat ac dicat vi doloris non veritatis laxasse linguam, repetetur in quaestionem ... Ac si post torturam hanc secundam interum se corrigat, sane tertiam experieretur ... » (69). Von Spee cita la critica della tortura compiuta da s. Agostino, e afferma la necessità della sua abolizione: « Miserrimam hanc Judicialem questionem eleganter, pie et Christiane plangit D. Augustinus, *De Civit. Dei Lib.*, 19 c.b. ... » (70); « necessario infertur, tollendum igitur penitusque ex usu proscribendam esse torturam, aut saltem ea omnia et singula corrigenda aliterque moderanda quae hanc periculi necessitatem torturis imponunt » (71).

Mi pare dunque importante e significativo che la battaglia illuministico-liberale per l'umanizzazione del sistema penale abbia avuto uno dei suoi momenti iniziali nell'opera di un gesuita (assai diverso, a dire il vero, dal *cliché* del « gesuita » tipico tramandato dalla storia), di una figura nobilissima e autenticamente cristiana come Friedrich von Spee. In ambiente protestante incontriamo naturalmente Christian Thomasius, il quale conosceva l'opera di von Spee, e ne ha parlato nei suoi scritti; Thomasius cita la *Cautio criminalis* nel *De Crimine Magiae* del 1701 (anche se ivi non dimostra di conoscerne ancora l'identità dell'autore) (72): e ciò si

---

(68) Friedrich VON SPEE, *Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas*, Rinteln 1632, Dubium XX, p. 111.

(69) F. VON SPEE, *op. cit.*, ibid., pp. 132-133.

(70) F. VON SPEE, *op. cit.*, Dubium XXVII, p. 175.

(71) F. VON SPEE, *op. cit.*, Dubium XXIX, p. 186.

(72) C. THOMASIUS, *De Crimine Magiae*, Halle 1701, § IV, pp. 703-704. Thomasius mostra tuttavia di conoscere il nome dell'autore della *Cautio criminalis*, e lo cita, in un'opera successiva: *De origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas*, Halle 1712, § LXXXVI, p. 629. V. in proposito il mio *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano 1976, pp. 146-147.

spiega perché in questo scritto il legame fra i due autori è più diretto, dato che anche la *Cautio criminalis* di von Spee è primariamente diretta contro la punizione della magia. I temi della magia e della tortura sono d'altronde strettamente collegati, per i motivi indicati dallo stesso von Spee (il fatto che le « confessioni » di maghi e streghe, e quindi le prove del loro « delitto », venivano strappate con la tortura). In questa sede, prendo in considerazione in ogni modo lo scritto di Thomasius sulla tortura, come il più rilevante. Nel titolo stesso di questo scritto appare assai significativo proprio il punto di vista della nostra ricerca: *De Tortura ex foris Christianorum proscribenda.* Questo titolo indica il dovere di una eliminazione dell'istituto della tortura giudiziaria dai tribunali *cristiani*; fin dal titolo Thomasius intende sottolineare l'incompatibilità fra il carattere inumano e feroce della tortura e i costumi e i valori cristiani. Inoltre, nelle argomentazioni svolte nel corso del saggio le motivazioni di natura religiosa sono numerose e piuttosto evidenti.

Riferendosi all'opinione del Brunnemann, Thomasius dichiara che nulla è più crudele e inumano che lacerare con i tormenti e quasi scarnificare un uomo creato a immagine di Dio ([73]). La tortura urta contro il principio di diritto naturale secondo cui chiunque ha il diritto di usare i mezzi giusti adatti alla difesa della propria vita; non è lecito proibire a nessuno la propria auto-difesa. Invece, per mezzo della tortura, e delle confessioni conseguentemente estorte, gli imputati vengono costretti ad accusare se stessi, a procurare a se stessi un torto, a mettere in pericolo la propria vita. A tale proposito Thomasius esclama: « O rem immanem! siccine cum Christianis procedendum? » ([74]). È interessante poi notare come Thomasius, che è stato uno dei giusnaturalisti che più radicalmente hanno sostenuto il principio della secolarizzazione del diritto naturale (v. *supra*, n. 2), soprattutto nel secondo periodo della sua attività, a cui appartiene anche

---

([73]) C. THOMASIUS, *De tortura ex foris christianorum proscribenda*, Halle 1705, cap. II, § II, pp. 23-24. Il brano di Johannes Brunnemann citato da Thomasius è tratto dall'opera *Processus civilis et criminalis*, Frankfurt an der Oder 1737, cap. VIII, n. 5, § 13 (non ho rintracciato la data della prima edizione).

([74]) C. THOMASIUS, *ibid.*, cap. II, § V, pp. 28-29.

questo scritto, introduca, contro la tortura, anche un argomento di natura teologica, fondato sulla S. Scrittura; Thomasius afferma infatti che, se la tortura fosse un mezzo giusto e adatto per investigare i crimini, non si vedrebbe perché sia stata passata sotto silenzio da Dio nella Scrittura; è vero che la giustizia divina, la quale esige che i crimini siano puniti, ha lasciato questo settore alla competenza del giudice secolare; ma Thomasius ritiene che la Scrittura abbia tacitamente vietato la prassi della tortura, perché il Supremo Legislatore, allorché si tratta di introdurre dei mezzi di prova in casi dubbi, rinvia il giudice terreno a testimonianze e argomentazioni, mai alla tortura. Successivamente, Thomasius corregge un po' il senso di questo suo discorso, in una direzione più consona ai principî generali della separazione fra teologia e diritto naturale; egli riconosce cioè che molte norme giuridiche sono il portato della necessità sociale, che esse sono diverse in diversi stati, a seconda della forma di governo. Tuttavia egli aggiunge che a nessun popolo, e tantomeno a un popolo cristiano, è lecito introdurre nel proprio ordinamento leggi dalle quali esula totalmente quell'equità e quella giustizia che caratterizza tutte le leggi emanate da Dio. In tal modo Thomasius suggerisce di abolire l'uso della tortura, non perché essa non è contenuta in nessun testo biblico, bensì perché da essa non risulta neppure un segno di quella vera giustizia e di quella vera equità, che è presente in tutti i precetti divini. Non è certo segno di equità tormentare una persona, della quale non risulta ancora se sia colpevole o innocente; non è segno di giustizia lasciare impuniti i colpevoli e condannare a morte gli innocenti; non è conforme alla ragione naturale costringere gli esseri umani a provocare la propria rovina ([75]). Per Thomasius dunque la tortura deve essere proscritta dai tribunali cristiani, i quali devono essere caratterizzati dalla mansuetudine di cuore evangelica: « torturam nempe tanquam rem irreligiosam, injustam, et juri Divino ac naturali contrariam, ex foris Christianorum longissime proscribendam esse » ([76]).

In relazione al successivo sviluppo della vicenda intellettuale e morale che porta alla riforma di un sistema penale disumano, e

([75]) C. THOMASIUS, *ibid.*, cap .II, § VI, pp. 30-32.
([76]) C. THOMASIUS, *ibid.*, cap. II, § XI, p. 38.

le cui radici cristiane sono chiaramente testimoniate dai brani citati di von Spee e di Thomasius, non intendo certamente procedere a un'analisi dettagliata; mi limiterò a indicare alcuni esempî, di particolare rilievo per i nostri fini.

Il nome che attira maggiormente la nostra attenzione è naturalmente quello di Beccaria, il cui « libriccino » (77) *Dei delitti e delle pene* è tutto svolto all'insegna dei principî di umanità e dei principî cristiani di carità verso il prossimo. Fino dal primo capitolo Beccaria afferma: « ma se, sostenendo i diritti degli uomini e della invincibile verità, contribuissi a strappar dagli spasimi e dalle angosce della morte qualche vittima sfortunata della tirannia o della ignoranza, ugualmente fatali, le benedizioni e le lagrime di un solo innocente nei trasporti della gioia mi consolerebbe del disprezzo degli uomini » (78). Nel capitolo « Dolcezza delle pene », dedicato in parte al problema del fine della pena, Beccaria esprime la propria chiara avversione per l'inflizione della sofferenza fine a se stessa, che caratterizzava in buona parte il sistema penale allora vigente: « il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. Può egli in un corpo politico, che, ben lungi di agire per passione, è il tranquillo moderatore delle passioni particolari, può egli albergare questa inutile crudeltà, stromento del furore e del fanatismo, o dei deboli tiranni? ». E ancora: « Chi può non sentirsi fremere tutta la parte più sensibile nel vedere migliaia d'infelici ... da uomini dotati dei medesimi sensi, e per conseguenza delle medesime passioni, con meditate formalità e con lente torture lacerati, giocondo spettacolo di una fanatica moltitudine? » (79). Non è il caso di soffermarsi sulle note pagine dedicate da Beccaria a combattere la tortura, « una crudeltà consacrata dall'uso della maggior parte delle nazioni » (80), e contro la pena di morte, contro questo omicidio commesso dalle leggi stesse (81); in ultima analisi, togliere la vita non può rientrare nelle competenze degli esseri

(77) Così lo definisce A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, 1842, cap. III, ed. BUR, Milano 1961, p. 56.

(78) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, I.

(79) C. BECCARIA, *ibid.*, XV.

(80) C. BECCARIA, *ibid.*, XII.

(81) C. BECCARIA, *ibid.*, XVI.

umani e della società: « Perché gli uomini, nel più segreto dei loro animi, parte che più di ogni altra conserva ancora la forma originale della vecchia natura, hanno sempre creduto non essere la vita propria in potestà di alcuno, fuori che della necessità, che col suo scettro di ferro regge l'universo » (82). Tutta l'opera di Beccaria è vòlta ad affermare e difendere la dignità dell'uomo; il senso della sua opera è riassunto nel modo migliore da questa frase, con la quale Beccaria anticipava di circa vent'anni la seconda formulazione dell'imperativo categorico kantiano: « Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser *persona*, e diventi *cosa* » (83). Per tale motivo concordo perfettamente con il Calamandrei, allorché afferma: « Beccaria, per quanto si sforzi di apparire uno spregiudicato utilitarista, è in realtà uno spirito religioso che in tutti i suoi ragionamenti sottintende certi fermi principî morali, sentiti dalla coscienza come verità assolute che non hanno bisogno di dimostrazione » (84).

Particolarmente rilevante per il nostro problema è anche la figura di Hommel, del quale ho già messo in evidenza (v. *supra*, n. 2) la posizione centrale nel processo di secolarizzazione del diritto penale, nonché l'insistenza nel porre in accordo i proprî principî criminalistici con le tesi programmatiche della Chiesa luterana. Nella Prefazione alla ricordata traduzione, da lui patrocinata, del libro di Beccaria, Hommel insiste nel rilevare che non è vero che Dio venga soddisfatto con le decapitazioni e la moltiplicazione dei supplizî; egli non ammette « dass Gott durch Hängen und Köpfen sich versöhnen lasse und daran einen Gefallen trage », e afferma: « Der Allerhöchste hat an Grausamkeiten keinen Wohgefallen, wie einige Zorntheologen vermeint haben. Er vergibt dem bussfertigen Sünder, wenn er auch nicht geköpft wird, und tut dieser keine Busse, so wird das vom Richter vergossene Blut die Sünde nicht abwaschen. Gottes Gerichte und menschliche Gerichte sind heterogene Dinge ... » (85).

---

(82) C. BECCARIA, *ibid.*, XVI.

(83) C. BECCARIA, *ibid.*, XXVII.

(84) P. CALAMANDREI, Prefazione a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier, Firenze 1950, p. 116.

(85) K. F. HOMMEL, *Vorrede* a *Des Herrn Marquis von Beccaria*, cit., p. 10. V. anche *Philosophische Gedanken*, cit., §§ 35-37, pp. 66-68.

Tutto il movimento illuministico, come è noto, svolge una ferma critica dell'idea di vendetta che largamente ispirava il sistema penale allora vigente: Hommel si inserisce chiaramente in questa linea di pensiero e in questa polemica, e si preoccupa di sottolineare il contrasto fra l'idea della vendetta e i principî del Cristianesimo. Ciò risulta in modo esplicito dal seguente brano, contenuto in una nota da Hommel apposta al capitolo del libro di Beccaria tradotto riguardante il fine delle pene: « Dass alle Strafen, die dem Verbrecher nicht zur Besserung gereichen, grausam und ungerecht sind, hat schon Grotius (I.B. et P. lib. 2 c. 20 § 4) gelehrt. Sie sind ungerecht, weil sie des Endzweckes verfehlen, der darin besteht, dass man entweder dem Missetäter seine üble Gewöhnheit abgewöhnen, oder andere dadurch abschrecken will. Widrigenfalls und ausserdem sind die Strafen nichts als eitel Rache. Aber die Rache ist unter allen menschlichen Begierden die niederträchtigste und *wider die erste Hauptregel des Christentums* [corsivo mio]. Nur amerikanische Wilde zerfleischen ihre Gefangenen. Wer härtere Strafen auf die Verbrechen setzet, als es die Not erfordert, der mordet » ([86]).

Un autore che ha una posizione centrale per l'umanitarismo penale è naturalmente anche Voltaire, la cui polemica contro l'intolleranza religiosa, unitasi negli ultimi anni della sua vita a quella contro la barbarie giudiziaria, costituisce, contro tutti i *clichés* storiografici tramandati, una battaglia autenticamente cristiana. Vorrei qui limitarmi a citare alcuni passi significativi dell'ultimo scritto di Voltaire, che è di argomento penalistico: il *Prix de la justice et de l'humanité*, pubblicato nel 1777, un anno prima della sua morte ([87]). La frase che riassume nel modo migliore il senso di questo scritto è contenuta nell'articolo IX, dedicato ai processi per stregoneria, intitolato « Des sorciers »: « Quand on songe à tous les maux qu'a produits les fanatisme, on rougit d'être homme » ([88]). Nell'articolo dedicato ai « procès criminels pour les di-

([86]) K. F. HOMMEL, *Des Hern Marquis von Beccaria*, cit., nota *d*), p. 37.

([87]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Die Strafrechtsreform im Denken Voltaires und Friedrichs des Grossen*, in *Voltaire und Deutschland*, a cura di P. BROCKMEIER, R. DESNÉ, J. VOSS, Stuttgart 1979, pp. 313-325.

([88]) VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, 1777, art. IX, in « Oeuvres complètes de Voltaire », Paris 1817, vol. VI, p. 158.

sputes de l'école », Voltaire si esprime con favore verso una morale la quale insegna « qu'il faut regarder Dieu comme un père, et non comme un tyran capricieux; que nous devons notre haine au crime, et notre indulgence aux erreurs » (89). Anche Voltaire, parlando della tortura, mette in evidenza, come Thomasius, la contraddizione nascente dalla sua presenza nei paesi cristiani: « Puisqu'il est encore des peuples chrétiens, que dis-je! des prêtres chrétiens, des moines chrétiens, qui emploient les tortures pour leur principal argument, il faut commencer par leur dire que les Caligula, les Néron n'osèrent jamais exercer cette fureur sur un seul citoyen romain » (90). Ma il passo più significativo è contenuto nell'àmbito della critica della punizione giuridica dell'adulterio, del quale Voltaire afferma che è « un crime en morale, mais il ne peut être punissable par les lois » (91). Il brano a cui mi riferisco è il seguente: « Si nous osions un moment élever notre faible intelligence jusqu'à la sphère d'une lumière inaccessible, nous dirions que le Dieu des vengeances, qui punissait autrefois quatre générations pour la transgression d'un seul homme, et qui punit aujourd'hui pendant l'éternité, a pourtant pardonné à la femme adultère » (92). Con questo riferimento al famoso episodio evangelico dell'adultera, Voltaire compie un appello cristiano alla carità e al senso di umanità, e nello stesso tempo un chiaro riconoscimento della divinità di Cristo (nel momento in cui identifica Cristo che persona l'adultera con il « Dio delle vendette » dell'Antico Testamento): riconoscimento, questo, che dice di più sul vero sentimento religioso di Voltaire di tutta la sua precedente satira e critica biblica (93).

Concluderei perciò questo punto dichiarandomi d'accordo con il seguente giudizio di Marcello T. Maestro: « We have seen that one of the major forces opposing the evolution toward a more reasonable way of life was constituted by religious groups. Representatives and defenders of the church, having misinterpreted the essential Christian principles, were on the side of intolerance

---

(89) VOLTAIRE, *ibid.*, art. XI, p. 165.
(90) VOLTAIRE, *ibid.*, art. XXIV, p. 179.
(91) VOLTAIRE, *ibid.*, art. XII, p. 167 n.
(92) VOLTAIRE, *ibid.*, art. XII, p. 168.
(93) Per l'episodio dell'adultera v. Giov. VIII, 1-11.

and cruelty. Hence the apparently absurd situation of Voltaire's fight for humanity and indulgence against the church, which should have been the depositary of these very Christian values. By a chance not at all extraordinary in its history, the church opposed, in its fight against the philosophers, the very principles out of which it was born. It is therefore no contradiction to say that Voltaire, in fighting the church, fought for the triumph of the reform of criminal laws and for the triumph of Christian principles within this reform » ([94]).

Infine, non è possibile dimenticare il contributo che a questo tema ha dato — con quello che in parte può essere definito l'ultimo scritto storico contro la tortura — il nipote di Beccaria, il letterato nella cui opera il Croce indicava un interessante legame con Voltaire ([95]); mi riferisco, come è evidente, al cattolico liberale Alessandro Manzoni, al cattolico Manzoni che è sempre rimasto illuminista anche dopo la conversione, e al suo libretto *Storia della colonna infame*. Un libro, questo, che — pur nella meticolosità della narrazione storica, e nella freddezza dei ragionamenti — è in realtà tutta un'appassionata condanna, oltre che dell'operato dei giudici milanesi del 1630, di un intero sistema penale basato sull'atrocità e sull'inumanità, e in particolar modo della tortura. In un passo piuttosto noto del libro, parlando dei tentativi legislativi e dottrinali per mitigare e sottoporre la tortura a precise condizioni, Manzoni afferma trattarsi di « sforzi vani, per conciliar la certezza col dubbio, per evitare il pericolo di tormentare innocenti, e d'estorcere false confessioni, volendo però la tortura come un mezzo appunto di scoprire se uno fosse innocente o reo, e di fargli confessare una data cosa. La conseguenza logica sarebbe stata di dichiarare assurda e ingiusta la tortura; ma a questo ostava l'ossequio cieco all'antichità e al diritto romano. Quel libriccino *Dei delitti e delle pene*, che promosse, non solo l'abolizione della tortura, ma la riforma di tutta la legislazione criminale, cominciò con le parole: ' Alcuni avanzi di leggi d'un antico popolo conquistatore '. E parve, com'era, ardire d'un grand'ingegno: un

---

([94]) Marcello T. MAESTRO, *Voltaire and Beccaria as Reformers of Criminal Law*, New York 1942 (ristampa anastatica 1972), pp. 152-153.

([95]) B. CROCE, *Alessandro Manzoni*, VI ed., Bari 1958, pp. 97-100.

secolo prima sarebbe parsa stravaganza » (96). Successivamente, egli definisce la sentenza dei giudici milanesi « quell'infernale sentenza », e parlando del comportamento coraggioso dei condannati durante l'atroce supplizio, dice che esso « non si saprebbe intendere se non si sapesse che fu rassegnazione: quel dono che, nell'ingiustizia degli uomini, fa vedere la giustizia di Dio, e nelle pene, qualunque siano, la caparra, non solo del perdono, ma del premio » (97).

Non si potrebbe concludere più degnamente, che con queste parole, una rassegna avente per scopo i motivi cristiani che hanno animato quell'umanitarismo penale che è uno dei maggiori meriti dell'illuminismo e del liberalismo giuridico.

5. *Una dottrina penalistica cattolico-liberale: Francesco Carrara.*

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente sull'influsso delle idee e dei principî cristiani sul movimento illuministico e liberale verso l'umanizzazione del sistema penale, mi spingono ora a sottolineare la presenza di una classica dottrina penalistica, che è possibile definire « cattolico-liberale », una dottrina nella quale si trovano armonicamente fusi valori cristiani e liberali: mi riferisco alla concezione di Francesco Carrara. Il pensiero di Carrara si fonda su un giusnaturalismo che è insieme cattolico e illuministico, e che rende possibile l'elaborazione di una dottrina dei delitti e delle pene di natura schettamente individualistica e liberale. Non è in caso, in questa sede, di esaminare la dottrina giuridica di Carrara in tutta la sua portata; intendo soltanto mettere in evidenza il peculiare significato di tale dottrina per il nostro problema.

Nel saggio *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, Carrara afferma che la legge giuridica è precedente alla società civile e connaturata alla razza umana: « Perché se nell'uomo volle il Creatore formare un essere moralmente libero capace di meriti e di demeriti, non potè non sottoporlo a dei doveri, e così a una legge morale. Né potè per conseguenza non concedergli quei diritti che gli erano indispensabili al compimento di tali doveri,

(96) A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, 1842, cap. III, ed. cit., p. 56.
(97) A. MANZONI, *ibid.*, cap. V, pp. 113 e 115.

e così costituire una legge giuridica. La somma della quale si compendia nel riconoscimento della libera facoltà di rimuovere ogni ostacolo che si frapponga all'adempimento di un nostro dovere verso Dio, verso gli altri, verso noi stessi. L'obbligo di adempiere tali doveri e di rispettare tali diritti non incombe all'uomo per un placito di umana autorità, ma per un precetto primitivo della legge dell'ordine; alla quale fu l'uomo sottoposto dal suo Creatore. La società civile, e così l'autorità che lo rappresenta, non è che uno strumento di cotesta legge, la quale è a lei preesistente. Ne regola l'applicazione conformemente allo svolgersi dei bisogni dei popoli; è l'organo destinato nelle predisposizioni dell'ordine umanitario ad attuare la efficace protezione del diritto, mercè i divieti, mercè le prevenzioni, mercè la punizione » [98]. Tuttavia, storicamente il diritto penale umano ha corrisposto assai male al principio della legge giuridica stabilita da Dio: tre principî si sono contrapposti ad esso e hanno informato, in varî periodi storici, il diritto penale positivo: il *principio individuale*, che esprime la « preoccupazione della vendetta privata », il *principio superstizioso*, che esprime la « preoccupazione della vendetta divina » (e ha condotto a pene crudeli e feroci per punire l'offesa a Dio), e il *principio dispotico*, che esprime la « preoccupazione dell'autocrazia sovrana » (e ha ispirato le persecuzioni politiche di parole e pensieri, la pena di morte per un'irriverenza verso il principe, ecc.) [99]. Particolarmente rilevante per il nostro problema è il secondo punto: « Il vizio della intrusione del principio *superstizioso* nel giure penale », afferma Carrara, « consiste nel confondere ciò che per natura propria è distinto: la teologia con la giurisprudenza; l'autorità jeratica con la politica; i doveri dell'uomo verso l'altro uomo, cui la legge sociale deve difendere, e i doveri dell'uomo verso Dio, sui quali essa legge non ha ragione di tutela » [100].

Questi tre principî sono stati combattuti e battuti da quella che Carrara chiama la « scuola razionalista » (ovvero il movimento giusnaturalistico-illuminista), la quale « ogni dettato di legge ri-

---

[98] F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo* (1862), in *Opuscoli di diritto criminale*, II ed., vol. I, Lucca 1870, pp. 157-158.

[99] F. CARRARA, *ibid.*, pp. 160-166.

[100] F. CARRARA, *ibid.*, p. 165.

conducendo al critico esame della umana ragione, non riconosce al diritto altra base legittima tranne l'assoluta giustizia, che come tale si palesi alla coscienza, e si comprovi dai freddi calcoli del raziocinio », e ha portato « a ricondurre gli uomini sotto la legge evangelica della uguaglianza, insegnando la esistenza di un vero e di un giusto antecedente ad ogni placito umano » ([101]). Carrara esprime la propria fiducia nel metodo razionalistico, a esclusione del settore religioso: « fuori della religione, e più poi nelle materie giuridiche, non vi può essere verità altrove che in quella scuola. La ragione umana infatti è la prima legge che Dio rivelò alla creatura: è la face che Esso le diede onde illuminasse la sua coscienza: è la guida primitiva e perpetua largita all'uomo per dirigerne la condotta, e spingerlo nella via del suo morale perfezionamento » ([102]). Carrara indica naturalmente in Beccaria il vessillifero della scuola razionalista nel diritto penale, e afferma (si noti il significativo accostamento) che « all'urto delle sue argomentazioni (ove per lo più riprodusse con vivaci colori le sentenze dei padri della Chiesa) ... l'antica barbarie sentissi ferita e dislogata per ogni sua fibra »; ai tre principî prima indicati questa scuola ha sostituito il principio della « legge giuridica universale segnata dalla mano stessa di Dio, e rivelata all'uomo con l'organo della ragione » ([103]).

La tutela giuridica, che è la formula con cui Carrara esprime la propria concezione della funzione della pena, si fonda sulla legge di natura, « la cui negazione è inconciliabile con la credenza di un Dio, di una provvidenza, di un fine nella creazione » ([104]). Conseguenza necessaria di quest'idea è che « dove non si ha violazione di diritti, non possa la spada della giustizia scagliare i suoi colpi ... Quando una creatura umana non ha attentato al diritto dell'altra, ha ragione di esigere che non si attenti alla sua personalità » ([105]). Carrara conclude questo saggio affermando che, sì, « eternamente punire è il destino immutabile della umanità. Ma nell'avvenire non si punirà più con impeto di capriccioso furore; bensì

([101]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 177.
([102]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 178.
([103]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 179.
([104]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 180.
([105]) F. CARRARA, *ibid.*, pp. 185-186.

con amore fraterno. Non si punirà più con avvilire o annientare la umana personalità, ma col rialzare l'uomo per la via del dolore al sentimento della propria dignità, e richiamarlo all'amore del bene. Non si punirà più per appagare fanatici delirii o esigenze tiranniche, ma per tutelare l'ordine esteriore, che Dio stesso previde ab aeterno, ed impose alla umanità »; per cui è necessario « aspettare e sperare che la giusta moderazione nelle pene stimoli i popoli ogni giorno viepiù all'amore fraterno, alla cittadina concordia, prima e gagliarda base della società cristiana. Aspettare e sperare che i principi con l'abolire la pena di morte, essi i primi ammestrino, mercè l'esempio loro, i cittadini a rispettare la vita umana » ([106]).

Nel più ampio saggio *Dottrina fondamentale della tutela giuridica* Carrara presenta inizialmente i principî filosofici su cui la sua dottrina giuridico-penale si fonda: « La sana filosofia procede sulla separazione di tre serie distinte di esseri: la materia ora inerte, ora dotata di vita secondo la varietà delle sue trasformazioni, l'anima donata all'uomo come suo privilegio speciale: puro spirito; immortale; e fornita di ragione e di libertà: e così responsabile degli atti suoi. Dio essere precedente a tutti gli esseri e creatore di tutti. Essere per natura sua buono, potente e sapiente; ed infinito nella sua bontà, e nella potenza e sapienza sua. Sul cardine di cotesti dommi ... è necessità logica dedurne questo corollario, che il creatore deve avere avuto un fine nella creazione: che questo fine deve essere buono »; e si deve riconoscere « una eterna legge conservatrice del creato », « un ordine che ab aeterno la provvidenza del creatore ha imposto all'universo » ([107]). Carrara osserva poi che l'uomo ha una duplice natura, in quanto « come corpo sensibile soggiace a tutte le leggi del mondo fisico », e in quanto dotato di « un'anima intelligente e libera » ha « la cognizione del bene e del male, ... la ragione per giudicare ed eleggere » ([108]). Egli respinge l'idea dello stato di natura, e afferma che la natura dell'uomo « lo destina alla vita di associazione » ([109]). Uno dei fini per cui la legge

---

([106]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 187.

([107]) F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica* (1861), in *Opuscoli*, cit., vol. II, pp. 223-224.

([108]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 227.

([109]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 228.

di natura ha imposto all'uomo lo stato di società è la *tutela del diritto*: « La natura dell'uomo di essere moralmente libero e responsabile delle proprie determinazioni, lo sottopone a dei *doveri*. Di qui la legge morale che governa l'umanità. Ora non potrebbe concepirsi la subiezione ad una legge morale, non potrebbe riconoscersi nella umanità il vincolo del *dovere*, se non si riconoscessero in lei altresì dei *diritti*: e precisamente tutti quelli che sono necessarij per esercitare siffatti doveri. La legge sarebbe stata assurda e contraddittoria seco medesima se mentre impone all'uomo l'adempimento di certi doveri, non gli avesse accordato il diritto di eseguire quelli atti senza dei quali il dovere non poteva adempirsi »; in tal modo, dichiara Carrara, « i diritti dell'uomo hanno la loro origine e il loro fondamento non nella *forza*, non nella *legge umana*, non nei *bisogni*, non nella *utilità*, ma unicamente nel *dovere* » [110]. Naturalmente la legge giuridica, come la legge morale, essendo l'uomo libero, non è sempre rispettata ma è spesso violata; è necessaria perciò « una forza permanente guardiana della legge giuridica sulla terra ». La tutela del diritto si ottiene « o *direttamente* mercè una *coazione* che obblighi il male inclinato a rispettare la legge giuridica; o *indirettamente* mercè una *sanzione* con cui si minacci un male a chi abbia conculcato i diritti altrui ». A tale scopo è necessaria « una società cui presieda un potere supremo che a tutti sovrasti, e che rappresentando la volontà generale, detti leggi positive sovrastanti ad ogni privata volontà »; in definitiva « il solo fine *assoluto* per cui sia indispensabile lo impero nelle associazioni degli uomini, è la tutela del diritto » [111]. La tutela del diritto deve essere l'unico campo in cui si esercita l'attività del potere governativo, se si vuole garantire la libertà: « Un popolo tanto più sarà libero quanto più il governo restringerà la sua azione alla tutela del diritto lasciando nella libera balia dei cittadini l'adempimento di quanto secondo la legge di natura risponde agli altri due fini della umana associazione, cioè dell'ajuto e della cultura reciproca » [112]. Carrara rifiuta sia la teoria della sovranità dei re sia la teoria della sovranità del popolo (se per

---

[110] F. CARRARA, *ibid.*, pp. 235-237.
[111] F. CARRARA, *ibid.*, pp. 239-246.
[112] F. CARRARA, *ibid.*, p. 249.

sovranità « s'intende la balìa di fare ciò che a sé piace, la facoltà di fare il male impunemente, la potestà in somma di conculcare il diritto »); per Carrara, « il solo sovrano del mondo è Dio, perché avendo per sua essenza la giustizia non può conculcarla. La sola sovranità che si possa riconoscere sopra la terra è la sovranità del diritto » ([113]).

Sulla base di questi principî Carrara elabora la propria teoria della *tutela giuridica*. In primo luogo egli la distingue e contrappone al sistema della *giustizia assoluta*, il quale « pretende per suo fondamento la legge puramente morale che chi fa bene debba incontrar bene, e chi fa male debba incontrar male; e così nella espiazione imposta a chi ha fatto male trova la ragione d'irrogargli la pena ». Tale sistema ha il difetto di arrogare all'autorità sociale una potestà che è propria soltanto di Dio, e di imporre una pena anche per un male che non ha arrecato nessun danno ([114]). Viceversa, per la dottrina della tutela giuridica la « sanzione consistente nel privare di un diritto chi negli altri ha violato il diritto è l'unico contenuto possibile della legge giuridica; ed è congenito alla essenza sua, perché dessa ai diritti che concede ad ogni individuo appone il limite di non violare il diritto negli altri; ed è congenita alla natura stessa del diritto perché questo non sarebbe che una vana parola se non avesse per implicito contenuto la facoltà di difendere se stesso »; in tal modo « il sistema della tutela giuridica spiega come l'autorità sociale eserciti la punizione, non per la idea astratta di render male per male, ma perché in lei si concentri la potestà che ad ogni individuo pertiene di difendere il proprio diritto » ([115]).

In secondo luogo, Carrara contrappone nettamente la sua dottrina al sistema della *difesa sociale indiretta*; questo sistema ha il difetto di attribuire all'autorità sociale « la facoltà di difendere se stessa senza dare ragione del perché sia »: il sistema della tutela giuridica lo combatte « dicendogli che la legge giuridica protegge l'individuo e il diritto dell'individuo e non la società: la quale è e

---

([113]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 250.
([114]) F. CARRARA, *ibid.*, pp. 259-260.
([115]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 261.

deve essere, e conseguentemente deve pure rispettarsi per la unica ragione che le potestà individuali hanno necessità di un concentramento che renda possibile l'esercizio della difesa del diritto individuale ». Il secondo difetto del sistema della difesa sociale indiretta è quello di fare « dell'uomo uno *strumento* nelle mani della società, la quale si serve del corpo di un cittadino per *intimidire* gli altri cittadini martorizzandolo onde persuadere quelli a non offendere le leggi sociali, e di tal guisa il medesimo non può dare altra somma ragione di se stesso tranne la *utilità* che ad onta della corteccia delle parole è poi in fine dei conti il solo suo cardine. Ma se il diritto dell'individuo legittimamente s'immola alla utilità di tutti; se legittimamente si spoglia un individuo dei suoi diritti al fine d'incutere spavento agli altri; non evvi più ragione di subordinare il conseguimento di questa grande utilità generale alla colpevolezza del condannato ... la utilità sociale, il fine della intimidazione, rendono legittima la condanna dell'innocente. Ecco i vizi capitali che il sistema della tutela giuridica rimprovera al sistema della difesa sociale »; il sistema di Carrara sostiene che « i diritti di ogni individuo sono sacri in ogni individuo, e non possono menomarsi tranne in colui che menomandoli in altri si è posto in guerra col divieto della legge giuridica; e così si è soggettato alla sua sanzione » ([116]). Conclude Carrara affermando che « la legittimità della sanzione ha per sua condizione che il diritto siasi violato da colui al quale la medesima si vuole applicare. Ogni irrogazione della medesima caduta sovra chi non violò il diritto è una flagrante violazione della legge giuridica sia che provenga dal legislatore, sia che provenga dal giudice, ed è in ambedue intollerabile quantunque grande possa essere l'utilità che se ne spera » ([117]).

([116]) Ricordo che CARRARA, nel *Programma del Corso di diritto criminale*, IV ed., Lucca 1871, Parte generale, Prolegomeni, p. 24 n., afferma: « La scienza criminale è la ricerca dei limiti interni ed esterni entro i quali soltanto lo Stato può tutelare i diritti umani con lo spogliare di un suo diritto l'uomo che li abbia attaccati ». Tenendo presente questa prospettiva, cioè l'esigenza della difesa dei diritti dell'imputato di fronte allo Stato, fatta valere da Carrara, è possibile rispondere all'obiezione rivoltami da W. Hassemer al convegno di Bielefeld (26 ottobre 1979), per cui il liberalismo penale si preoccupa della difesa dei diritti dell'offensore (Täter) e non solo di quelli dell'offeso.

([117]) F. CARRARA, *Dottrina fondamentale*, cit., pp. 261-265.

Se ora prendiamo in considerazione i fondamenti filosofici della dottrina penale di Carrara, in precedenza esposti, ci rendiamo conto che la fonte ultima di essi è Dio; Dio stesso ha stabilito la legge giuridica eterna, dalla quale derivano i diritti dell'uomo, che le legislazioni umane devono rispettare nel determinare le azioni punibili e il tipo e la misura delle sanzioni. A conclusione del saggio *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, Carrara ribadisce tale concetto: « La scienza criminale è scienza del diritto che è quanto dire di una verità suprema che emana da Dio, e che venne imposta da lui per decreto inalterabile alla umanità » ([118]). La scienza del diritto penale, per Carrara, è una scienza oggettiva, che si fonda in ultima analisi sull'ordine eterno fissato da Dio; l'origine giusnaturalistica del diritto penale è chiaramente delineata da Carrara, per cui la sua scienza criminale è scienza del diritto come deve essere. Non solo: ma si può parlare chiaramente di fondamento religioso del diritto penale. È vero che Dio è la fonte *ultima* della legge giuridica eterna, la quale viene conosciuta dall'uomo per mezzo della sua ragione: come abbiamo visto, Carrara afferma che « la ragione umana ... è la prima legge che Dio rivelò alla creatura » ([119]). Nello stesso tempo egli dichiara l'eccellenza della « scuola razionalistica », cioè del giusnaturalismo illuministico, per il problema penale: in questa prospettiva si pone anche il suo rifiuto del « sistema della giustizia assoluta », che eleva ad azioni giuridicamente punibili le violazioni di principî morali e norme religiose; è questa una chiara conferma della piena adesione di Carrara al principio della secolarizzazione del diritto penale, che sottrae alla legislazione e alla giurisdizione umana un campo nel quale soltanto Dio può valutare e giudicare. Ma Carrara limita esplicitamente la validità dei principî razionalistici ai settori estranei alla religione, come il diritto; lo abbiamo visto affermare che « fuori della religione, e più poi nelle materie giuridiche, non vi può essere verità altrove che in quella scuola [razionalistica] » (v. *supra*). Anche il rispetto e l'ossequio per i principî religiosi cattolici è da Carrara esplicitamente ribadito: poco prima della frase ora citata, Carrara critica gli eccessi della « scuola ra-

([118]) F. CARRARA, *ibid.*, p. 275.
([119]) F. CARRARA, *Varietà*, cit., p. 178.

zionalista », dicendo che « hanno dato arme ai nemici suoi le aberrazioni di alcuni dei suoi seguaci, che o per impulso di passioni, o per illusione di falsa dialettica, la spinsero a conseguenze erronee, esorbitanti e pericolose, quando vollero in materia religiosa contrapporre a quei dommi che ogni cattolico deve avere nel cuore i voli di una sbrigliata immaginazione » ([120]). Ancora abbiamo visto come Carrara abbia cercato di sottolineare la stretta parentela tra le affermazioni della scuola razionalistica e i princìpi del Cristianesimo, come là dove afferma che nelle sue argomentazioni Beccaria « riprodusse con vivaci colori le sentenze dei padri della Chiesa » (v. *supra*); del resto, una severa critica della tortura era già stata compiuta da S. Agostino nel *De Civitate Dei* ([121]), critica che anche von Spee, come abbiamo visto, aveva citato (v. *supra*, n. 4) ([122]).

Per questi motivi mi pare legittimo parlare di un'armonica fusione del giusnaturalismo cattolico e del giusnaturalismo illuministico nel pensiero di Carrara; anche se non è possibile indicare,

---

([120]) F. CARRARA, *ibid.*, pp. 177-178.

([121]) S. AGOSTINO, *De Civitate Dei*, XIX, 6, in MIGNE, *Patrologiae*, T. XLI, Parisiis 1845, coll. 632-633: « Inde saepe coguntur tormentis innocentium testium ad alienam causam pertinentem quaerere veritatem. Quid cum in sua causa quisque torquetur; et cum quaeritur utrum sit nocens, cruciatur, et innocens luit pro incerto scelere certissimas poenas; non quia illud commisisse detegitur, sed quia non commississe nescitur? Ac per hoc ignorantia judicis plerumque est calamitas innocentis. Et quod est intolerabilius, magisque plangendum, rigandumque, si fieri possit, fontibus lacrymarum; cum propterea judex torqueat accusatum, ne occidat nesciens innocentem, fit per ignorantiae miseriam, ut et tortum et innocentem occidat, quem ne innocentem occideret torseat. Si enim secundum istorum sapientiam delegerit ex hac vita fugere, quam diutius illa sustinere tormenta; quod non commisit, commisisse se dicit. Quo damnato et occiso, utrum nocentem an innocentem judex occiderit, adhuc nescit, quem ne innocentem nesciens occideret torsit: ac per hoc innocentem et ut sciret torsit, et dum nesciret occidit ».

([122]) Ricordo che P. J. A. Feuerbach ha dedicato uno scritto alla critica di S. Agostino nei confronti della tortura, affermando fra l'altro: « Ueber tausend Jahre vor ihm [Beccaria] hat ein den Philosophen und Juristen in gleichem Grade unbekannter und uninteressanter Schriftsteller — ein treuer Hirt der heiligen Kirche, ein rechtgläubiger afrikanischer Bischoff, alle Gründe eines Beccaria wider die Tortur *in nuce* aufgestellt, und weit bündiger und sinnreicher darüber gesprochen, als es zum Theil in unserm philosophischen Jahrhundert geschah... », *Der heilige Augustin über die Tortur*, in « Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde », II, 1800, p. 24.

nella sua trattazione, un vero approfondimento filosofico. Direi che di ispirazione cattolica è l'indicazione di un ordine eterno stabilito da Dio quale fonte della legge giuridica; illuministica è l'attribuzione alla ragione del compito di un esame critico di ogni legge positiva; kantiana (e valori cristiani e valori illuministici sono presenti entrambi, lo sappiamo, nel pensiero di Kant) è la derivazione dei diritti dell'uomo dal concetto di dovere (v. *supra*). Esprimendo in modo diverso lo stesso concetto, è possibile ancora dire che Carrara ha reso espliciti i genuini motivi cristiani presenti nel migliore e più autentico giusnaturalismo illuministico, per il quale *Dio* ha posto nella *ragione* umana i principî del diritto naturale, e per il quale non è lecito al legislatore e al giudice arrogarsi un compito che spetta soltanto a Dio.

Inoltre, proprio l'insistenza sulla ragione umana, creata da Dio, mi pare metta in evidenza il significato *cattolico* della religiosità carrariana, se teniamo presente l'esistenza di un filone di razionalismo umanistico in molti aspetti del pensiero cattolico (penso soprattutto alla linea che risale a Erasmo, e più indietro, perché no, a Tommaso d'Aquino), in confronto al fideismo e all'irrazionalismo dominante in molte correnti protestanti (come il calvinismo, il gomarismo ecc.).

Ora, un simile giusnaturalismo cattolico e illuministico proprio della concezione di Carrara pone le fondamenta della costruzione di una dottrina criminalistica perfettamente individualistica e liberale. Individualistica, perché pone quale criterio distintivo dell'azione giuridicamente punibile il fatto di essere la violazione di un diritto soggettivo e individuale; liberale, perché in tal modo viene a escludere dalla punizione giuridica le azioni che non producono un danno ad altri, e allarga così la sfera della libertà umana. È particolarmente significativa, in questo contesto, la polemica di Carrara con il sistema della difesa sociale indiretta, criticata perché sacrifica l'individuo agli interessi della società, giungendo perfino alla possibile legittimazione della punizione dell'innocente ([123]); con questo appassionato e motivato rifiuto della teoria della di-

([123]) Per il più recente dibattito sulla « punizione dell'innocente » v. Mario A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara 1978, pp. 56-65, e i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

fesa sociale Carrara mostra chiaramente di avere a cuore, nell'elaborazione della propria dottrina penale, la tutela della personalità dell'uomo, concepito come dotato di libertà del volere e come avente una sua irriducibile dignità; in questa parte della dottrina carrariana è particolarmente avvertibile l'influsso, l'eco del pensiero di Kant (124).

In conclusione, possiamo dire che Carrara — in quanto sostenitore della teoria della difesa sociale, cioè in quanto difensore dei diritti dell'individuo nei confronti della società, della persona di fronte ai pericoli del collettivismo — è un tipico esponente dell'*umanesimo giuridico*: umanesimo, perché preoccupato sempre della difesa della dignità umana, nell'àmbito del doloroso e pur necessario dovere punitivo; umanesimo, perché cattolico e perché liberale. Il liberalismo cattolico e kantiano di Francesco Carrara è uno dei momenti più alti della riflessione giuridica dell'Ottocento, non solo italiano. In definitiva, ho ritenuto interessante, nell'àmbito di uno studio vòlto ad analizzare gli influssi cristiani sul liberalismo in campo giuridico, mostrare come la dottrina che è la più tipica espressione della Scuola classica del diritto penale — cioè una concezione giuridica liberale per eccellenza — abbia una radice e una impalcatura di ispirazione cristiana e cattolica: Francesco Carrara è uno studioso che ha portato nella filosofia e nella scienza del diritto penale la passione e la razionalità dei cattolici liberali del Risorgimento.

6. *Conclusione.*

Non è agevole trarre delle conclusioni da una ricerca come la presente; d'altra parte, non è nemmeno mia intenzione trarre delle conclusioni precise e tantomeno definitive. Intendo presentare questo studio come un momento di riflessione su un tema che è a mio avviso di notevole interesse: si tratta di un àmbito di studî

---

(124) Un accostamento di Carrara a Kant è compiuto da K. HEINZE, *Strafrechtstheorien und Strafrechtsprincip*, in « Handbuch des Deutschen Strafrechts », herausgegeben von Fr. von Holtzendorff, I Band « Die geschichtlichen und philosophischen Grundlagen des Strafrechts », Berlin 1871, p. 283 n.: « Kant sehr nahe steht Carrara ... ».

del quale mi sono già variamente occupato, ma che ho qui preso in considerazione da un nuovo, particolare angolo visuale. Thomasius, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Kant, sono autori ai quali è andata e continua ad andare la mia attenzione di studioso; questa volta ho cercato di mettere in precisa evidenza le radici cristiane del loro pensiero giuridico, che già, del resto, negli studî precedenti avevo cercato di sottolineare. Ripeto: il presente saggio non intende portare risultati definitivi. Ho cercato di indicare le linee direttive lungo le quali la presenza di un'influenza di principî e valori cristiani nello sviluppo del pensiero giuridico liberale può essere trovata: si tratta di alcune tendenze, di motivi che possono e devono essere suscettibili di sviluppo e di approfondimento.

Certo, è mia convinzione che il pensiero giuridico del liberalismo sia ampiamente pervaso da valori e idee cristiane; e ciò anche perché, alle sue origini, vi è la presenza dell'Umanesimo cristiano. Il senso della mia ricerca, pur nella sua provvisorietà e incompletezza, corrisponde alle mie convinzioni cattolico-liberali. Spero perciò che le pagine che precedono possano portare al superamento di certi *clichés* tramandati e di certi luoghi comuni, proprî di buona parte sia della cultura « cattolica » sia della cultura « laica » (sottolineo le virgolette intorno a questi due aggettivi), vòlti a sottolineare un'estraneità reciproca, o addirittura una netta contrapposizione, fra Cristianesimo e pensiero moderno, e particolarmente pensiero liberale, anche in rapporto al diritto. Le linee di tendenza su cui mi sono soffermato sono diverse, ma tra loro collegate: esse riguardano alcuni punti fondamentali dello sviluppo del liberalismo giuridico e della edificazione dello Stato di diritto. Il punto che vorrei maggiormente sottolineare in conclusione è quello stesso da cui sono partito: mi pare cioè che il motivo basilare da tenere sempre presente, quale momento di confluenza fra principî cristiani e principî liberali, sia l'affermazione kantiana della dignità dell'uomo come fine in sé, di cui ho cercato di mettere in rilievo la portata giuridica. Nel passaggio dall'idea di Stato di diritto, quale migliore cornice di una convivenza civile sulla terra, all'idea del regno dei fini (*Reich der Zwecke*) ([125]), intesa come ideale

([125]) I. KANT, *Grundlegung*, cit., II Abschnitt, pp. 62-63. V. quanto afferma Zivia KLEIN, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*,

verso cui si deve tendere e che contiene in sé il principio del superamento stesso del diritto, si può sintetizzare, a mio avviso, il senso e la linea di sviluppo del liberalismo giuridico, e il senso e la misura dell'eredità cristiana che in esso è presente.

Paris 1968, p. 21: « Le concept d'un règne des fins reflète les deux sources qui ont contribué à la formation du système moral kantien, le rationalisme et le christianisme ». È vero tuttavia che, più avanti, la stessa autrice osserva che il concetto di bene supremo è stato introdotto nel sistema morale kantiano « plutôt pour jeter un pont entre cette morale présumée exclusivement rationaliste et le christianisme, étranger à la vérité à ce système, mais auquel Kant cherchait à tout prix à l'adapter. S'il est permis d'avancer une opinion sur cette question, je dirai même que le christianisme est étranger à l'esprit kantien en général et ce n'était que par force de l'education qu'il entretenait lui-même une illusion contraire « (*ibid.*, p. 29). Salvo poi affermare ancora, successivamente: « Or, le règne des fins dont l'homme peut devenir membre en tant que personne douée d'une volonté autonome, est à la vérité une société éthico-religieuse que Kant a conçu conformément aux croyances chrétiennes par rapport au monde d'au-delà » (p. 45).

KLAUS LÜDERSSEN
Università di Frankfurt a. M.

VERGELTUNG UND SÜHNE VOR DEM FORUM DER CHRISTLICHEN ETHIK - KEIN PLATZ MEHR FÜR ABSOLUTE STRAFZWECKE?

A.

Auch im säkularisierten Zeitalter nimmt die christliche Ethik Einfluß auf Theorie und Praxis der staatlichen Strafzwecke. Das liegt einmal daran, daß die christliche Religion — ebenso wie andere Religionen — den Anspruch, auf Staat und Gesellschaft einzuwirken, nicht aufgegeben hat und in dieser Zielsetzung nach wie vor vielfältige Unterstützung erfährt. Zum anderen treten die Maximen der christliche Ethik — auch sofern ihre metaphysische Grundlage nicht mehr anerkannt wird — (nunmehr gleichwertig) neben andere Systeme sozialer Normen und setzen sich in freier Konkurrenz mehr oder weniger durch. Schließlich hat es die lange Tradition mit sich gebracht, daß christliche Ethik auch dort, wo sie ausdrücklich oder konkludent verbannt zu sein scheint, wirksam ist, nicht zuletzt beispielsweise sogar in Soziallehren marxistischer oder allgemein materialistischer Provenienz. Eine Überprüfung der Aussagen, die sich aus der christlichen Ethik für die Legitimation staatlichen Strafens gewinnen lassen, hat also nicht nur akademische Bedeutung.

In erster Linie sind es die Strafzwecke Vergeltung und Sühne, für die man gern die christliche Ethik bemüht. Die folgenden Betrachtungen bleiben daher auf die Frage beschränkt mit welchem Recht das noch geschieht.

B.

Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Strafgesetzbuch ist die Schuld des Täters Grundlage für die Zumessung der Strafe. Versuche, das Schuldprinzip mit präventiven Überlegungen zu stützen (1) sind auf erhebliche Kritik gestoßen (2). In dem Maße also, wie das Schuldprinzip des geltenden Rechts nach wie vor im Zusammenhang mit Vergeltung und Sühne gesehen werden muß, ist die christliche Tradition dieser Strafzwecke lebendig.

I. *Vergeltung.*

Sie wird in der christlichen Ethik unter Berufung auf das im alten Testament konkretisierte Talionsprinzip gefordert. Diese Argumentation ist aus drei Gründen angreifbar.

1. Das Talionsprinzip ist, wie Wolfgang Preiser nachgewiesen hat (3), nur die Grundlage der sippenrechtlichen Regelungen des altisraelitischen Rechts, nicht hingegen des altisraelitischen öffentlichen 'Bundesstrafrechts' gewesen. Da das moderne Strafrecht sich aus der Ablösung des privaten Strafrechts durch öffentliches Strafrecht entwickelt hat (4), sollten Überlie-

(1) Claus Roxin, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in Artur Kaufmann u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum siebzigsten Geburtstag*, München 1979, S. 279 ff. (mit weiteren Literaturhinweisen).

(2) Nachweise bei Roxin, *a.a.O.*, s. ferner Günter Stratenwerth, Literaturbericht: *Strafrecht - allgemeiner Teil (Schuld)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 91. Band (1979), S. 902 ff. (915).

(3) Wolfgang Preiser, *Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht*, in Paul Bockelmann-Wilhelm Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1961, S. 7 ff. (28 ff., 35 ff.).

(4) Der Vorgang ist allerdings wenig aufgeklärt. Daß die Gemeinschaft nicht nur den Schutz der Rechtsgüter übernimmt, die alle angehen, sondern auch die Verletzung privater Rechtsgüter von Amts wegen ahndet, ist eine Entwicklung, die in den meisten Gesellschaften stattfindet. Auch in Bezug auf die Gründe gibt es Übereinstimmungen. Häufig ist die Entstehung des öffentlichen Strafrechts und der damit verbundenen obrigkeitlichen Organisation eine Reaktion auf die Zunahme und Intensivierung von Kriminalität (interessante Belege dazu bei

ferungen früher privatstrafrechtlicher Regelungen im Legitimationshaushalt eher zurücktreten.

Die Plausibilität dieser Aufforderung darf freilich nicht über die Schwierigkeiten hinwegtäuschen, mit denen man zu kämpfen hat bei der Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger historischer Argumentation. Gibt es überhaupt Kriterien? Auch

---

Gustav RADBRUCH-Heinrich GWINNER, *Geschichte des Verbrechens, Versuch einer historischen Kriminologie*, Stuttgart 1951, S. 21, 22, 27, 28-29, 33, 35; etwas genauer über die sozialen und politischen Hintergründe — allerdings beschränkt auf Deutschland — Joachim GERNHUBER, *Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1935*, Bonn 1952, S. 139 f.). Mit einer gewissen Regelmäßigkeit stößt man auch auf das Phänomen, daß bei wachsender wirtschaftlicher und politischer Macht einzelner sich eine Tendenz bemerkbar macht, zur Erhaltung und Befestigung dieser Zustände zentrale Organisationen zu schaffen, welche die Aufgabe der Disziplinierung störender Elemente übernehmen (am eindrucksvollsten entwickelt ist diese Perspektive von Rolf LIEBERWIRTH, *Die Aufnahme der Folter in das mittelalterlich-deutsche Strafverfahren*, in Rolf LIEBERWIRTH (Hrsg.), *Christian Thomasius, Über die Folter*, Weimar 1960, S. 13 ff. (S. 108 ff.). Ein dritter Typus von Gründen für die Entstehung öffentlichen Strafrechts hat etwas zu tun mit der Etablierung der Vorstellung, es gäbe für Jedermann verbindliche Sätze über Gut und Böse, Recht und Unrecht und feste allgemeine Zurechnungsprinzipien. Für das christliche Mittelalter hat Viktor ACHTER, *Die Geburt der Strafe*, Frankfurt am Main 1950, einen entsprechenden Nachweis zu erbingen versucht (dazu die kritische Rezension von Karl S. BADER, in *Historische Zeitschrift*, Bd. 176, S. 438 ff.).

Nicht immer werden diese Begründungsmodelle scharf genug unterschieden von Begründungen, die lediglich auf Traditionen verweisen, z.B. — wiederum für das mittelalterliche Deutschland — auf das römische Recht (umfassende Darstellung und Kritik bei Eberhard SCHMIDT, *Inquisitionsprozeß und Rezeption, Studien zur Geschichte des Strafverfahrens in Deutschland vom 13. bis 16 Jahrhundert, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber*, 1940, Sonderausgabe in den *Leipziger Rechtswissenschaftlichen Studien*, Heft 124, S. 9 ff.) oder auf Rechtsinstitute, deren Existenz schon für ältere Zeiten nachweisbar sei und auf öffentliches Strafrecht deute, zum Beispiel die Todesstrafe oder die Friedlosigkeit (Belege und Kritik bei Hermann NEHLSEN, *Der Grabfrevel in den germanischen Rechtsaufzeichnungen*, in Herbert JANKUHN, Hermann NEHLSEN, Helmuth ROTH (Hrsg.), *Zum Grabfrevel in vor- und frühgeschichtlicher Zeit*, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, philologische-historische Klasse, 3. Folge Nr. 113, Göttingen 1978, S. 107 ff.). Manchmal wird dabei nicht einmal eine Tradition des öffentlichen Strafrechts behauptet, sondern schlicht darauf verwiesen, daß die öffentliche Strafe aus früheren Erscheinungen hervorgegangen sei, etwa aus der Blutrache (gute Nachweise bei Jakob WEISMANN, *Talion und öffentliche*

historische Ableitungen müssen immerhin vor dem Forum der Logik bestehen. Auf diese Nachprüfung kann man sich beschränken, wenn Einigkeit über die Prämissen besteht und klar ist, welche Rolle sie im Wertungsprozeß spielen sollen. Bei Bezugnahmen auf die Bibel pflegt es so zu sein, daß die Anerkennung dieser Autorität stillschweigend unterstellt wird. So ist es natürlich auch mit der Weisheit, daß im alten Testament das Talionsprinzip verkündet sei, selbst wenn diese Aussage auf die Verknüpfung von Talionsprinzip und Privatstrafrecht limitiert wird. Bleibt die Frage, was logisch daraus folgt. Das klingt eindeutiger als es ist. Denn die Überlegung, es könne doch, was für die Abwicklung von Konflikten unter einzelnen verbindlich sei, auch für die Reaktion des Staates oder der Allgemeinheit auf solche Konflikte gelten, hat vielleicht zunächst ebensoviel für sich wie die These des Textes. Diese These geht davon aus, daß die Strafe, die den Täter im Namen der Allgemeinheit trifft, etwas ganz anderes ist als die Strafe, die ihm vom Verletzten zudiktiert wird, und kann sich auf die von Karl Binding (5) beifällig zitierte Bemerkung des Rechtshistorikers Wilhelm Eduard Wilda berufen: « Nicht das Strafmittel ist es (...), welches das Wesen der öffentlichen Strafe ausmacht, sondern der Gedanke, der bei deren Anwendung die Art ihres Gebrauches bestimmt » (6). Auf der anderen Seite könnte man sagen, daß die Übernahme von Gewalt aus der einen Sphäre in die andere doch ein ganz einfacher und sehr naheliegender

---

Strafe im mosaischen Rechte, Festschrift für Adolf Wach, 1913, S. 3 ff.) oder aus der Hauszucht gegenüber Unfreien (wichtige Belege dafür bei Hermann NEHLSEN *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter,* Band 1, Göttingen-Frankfurt-Zürich 1972).

Die Literatur zu dieser Thematik ist reichhaltig, aber dennoch lückenhaft und oft ohne klare Ausgangsbegriffe. Daher sei hier nur noch auf zwei relativ neue Abhandlungen hingewiesen: Ekkehard KAUFMANN, *Zur Lehre von der Friedlosigkeit im germanischen Recht,* in Gert KLEINHEYER und Paul MIKAT (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedachtnisschrift für Hermann Conrad,* Paderborn München-Wien-Zürich 1979, S. 329 ff.; Gert KLEINHEYER, *Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit,* in Gert KLEINHEYER und Paul MIKAT, *a.a.O.*, S. 367 ff.

(5) *Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht* Leipzig 1908, S. 36.

(6) *Das Strafrecht der Germanen,* Halle 1842, S. 487.

Vorgang sei. Das mag das Argumentationsmuster für die Herleitung der Strafe aus der Blutrache und der Hauszucht sein (7). Ein weiteres Beispiel stammt von Eberhard Schmidt (8), der die Meinung vertritt, die Folter im öffentlichen Inquisitionsprozeß sei aus den Praktiken der Fehdekämpfe übernommen worden. Daß die Strafe mit dem Hinweis auf ihre Herkunft noch nicht ohne weiteres legitimiert ist, liegt auf der Hand (9), Anders liegt es nur, wenn damit auf eine ihrerseits der Diskussion entzogene Autorität rekurriert wird. Für Blutrache und Hauszucht wird das niemand mehr behaupten wollen (10). Die biblische Talion indessen hat vielleicht dieses Ansehen noch, gleichviel in welchem Zusammenhang sie angewandt wird. Trotzdem muß ein öffentliches Strafrecht, wenn es die Autorität, welche das privatstrafrechtlich gemeinte Talionsprinzip genießt, für sich in Anspruch nehmen will, davon überzeugen, daß dieses Talionsprinzip dem öffentlichen Zweck der Strafe dienstbar gemacht werden kann. Das ist, wie man weiß, streitig. Der öffentliche Zweck des Strafrechts kann sich in Vergeltung erschöpfen, er kann aber auch in der Prävention weiterer Straftaten liegen, und dabei kann die Vergeltung eine Funktion haben oder auch nicht. Welcher Richtung man hier folgt, ist durch die Verankerung des Talionsprinzips im durch die Bibel überlieferten Privatstrafrecht auch dann nicht vorbestimmt, wenn man sich dieser Bibelüberlieferung unterwerfen möchte. Wem es für die Legitimation des öffentlichen Strafrechts auf die Bibelüberlieferung ankommt, der muß sich an das halten, was dort über öffentliches Strafrecht steht. Daß das öffentliche Strafrecht auf weite Strecken hin dieselben Konflikte reguliert wie das private Strafrecht (den sippenrechtlichen Regelungen im alten Israel waren « die Folgen, die sich an die Tötung (...), an die Körperverletzung und die (...) Verletzung des Eigentums knüpfen » verbehalten (11), kann daran nichts än-

---

(7) S. oben Anm. 4.
(8) *A.a.O.*, S. 58.
(9) S. schon Anm. 4.
(10) S. insofern schon Anm. 4.
(11) Vgl. PREISER, *a.a.O.*, S. 27.
(12) MATTHÄUS, 5. Kapitel; 39 Vers.

dern; neue Methoden bedürfen — auch wenn sie sich auf denselben Gegenstand beziehen — neuer Legitimationen. Sie können darin bestehen, daß auf alte Legitimationen — mutatis mutandis — zurückgegriffen wird. Zwingend ist das nicht.

2. Das Talionsprinzip ist vom Neuen Testament nicht übernommen worden. Es widerspricht dem Gebot der Feindesliebe. « Ihr habt gehört, daß da gesagt ist: ' Auge um Auge, Zahn um Zahn '. Ich aber sage Euch, daß Ihr nicht widerstreben sollt dem Übel; sondern so Dir jemand einen Streich gibt auf Deinen rechten Backen, dem biete den anderen auch dar » ([12]). Das ist eindeutig.

Die allgemeine Frage, ob zwischen den beiden Testamenten die Kontinuität überwiege oder die Diskontinuität, braucht hier also nicht aufgegriffen zu werden ([13]). Allerdings wird auch im neuen Testament nicht darauf verzichtet, Gott die Vergeltung zu überlassen ([14]). Noch weiter geht der Hinweis in Römer 13, 4, daß die richterliche Gewalt des Staates nach dem gleichen Prinzip zu verfahren habe. Auch wenn man nicht geneigt ist, dieses Kapitel des Römerbriefes als Legitimation für jedwede Staatstätigkeit zu begreifen ([15]), behält die Stelle ihr Gewicht. Gleichviel wie man sich insgesamt zu einem Staat stellt — daß er nach dem alttestamentlichen Begriff von Vergeltung straft, wird auf jeden Fall für legitim gehalten. Die theologische Literatur zögert denn auch — auf das Ganze gesehen —, die Idee der Vergeltung aus dem neuen Testament zu verbannen. Mit einer Dogmatik, die sich darauf beschränken würde « Stellen » zusammenzutragen, käme man in der Tat nicht weit. Das pro und contra nähme kein Ende. Ob sich irgend jemand zutrauen darf, unabhängig von solchen « Stellen » den Geist des Evangeliums zu begreifen, scheint auch zweifelhaft. Erschwert wird die Interpretation im übrigen durch die Vorstellung von der « Einheit des Gottesglaubens im

---

([13]) Vgl. Walter DIETRICH, *Rache - Erwägungen zu einem alttestamentlichen Thema*, in *Evangelische Theologie*, 36. Jahrgang (1976), S. 450 ff. (466).

([14]) Vgl. die zahlreichen Belege bei DIETRICH, *a.a.O.*, S. 466-468.

([15]) Relativierend — wenn auch eigentlich nicht recht überzeugen — Ulrich WILCKENS, *Das neue Testament*, Zürich 1970, Anmerkungen zu Römer 13 Vers 1-7.

AT und NT » ([16]). Es liegt mir fern, mich in diese Problematik einzumischen. Sie scheint mir theologisch uferlos ([17]). Einigkeit dürfte lediglich darüber bestehen, daß bei Jesus eine Tendenz zu bemerken ist, gegen die herrschende Vergeltungslehre ständig anzukämpfen ([18]), und kaum ein Theologe wird wahrscheinlich eine gewisse Aufwärtsentwicklung leugnen wollen. « Der Christ hat keinen Anlaß, gegen das Unrecht unempfindlicher zu sein als der Glaubende des Alten Bundes. Vielleicht aber kann er — post Christum natum, crucifixum et resurrectum — zuversichtlicher und gelassener das Seine dazu tun, daß mehr und mehr Gerechtigkeit den Schrei nach Rache verstummen läßt » ([19]). Mit Rache ist hier keineswegs das Übermaß gemeint, von dem noch in Genesis 4, 23 f die Rede ist: « Einen Mann erschlug ich für meine Wunde, einen Knaben für meine Strieme, denn siebenfach wird kein gerecht, Lammech dagegen siebenundsiebzig mal. « Vielmehr steht Rache — das ergibt sich aus dem Kontext — für das die Rache alten Stils eingrenzende Talionsrecht ([20]). Das heißt, es geht um eine Gerechtigkeit, die noch besser ist als Talion. Weitergehende Auffassungen gibt es natürlich (darüber weiter unten), aber sie sind streitig.

3. Als sich in Europa das öffentliche Strafrecht etablierte, war das Christentum die Religion der Mächtigen. Sie konnten auf das Talionsprinzip um so weniger verzichten, als es gleichzeitig die Funktion der Abschreckung übernahm ([21]), also in den

---

([16]) E. FASCHER, in *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, Band VI, Spalte 1943.

([17]) Vgl. den Überblick bei H. SEEBAß, *Biblische Hermeneutik*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974.

([18]) FASCHER, *a.a.O.*, Spalte 1448

([19]) DIETRICH, *a.a.O.*, S. 472.

([20]) HORST, in *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, Band VI, Spalte 1345.

([21]) Auch für die Abschreckung kann man natürlich Belege in der Bibel finden: « (...) so sollte Ihr ihm tun, wie er gedachte, seinem Bruder zu tun (...) auf daß es die anderen hören, sich fürchten und nicht mehr so böse Stücke vornehmen, zu tun unter Dir » 5. Buch Mose, 19. Kap., Vers 19-20. Jakob WEISMANN (*a.a.O.*) S. 4 knüpft an die Rezeption dieser Stelle im Sinne einer vermittelnden Anschauung (« welche Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht nicht

Dienst jenes relativen Strafzwecks gestellt wurde, der zu allen Zeiten und überall als Garantie der Macht aufgefaßt wird. Die theologische Argumentation paßte sich diesem Bedürfnis an (22).

II. *Sühne.*

1. Sie war das Prinzip des altisraelitischen öffentlichen Bundesstrafrechts (23) und ist auch ein wichtiger topos des Neuen Testaments.

2. Gleichwohl darf der Strafzweck der Sühne nicht aus der christlichen Ethik abgeleitet werden, wenn gezeigt werden kann, daß die für alle menschliche Übertretung geforderte Sühne durch Jesus' « Versöhnungsopfer » schon geleistet ist. Das ist die « christologische » Argumentation von Karl Barth (24).

3. Das Gleiche gilt, wenn man sich auf den Standpunkt stellt daß Jesus (entgegen den Annahmen im 13. Kapitel des Römerbriefes) eher die Neigung hatte, den geltenden staatlichen Normen ihre Existenzberechtigung zu bestreiten, und nur auf dem Gebiete der Individualethik Forderungen erhoben hat (25).

4. Ist man der Meinung, daß die christliche « Liebesordnung » eine durch staatliche Normen zu schaffende Koordination der

---

als sich widersprechend, sondern sich ergänzend betrachtet ») die Vermutung, daß wohl « jede Zeit die Ideen, die sie selbst beherrschen, von deren Richtigkeit sie fest überzeugt ist, in der Bibel wieder » finde. Auch Theologen sind derartige Spekulationen nicht fremd (vergleiche die — individualpsychologisch zugespitzte — Frage von Walter DIETRICH, *a.a.O.*, S. 470: « I s t Gott der Vergeltende — oder wollen nur Rachsüchtige und dabei religiöse Gemüter, daß er es sei? »).

(22) Sehr eindrucksvoll dazu Ludwig von BAR, *Die Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin 1882, S. 214 ff.

(23) PREISER, *a.a.O.*, S. 37 f.

(24) Karl BARTH, *Die kirchliche Dogmatik*, 3. Band, 4. Teil, Zollikon-Zürich 1951, S. 499 ff., dazu Martin HONECKER, *Die Todesstrafe in der Sicht der evangelischen Theologie*, in *Concilium - internationale Zeitschrift für Theologie*, 14. Jahrgang (1978), S. 666 ff. (668); Wilhelm KORFF, *Außenseiter - zur ethischen Beurteilung abweichender Identität*, in *Theologische Quartalsschrift*, 1975, S. 2 ff. (14); Manfred KÖHNLEIN, *Sündenbock hinter Gittern*, in *Evangelische Kommentare*, 1975, S. 227 ff. (229).

(25) Peter NOLL, *Jesus und das Gesetz*, Tübingen 1968, S. 4 ff.

Interessen nicht entbehrlich macht, so ist damit nicht etwa eine automatische Anerkennung jedweder Staatsgewalt verknüpft; vielmehr ist danach zu fragen, ob es mit der « Liebesordnung » vereinbare staatliche Normen und Sanktionen geben kann.

a. Damit ist nicht der Gedanke einer theokratischen Rechtsbegründung gemeint.

b. Vielmehr kann ernsthaft nur gefragt werden, ob christliche Grundsätze im Rahmen rational kalkulierter Staatsfunktionen Maßstäbe setzen können. Für den Strafzweck der Sühne bedeutet das:

aa) Das Versöhnungsopfer wird von den Menschen nur mit Blick auf den Umgang miteinander und mit Gott gefordert. Daß der Staat die « Sühnende Aneignung » seiner Strafe vorschreiben könne, ist ausgeschlossen.

bb) Dieser oktroi widerspräche auch dem, was Sühne nach christlicher Ethik allein sein kann. Nur einverständliches, nicht aufgenötigtes Verhalten kann die « Reinigung » von der Schuld bewirken. Zwar wird gelegentlich vom Recht des Verbrechers auf Strafe gesprochen, von seinem Recht also, « das Versöhnungsopfer zu leisten » ([26]). Das ist jedoch nur zulässig, wenn dem Recht keine Pflicht, die Sühne zu vollziehen, korrespondiert.

cc) Ferner ist eine staatlich verordnete Sühne nicht vereinbar mit der Kontingenz der staatlichen Normen, deren Übertretung gesühnt werden soll. Selbst bei den Normen, die der christlichen Ethik im Ansatz zu folgen scheinen (etwa die Tötungsverbote), bleiben große Schwankungen in der Ausgestaltung und Handhabung.

dd) Außerdem paßt eine staatlich verordnete Sühne nicht zu der auch in der theologischen Ethik ([27]) bereits fixierten — Einsicht, « daß die Gesellschaft nicht einfach und nicht nur eine Subjekt-Rolle im Strafhandeln wider den Delinquenten » spielt, « daß sie vielmehr mitverursachend in seine Schuld verwoben ist ».

([26]) Helmuth THIELECKE, *Theologische Ethik*, Band III, Tübingen 1964, S. 414.

([27]) THIELECKE, *a.a.O.*, S. 416 f.

C.

Die christliche Idee der gesellschaftlichen Mitverantwortung und der Appell an die Menschen, Konflikte auf dem Wege einer nicht nur scheinhaften Verständigung zu lösen, können von einem Staat, der relativen, auf die Prävention künftiger Verbrechen gerichteten Strafzwecken verpflichtet ist, durchaus übernommen werden. Die in der theologischen Ethik ([28]) entfalteten Alternativen zwischen « Dressieren », « Schulen », « Bändigen » und « Liquidieren » einerseits, « Strafen » d.h. Sühne auferlegen andererseits, sind nicht erschöpfend. Vor allem ist nicht einzusehen, daß gerade demjenigen, der nicht über dem Rechtsbrecher, sondern mit ihm « zusammen vor dem ewigen Richter steht », die « Vollmacht zur Strafe » zuteil werden soll ([29]). Was danach vom Christentum für ein Präventionsstrafrecht übrig bleibt, deckt sich freilich mit vielen soziologisch und psychoanalytisch begründeten Auffassungen. Dazu einige Belege:

« Evangelische Sozialethik begreift sich darum nicht mehr als Anwalt der Staatsmacht, sondern als Fürsprecher des Menschen und hebt daher die Mitverantwortung der gesamten Gesellschaft für die Bestraften hervor ([30]). « Die Bemerkungen des Alten und Neuen Testamentes zu Schuld und Strafe lesen sich in der Tat auch wie eine fortgesetzte Strafrechtsreform. Mit ihrer fortschreitenden Geschichte ist die Bibel bemüht, nicht stehenzubleiben und ein Strafprinzip durch das andere abzulösen. Das Gesetz der endlosen Blutrache wurde abgelöst durch die Einmaligkeit der Vergeltung nach dem Ausgleichsprinzip Aug' um Auge, Zahn um Zahn. Dieses Vergeltungsprinzip wurde aufgehoben durch die Sühne über einen Sündenbock. Das Sühneprinzip seinerseits hat sich erübrigt durch den Opfertod Christi. Jetzt gilt nur noch die Versöhnungsbereitschaft. Es ist in jedem Straffall zu fragen, wie sich die gemeinschaftsfeindliche Introversion eines Menschen

---

([28]) THIELECKE, *a.a.O.*, S. 418.
([29]) THIELECKE, *a.a.O.*, S. 418.
([30]) HONECKER, *a.a.O.*, S. 668.

durch eine fürsorgliche Behandlung aufbrechen läßt » (31). « Fürsorge darf hier dann freilich nicht, wie H. Gollwitzer in diesem Zusammenhang mit Recht deutlich macht, auf das Schema einer bloßen ' Anpassungsresozialisation ' hin interpretiert werden. Denn in der Tat würde ein so mißverstandenes Fürsorgedenken das Individuum zu einem reinen Funktionsobjekt der Gesellschaft degradieren und ihm damit den Weg zur eigenen Selbstfindung und Selbstverantwortlichkeit als Voraussetzung aller wirklichen Resozialisierung versperren: Aus dem Ordnungsstörer würde die Ordnungsmarionette » (32).

Bei dieser Sachlage muß man sich fragen, in welchem Maße christliche Dialogprinzipien in die moderne kriminalpolitische Argumentation eingegangen sind. Gegebenfalls besteht Veranlassung, diese Prinzipien zu präzisieren und von verfälschten christlichen Überlieferungen abzugrenzen.

---

(31) KÖHNLEIN, *a.a.O.*, S. 229.
(32) KORFF, *a.a.O.*, S. 15.

MARIO ROMANO
Università Cattolica di Milano

SECOLARIZZAZIONE, DIRITTO PENALE MODERNO E SISTEMA DEI REATI

1. Delimitazione del tema e introduzione. — 2. Gli aspetti essenziali della secolarizzazione ai fini dell'indagine (e determinazioni stipulatorie del concetto): A) l'*ordinamento politico* del mondo che concepiamo come « moderno » è secolarizzato. — 3. B) il *diritto* che concepiamo come « moderno » è secolarizzato. — 4. Il processo di secolarizzazione della politica e del diritto: cenni sul contributo fondamentale del pensiero cristiano e sull'atteggiamento delle Chiese, cattolica e protestanti. — 5. Le indiscutibili conquiste del *diritto penale secolarizzato*. — 6. Il processo di secolarizzazione e l'evoluzione dei sistemi categoriali delle fattispecie criminose nelle principali codificazioni di lingua italiana e tedesca dalla seconda metà del XVIII secolo in poi: A) *la tutela della « fede cristiana »*. — 7. B) *i delitti in materia di religione*. — 8. C) *i delitti contro la morale sessuale*. — 9. I risultati dell'*excursus* storico e l'ipotesi di fondo sull'influsso del processo di secolarizzazione sul sistema dei reati. — 10. La legittimazione della pena nell'ordinamento secolarizzato e l'impegno per una *verifica scientifica* dell'uso della sanzione criminale. — 11. I probabili sviluppi del processo di secolarizzazione nel sistema dei reati: A) *la valorizzazione del sociale* e le condizioni della sua accettabilità. — 12. B) *il potenziamento dell'autonomia del singolo* e i pericoli della crescita incontrollata della libertà individuale; la difesa ad oltranza dell'uomo, della sua dignità, della *vita umana* anzitutto, come sintesi razionale della visuale cristiana e delle opzioni laico-secolari di una comunità politica realmente consapevole delle sue responsabilità.

I.

1. Anzitutto, mi si consenta di precisare. Questa indagine si concentra esclusivamente sull'influsso che il processo di secolarizzazione, con le relative modificazioni del clima storico e spirituale che lo accompagnano, ha esercitato — o potrebbe esercitare in futuro — sulle legislazioni penali, intese qui nel loro aspetto di *sistemi categoriali delle fattispecie di reato*, cioè dei comporta-

menti meritevoli di pena e/o lesivi di beni giuridici bisognosi di tutela penale.

Si tratta pertanto di una parte soltanto di un tema di carattere generale, ancora molto più vasto, concernente i rapporti fra cristianesimo e diritto *penale* moderno (1). Se ci si proponesse sul punto un minimo di completezza, e se anche qui si volesse poi avanzare qualche ipotesi per l'avvenire, occorrerebbe in via prioritaria esplorare in che misura e con quali modalità il patrimonio di fede della religione cristiana, i dati della rivelazione e la tradizione, la riflessione teologica, la Chiesa-istituzione con la sua dimensione storico-organizzativa e con l'evoluzione delle sue strutture burocratiche hanno contribuito alla formazione e al consolidamento — o viceversa hanno ostacolato e ritardato la nascita — del diritto penale *nei suoi istituti generali*, quale oggi lo conosciamo negli ordinamenti civili come risultante di un processo culturale che ha segnato solo negli ultimi due secoli le tappe più significative.

Anche se non me ne occuperò espressamente, rimangono comunque sullo sfondo, quasi ovvie e implicite pur nella loro estrema complessità storiografica, alcune connessioni concettuali di grande interesse e utilità anche per lo sviluppo di questa analisi. Mi limito qui a qualche accenno.

Ad un livello molto generale di storia del pensiero giuridico, si consideri la serie di sequenze più o meno antagonistiche che si snodano dagli innesti di giusnaturalismo cristiano sulle teorie precristiane delle leggi di natura alle teorizzazioni antivolontaristiche del giusrazionalismo soggettivistico « avanzato » del seicento; dal giusnaturalismo illuministico alla rivolta antigiusnatu-

---

(1) Non vi sono trattazioni organiche dedicate interamente all'argomento. Notizie relative al processo di « cristianizzazione » del diritto penale si possono rinvenire ad esempio nella *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, diretta da G. Le Bras, Paris, in particolare nelle opere di J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire romain (IV-V siècles)*, Paris, 1958, p. 253 ss., 271 ss.; G. LE BRAS - Ch. LEFEBVRE - J. RAMBAUD, *L'age classique. 1140-1378. Sources et théorie du droit*, Paris, 1965, p. 435 ss. Sulla derivazione cristiana di alcuni concetti e istituti degli ordinamenti penali moderni, con riferimento a quello tedesco ma estensibile anche al nostro, cfr. S. OTT, *Christliche Aspekte unserer Rechtsordnung*, Berlin und Neuwied am Rhein, 1968, p. 134 ss., 157 ss. e autori ivi citati.

ralistica romantico-storicistica e al frutto comune delle codificazioni con la conseguente « confluenza » giuspositivistica; dalle degenerazioni del positivismo giuridico al vasto rifiorire del diritto naturale nuovamente di forte impronta cristiana nel secondo dopoguerra (2).

Sul terreno penale, mi limito a ricordare l'importanza che la concezione dell'uomo nella religione cristiana e l'autonomia della sua volontà hanno rivestito per l'affermazione della colpevolezza quale presupposto o criterio materiale di imputazione; oppure si pensi al significato che in questo contesto hanno avuto da un lato il principio della personalità della responsabilità penale e la graduale estromissione della responsabilità collettiva, o del gruppo o in genere per il fatto altrui, dall'altro la vigorosa ripresa delle antiche dottrine orientali della retribuzione, filtrate attraverso la tradizione ebraica nelle fonti vetero-testamentarie (3).

Quando il « problema penale » si affaccia alla ribalta europea in termini definibili come scientifici, all'incirca attorno alla prima metà del XVIII secolo, nessuna delle ideologie informatrici delle istanze di riforma del diritto penale può dirsi estranea a un diretto riferimento al cristianesimo: da un lato il proporzionalismo fra illeciti e sanzioni indotto dall'idea retributiva e l'umanizzazione in genere delle pene, degli apparati e delle tecniche di repressione si presentano *in funzione positiva* come traduzioni laico-immanentistiche dei principi cristiani della giustizia e dell'amore per il prossimo; dall'altro, *in funzione negativa*, il diritto penale tende ormai a prospettarsi come utilitaristicamente rivolto soltanto al raggiungimento di scopi terreni e pertanto a rendersi autonomo, ad emanciparsi, ad affrancarsi dagli schemi e dai contenuti della teologia morale (4).

---

(2) Su tali sequenze, H. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in *Festschrift für H. Niedermayer*, Göttingen, 1953, p. 279 ss., 289; e soprattutto *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, p. 71 ss., 246 ss., 277 ss., 333 ss.

(3) E scolpite soprattutto nella legge del taglione: *Esodo*, 21, 23-25; *Levitico*, 24, 17-21; *Deuteronomio*, 19, 21. Per la prospettiva storico-giuridica della retribuzione nell'antico giudaismo, è essenziale il contributo di W. PREISER, *Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht*, in *Festschrift für E. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 8 ss., 12 ss., 28.

(4) Per un breve accenno a tali ideologie, G. TARELLO, *Il « problema penale »*

Il diritto penale comincia dunque a quell'epoca a respirare un'atmosfera di secolarizzazione. Il dibattito sulla questione penale assume decisivi accenti di novità quando i grandi temi di sempre del diritto criminale — il significato, gli scopi e la funzione della pena — vengono ripresi dalla tradizione giusnaturalistica e sviluppati nel contesto dei problemi e della realtà almeno in potenza già secolarizzata e « mondana » del potere politico organizzato e delle sue forme. La difesa della società e del *bonum commune*, il « miglioramento » del reo o la sua neutralizzazione, insomma le concezioni in parte antiretributive della prevenzione generale e speciale; le teorizzazioni del diritto di resistenza nei confronti del sovrano; la ricerca delle limitazioni del diritto di punire, la rivalorizzazione e le prime elaborazioni mature dei diritti fondamentali dell'uomo, tutto ciò si evolve e si realizza nel corso di un *iter* storico nel quale, attraverso l'affermazione del primato della legge e del vincolo del giudice ad essa, si può cogliere il passaggio dalla filosofia alla scienza del diritto penale. Non solo: è proprio tutto ciò a comportare da una parte una nuova consapevolezza del sovrano, del principe o comunque del detentore del potere, in rapporto alle possibilità che gli apre il diritto penale come strumento irrinunciabile della sua politica, dall'altra a condurre a quel legalismo statalista che rappresenta uno dei cardini dello Stato liberale moderno, nel processo di formazione del quale, nel bene e nel male, tanta parte hanno avuto il cristianesimo e le Chiese cristiane, cattolica e protestanti (5).

2. « La secolarizzazione è una categoria genealogica che getta luce sul passato e permette di scoprire le origini della situazione attuale. Si potrebbe sostenere che essa non serve ad altro che a

---

nel secolo XVIII, in *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale. Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, V, Bologna, 1975, p. 15 ss.

(5) Alcune precise indicazioni sui prodromi della secolarizzazione del pensiero penalistico moderno, sul « momento » della nascita della scienza del diritto penale e sul rilievo che vi ha assunto il legalismo garantistico cui si allude nel testo si rinvengono negli scritti di M. A. CATTANEO, *Karl Ferdinand Hommel, il « Beccaria tedesco »*, in *Idee e atteggiamenti*, cit., in nota 4, p. 263 ss., 270, 279 ss. e *Presentazione di* P. J. A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972, p. IX.

comprendere ' come realmente siano andate le cose ' ». Credo che Hermann LÜBBE (6) abbia ragione. Qui mi sembra opportuno aggiungere, tuttavia, da un lato che la secolarizzazione è anche il *risultato* di « come sono andate le cose », dall'altro che certamente la genealogia ... continua e che quindi la categoria stessa può anche indicare una relazione col *futuro* e porsi così, nel contempo, come una delle ' chiavi ' di interrogazione del nostro avvenire, se almeno intendessimo chiederci — ma credo che nei limiti del possibile tutti noi lo vogliamo — « come realmente *andranno* le cose ».

Sul punto ritornerò in seguito. Per ora — per quanto riguarda la frase appena riportata — vorrei sottolineare che in un contesto specifico come il nostro non è pensabile di indugiare sul processo di secolarizzazione *in generale*. Dubito anche, del resto, che ciò possa davvero essere utile ai nostri fini, tanto più se si considera che tale processo, a rigore, non esprime affatto soltanto — come di solito si afferma, anche se comprensibilmente nel quadro di analisi che, in modo esplicito o implicito, riguardano la storia delle idee dell'occidente — il nesso storico fra *cristianesimo e cultura*, ma, ancora molto più ampiamente, i rapporti fra le religioni in genere e le organizzazioni della vita sociale dei popoli, come dire fra *le diverse religioni e le diverse civiltà* (7). Indispensabile mi pare invece fissare alcuni aspetti essenziali della secolarizzazione che qui interessa — che sono da intendersi anche quali determinazioni o delimitazioni stipulatorie, come tali inevitabilmente parziali e arbitrarie, del suo significato — capaci di orientare in modo fruttuoso su una migliore comprensione e su un più coerente sviluppo del tema della secolarizzazione e della sua problematica in relazione al sistema dei reati del diritto penale moderno.

A) Il mondo che noi concepiamo oggi come « moderno » è un *mondo secolarizzato*. Se con un'evidente semplificazione — che è poi una deliberata presa di distanza dalla realtà storica « geopo-

---

(6) *La secolarizzazione. Storia e analisi di un concetto* (trad. di P. Pioppi), Bologna, p. 75.

(7) Sui rapporti, ad esempio, fra un'altra grande religione e gli ordinamenti politico-costituzionali di alcuni Stati contemporanei, si veda E. I. J. ROSENTHAL, *Islam in the Modern National State*, Cambridge, 1965, p. 41 ss., 84 ss.

litica » contemporanea — proviamo a riassumere almeno alcuni dei tratti fondamentali, tipici e « costitutivi » del mondo in cui viviamo, seguendo in più punti la rapida ma efficace sintesi tracciata di recente da un politologo molto attento (8), *dobbiamo registrare fra l'altro che*:

— l'eguaglianza giuridica diviene l'elemento-base dell'ordinamento politico-sociale; gli uomini si emancipano da rapporti di dominio corporativo o inerente al ceto; « tutti soggiacciono a un unico potere politico — quello statuale — e al suo potere di decisione »;

— per la vita individuale e sociale diventa decisivo un processo produttivo di economia industriale caratterizzato dalla divisione del lavoro orientato sul mercato e sulla produttività piuttosto che sull'autarchia e sull'autosufficienza; molto importante è qui la circostanza che « al posto di quelle giuridiche inerenti al ceto subentrano come principio di articolazione della società delle differenze sociali correlate al possesso (e classiste) e con esse dei processi di formazione di potere e di gruppi economici »;

— l'intero processo politico e sociale è sottoposto ad una continua tendenza a una razionalità, a un più elevato grado di organizzazione e di scientificizzazione; questa razionalità, questa ragione, intesa nel senso illuministico e del diritto di ragione, sulla base di idee-scopo che la guidano e che essa stessa si pone, « sottopone ogni settore alla sua propria pretesa di validità e di ordine »: « ciò che essa non è in grado di legittimare, viene confinato nell'ambito del privato e dell'interiorità personale ».

Ma soprattutto — e soprattutto per ciò che qui interessa, ma non sembra casuale che nella ricostruzione in questione il punto è indicato al primo posto — dobbiamo prendere atto che:

— *l'ordinamento politico del mondo « moderno » è « mondano »*. La sua « mondanità » concerne sia la forma sia la finalità dell'ordinamento: « la comunità politica » — afferma Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE con molta incisività — « non si presenta (più)

---

(8) E. - W. BÖCKENFÖRDE, *Zum Verhältnis von Kirche und Moderner Welt. Aufriss eines Problems*, in *Studien zum Beginn der modernen Welt*, a cura di R. Koselleck, Stuttgart, 1977, p. 154 ss., al quale si rinvia anche, in particolare, per le proposizioni testuali riportate in questo paragrafo.

come un mondo unitario politico-religioso, in cui la religione o una determinata religione rappresenta il fondamento vincolante e il fermento dell'ordine politico (...); « la generalità dello Stato non si determina più ricavandola dalla religione (cristiana), bensì da scopi concepiti come razionale-mondani (...); « la religione è relegata nel campo dell'attività individuale e sociale, da dove certo, a seconda della forma organizzativa statuale (...), può parzialmente e puntualmente influenzare il processo di formazione della volontà politica all'interno dello Stato », ma, per dirla con Karl MARX, la religione « non è più lo spirito dello *Stato* (...) è divenuta lo spirito della *società civile* (...); non è più l'essenza della *comunità* (...); in quanto essenza della comunità, è stata esiliata dalla comunità » [9].

3. *B*) Anche il diritto che noi concepiamo oggi come « moderno » è un *diritto secolarizzato.*

Se l'assetto politico-sociale del mondo moderno è integralmente « mondano », « dell'aldiqua », immanente, anche il suo diritto è integralmente « mondano », « dell'aldiqua », immanente. Se l'ordinamento politico-istituzionale persegue scopi razionale-terreni, anche l'ordinamento giuridico — sul quale il primo si regge e nel quale, nella forma, consiste — e il diritto che lo compone e che ne promana perseguono scopi razionale-terreni.

Dal punto di vista statuale-costituzionale, dunque, non si pone ovviamente più il problema del fondamento teologico del diritto. Non che le ricerche teologiche, si intende, e le comprensioni che esse suggeriscono — come ad esempio quella secondo cui la razionalizzazione, l'universalizzazione e la secolarizzazione dell'*ethos* della società del mondo non consentirebbero una « speciale legittimazione cristiana della teoria e della prassi dei diritti dell'uomo » [10]; o come anche quella per la quale i diritti dell'uomo si fonderebbero non già sulla sua essenza, ma sul diritto

---

[9] *Sulla questione ebraica*, in K. MARX - F. ENGELS, *Opere*, III, a cura di N. Merker, Roma, 1976, p. 168 (*Zur Judenfrage*, I, in K. MARX, *Die Frühschriften*, a cura di S. Landshut, Stuttgart, 1953, p. 183, cit. da E. - W. BÖCKENFÖRDE, come nota 8, p. 155).

[10] M. HONECKER, *Recht oder ethische Forderung. Aporien in der Menschenrechtsdiskussion*, in *Evangelische Kommentare*, 1975, -8, p. 739.

di Dio sull'uomo-sua immagine (11) — restino pensiero inerte o inutili speculazioni teoriche. Tutt'altro: esse penetrano nel contesto culturale, lo arricchiscono, si uniscono ad altre e differenti visuali, proposte, opzioni del mondo, oppure vi si contrappongono; potrebbero anche dimostrarsi un giorno determinanti per radicali mutamenti di posizioni dell'ordinamento politico-giuridico su problemi vitali della società e dell'uomo. Ma ciò che conta è che l'ordinamento statuale considererà queste come *comuni* espressioni di opinioni esattamente al pari di altre di contenuto assai diverso, perché *la legittimazione dell'ordine politico-sociale e delle forme giuridiche della sua strutturazione* — in termini unitari, la legittimazione della convivenza civile — *si determina unicamente alla stregua di criteri non trascendenti.*

4. Oggi ciò appare in genere del tutto normale. Ma questa realtà contemporanea, come spesso avviene, è il risultato di un processo plurisecolare. La traduzione storica del principio evangelico della distinzione dello « spirituale » dal « temporale » ha il suo primo « coagulo » storico-puntuale nella lotta per le investiture: allora — almeno a stare a una nota di ricostruzione — si sarebbe infranta realmente per la prima volta la monoliticità dell'*orbis christianus*, nel senso quanto meno che la supremazia del papato, che ne risultò, implicava un obiettivo riconoscimento della « mondanità » della politica; in seguito, la divisione fra le fedi e le guerre di religione condussero ad una progressiva affermazione del potere temporale del sovrano, come dell'unica istanza neutrale in grado di assicurare la quiete e la sicurezza delle popolazioni (12).

---

(11) J. MOLTMANN, *Welches Recht hat das Ebenbild Gottes?, Erklärung des Reformierten Weltbundes zu den Menschenrechten*, in *Evangelische Kommentare*, 1976, 9, p. 280-281. Sul problema dei rapporti fra teologia e diritti dell'uomo, importante si presenta la recente sintesi di W. HUBER e H. E. TÖDT, *Menschenrechte. Perspektiven einer menschlichen Welt*², Stuttgart-Berlin, 1978. Una rapidissima ma utile panoramica dei modelli di legittimazione teologica dei diritti fondamentali in campo evangelico e cattolico è tracciata ora da A. AUER, *Die Bedeutung der christlichen Botschaft für das Verständnis und die Durchsetzung der Grundwerte*, in *Werte-Rechte-Normen*, a cura di A. Paus, Graz-Wien-Köln, 1979, p. 30 ss.; più diffusamente, sullo stato della vastissima problematica, si veda, inoltre, *La Chiesa e i diritti dell'uomo*, a cura di N. Greinacher e A. Müller, in *Concilium*, 1979, n. 4.

(12) A. MIRGELER, *Rückblick auf das abendländische Christentum*, Mainz,

A questa « mondanizzazione » della politica hanno certamente contribuito nei secoli, in misura che si direbbe fondamentale, elementi assolutamente evidenti della rivelazione e della cultura cristiana: il principio di individualità e il senso della dignità dell'« umano » che proviene da Dio; il dinamismo dell'uomo attivamente e ottimisticamente proiettato nel mondo — un mondo già nell'antico testamento, o secondo una certa interpretazione della creazione, desacralizzato, denuminosizzato, oggetto rispetto all'uomo e che l'uomo deve assoggettare a se stesso in conformità alla prescrizione divina; l'elaborazione del diritto di natura come istanza etico-normativa dell'agire sociale e politico; il diritto naturale della tarda scolastica, precursore della secolarizzazione in quanto anticipatore del diritto di ragione dell'illuminismo, oggettivizzato e svincolato da fondamenti metafisici ([13]).

Ma se nulla si è verificato senza il pensiero cristiano, va anche ricordato che alla mondanizzazione — almeno ai tratti essenziali della mondanizzazione di cui stiamo parlando — non ha certo sempre concorso l'apporto positivo delle Chiese; al contrario, esse l'hanno talvolta aspramente ostacolata.

Per l'*ordinamento politico*, è sufficiente pensare ai tentativi delle Chiese, cattolica o riformate, seppure in diversa misura, di continuare a salvaguardare nel tempo una unione istituzionale fra il mondo politico e quello religioso ([14]); e per la Chiesa cattolica, soprattutto, all'atteggiamento — pur comprensibile nelle concrete contingenze storiche, sentendosi essa minacciata nella sua stessa sopravvivenza terreno-istituzionale — nei confronti del liberalismo. Forse perché persisteva negli orientamenti prevalenti della gerarchia l'immagine di un modello ideale di società e quindi di struttura politica dominato da un'unità organica di fede e di morale, la Chiesa non assecondò, anzi contrastò energicamente le

---

1961, p. 109 ss.; sul punto, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien*, Stuttgart, 1967, p. 76 ss., 82 ss., ora anche in *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1976, p. 43 ss., 49 ss.

([13]) Anche questi spunti — su ciascuno dei quali la letteratura si presenta ovviamente sterminata — sono così sintetizzati da E.-W. BÖCKENFÖRDE, come nota 8, p. 161 ss.

([14]) Ancora E.-W. BÖCKENFÖRDE, come nota 8, p. 168 ss.

tendenze dei cattolici-liberali diffuse dopo il 1830 in molti paesi europei. Propose invece se stessa come « società organica onnicomprensiva, tale cioè da assorbire in sé gran parte della sfera civile e politica », tendendo « a configurarsi, in termini istituzionali, come società monolitica e interamente compaginata intorno al papato, e, in termini ideologici, come depositaria di un sistema dottrinale capace di offrire risposte a tutti i singoli problemi del mondo e della società moderna » (15).

Sotto l'aspetto che interessa più propriamente *il diritto*, basta accennare in generale al rifiuto — fin molto avanti nel tempo, ufficialmente sino al Concilio Vaticano II (16) — del principio giuridico della libertà religiosa e del riconoscimento solenne della sua presenza accanto agli altri diritti fondamentali dell'uomo, nonché — e ciò riguarda da vicino anche il diritto penale — alla non lusinghiera storia della tolleranza religiosa da parte cattolica e protestante (17).

Impregiudicata dunque una valutazione di quelle tesi teologiche che vedono nella secolarizzazione lo sviluppo naturale e la « conseguenza necessaria e legittima della fede cristiana » (18) — tesi molto importanti ma non decisive per una « riappropriazione » cristiana della laicità dello Stato (19) — sembra indubbio che l'or-

---

(15) Così F. TRANIELLO, *Clericalismo e laicismo nella storia moderna*, in *Laicità. Problemi e prospettive*, Milano, 1977, p. 132.

(16) Cioè alla Dichiarazione sulla libertà religiosa *Dignitatis humanae* del 7 dicembre 1965. Una istruttiva storia dei lavori del concilio preparatori del documento, con riferimento anche alle posizioni e atteggiamenti dei diversi episcopati, si legge in J. RATZINGER, *Problemi e risultati del concilio Vaticano* II, Brescia, p. 101 ss., 105-107.

(17) Fondamentale sull'argomento J. LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, s.l., 1955, p. 201 ss., 298 ss. (ma *passim*); si vedano inoltre H. KEMAN, *Nascita della tolleranza* (trad. di G. Bernardi), Milano, 1967 e la recente raccolta di scritti *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*, a cura di H. Lutz, Darmstadt, 1977.

(18) F. GOGARTEN, *Verhängnis und Hoffnung der Neuzeit. Die Säkularisierung als theologisches Problem*, München und Hamburg, 1966, p. 143.

(19) Sul fondamento degli insegnamenti conciliari, sottolinea la « nuova » dimensione della laicità del cristiano, la delicatezza della traduzione di essa nella vita politica e la necessità di tendere comunque a disattivare le sempre presenti tentazioni dell'integralismo e del laicismo, G. LAZZATI, *Prolusione* a *Laicità. Problemi e prospettive*, cit. in nota 15, p. 26 ss., 31 ss.

dinamento politico-istituzionale e il diritto, così come noi oggi li comprendiamo nelle loro strutture formali e nelle loro funzioni, si sono nel tempo secolarizzati nonostante le Chiese e a volte contro di esse.

Da questo punto di vista, del resto, la storia del diritto penale ci offre un osservatorio parziale ma prezioso. Agli albori del « nuovo » diritto penale, quando il credo religioso, la fede e la salvezza delle anime cominciano a cedere il passo alle esigenze pratiche e tutte terrene della politica del sovrano e del funzionamento dell'amministrazione del suo territorio, l'opposizione delle organizzazioni cristiane non si fa attendere e la controffensiva è tenace: si contesta al sovrano il diritto di prevedere sanzioni per fatti che non costituiscono peccato, si elaborano casistiche privando della natura di peccato quelle condotte che offendono soltanto interessi del sovrano, si cerca insomma di delegittimare il diritto penale statuale nei confronti del diritto penale canonico ([20]).

II.

5. *Un « diritto penale secolarizzato » si presenta ai giorni nostri molto bene* ([21]). L'espressione è fortemente accreditata, gode di molto prestigio. Ed è naturale che sia così: il prestigio è meritato. L'abbandono della concezione teocratica del diritto penale e la sostituzione nel fondamento della pena dell'autorità divina con la ragione umana politica hanno segnato l'avvio di una maggiore attenzione nei confronti dell'attività punitiva dello Stato. All'interno degli ordinamenti giuridici moderni, il diritto penale, senza tema di smentite, vi ha occupato il primo posto nella direzione dello sviluppo di un sistema il più completo possibile di ga-

([20]) G. TARELLO, come nota 4, p. 17-18.

([21]) Se ne veda ad esempio l'accentuazione positiva nei pur brevi accenni di C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, in *Juristische Schulung*, 1966, p. 381; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 124 ss., 126; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 482. Lo stesso « tenore » valutativo emerge inoltre con chiarezza nell'ampia analisi di F. STELLA, *Laicità dello stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive*, cit. in nota 15, p. 305, 306 ss.

ranzie per il cittadino. Punire è diventata una cosa più seria. L'operazione è circondata da molte cautele, di natura materiale e processuale. Il diritto penale moderno, il diritto penale dello *stato di diritto* moderno è caratterizzato dal più elevato grado di formalizzazione dell'elaborazione dei conflitti e nella specificazione delle tecniche di protezione dei beni. Il sistema penale è una delle tante istanze del controllo sociale ma, fra tutte, è quella che informa con più cura sul modo in cui avvengono le qualificazioni dei comportamenti illeciti e in cui si reagisce al loro verificarsi [22]. È caratterizzato dalla presenza di un considerevole numero di principi — la legalità, la colpevolezza, l'umanitarietà: e ancora, la proporzionalità, « *in dubio pro libertate* », ecc. — di cui talvolta si occupano direttamente le carte costituzionali. Contro i pericoli del diritto penale della prevenzione generale, dello scopo, si sono erette barriere costituzionali di grande importanza [23].

Certo, tutto ciò non deve essere sopravvalutato. L'affermazione di questi principi richiede una loro accurata traduzione nella pratica quotidiana. Questa traduzione, invece, non è affatto completa: penso ad esempio al contrasto fra la raffinatezza dogmatica del principio di determinatezza e la tendenza legislativa sempre più diffusa alle clausole generali oltre i limiti del compromesso necessario [24]; oppure al distacco fra le sollecitazioni sofisticate di un reale accertamento della colpevolezza e le abbreviazioni semplificatorie di certa giurisprudenza spiccia; o, ancora, alla distanza fra teoria e prassi nella commisurazione della pena [25]. E mi chiedo: sono le conseguenze inevitabili di un *diritto concreto*

---

[22] Sulla formalizzazione dei conflitti, con riferimento generale a N. LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, in *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, a cura di R. Lautmann, W. Maihofer, H. Schelsky, Bielefeld, 1970, p. 175 ss., 192, soprattutto W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, p. 191, 194 ss.

[23] Sul punto specifico, ora, W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO e F. STELLA, Bologna, 1980, p. 43 ss.

[24] Mi permetto qui di rinviare al mio « *Repressione della condotta antisindacale* ». *Profili penali*, Milano, 1974, p. 180 ss.

[25] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 53 ss.

oppure sorde incomprensioni delle *esigenze concrete* di un diritto penale *moderno*?

Soprattutto, sarebbe pericoloso — io credo — ricordare questi principi senza aggiungere che essi non vivono per così dire di vita autonoma; l'esperienza di un passato non molto lontano rammenta anzi a ciascuno di noi che essi conservano il loro significato più vero — ma starei per dire che essi conservano il loro autentico significato *soltanto* — a condizione che l'ordinamento politico-istituzionale rimanga tale da consentire di riferire la giustificazione ultima del diritto penale al consenso dei cittadini ordinato secondo il *principio democratico*, senza del quale tutte le formule in questione possono facilmente trasformarsi in vuoti involucri formali ([26]).

Ma se si guarda a ritroso, quelle del diritto penale di oggi appaiono e sono conquiste, che, nonostante i costi umani e materiali che comportano, possiedono un inestimabile valore civile.

6. È tuttavia giunto il momento di concentrarsi sulle fattispecie di reato, di guardare un po' « dentro » al sistema dei delitti di un diritto penale moderno, di considerare per qualche istante più da vicino i comportamenti meritevoli e bisognosi di sanzione.

Cosa avviene quando il diritto penale si secolarizza? In che modo — e in che misura — mutano la qualità, il numero, la sistematica dei reati?

La risposta a questo interrogativo non è certo agevole. Dati i limiti della presente indagine, poi, è superfluo avvertire che mi sarà possibile indugiare — e assai brevemente — soltanto su alcuni pochi gruppi di reati (e all'interno dei gruppi, soltanto su *alcuni* reati) scelti fra quelli che mi pare dovrebbero essere i più

([26]) Su alcuni dei rapporti fra il consenso dei cittadini e la « questione penale », nel quadro del problema politologico della crisi di legittimazione, sono importanti i recenti rilievi di K. LÜDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in *Teoria e prassi*, cit., in nota 23, p. 103 ss.; sulla portata e sul significato democratico, invece, del principio di legalità, basilare negli ordinamenti penali moderni, G. GRÜNWALD, *Die Bedeutung und Begründung des Satzes «nulla poena sine lege»*, in *ZStW*, 1964, p. 13 ss. Sui motivi di preferibilità dei sistemi democratici, si leggano le pagine di G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, cit., p. 130-135.

indicativi per ciò che qui interessa. Si tratta solo di taluni *excerpta*, pertanto, per giunta esaminati del tutto di sfuggita: si dà quindi scontato in partenza che quanto risulterà da questi accenni non sarà comunque che una mera *ipotesi di lavoro*, che potrebbe ricevere conferma esclusivamente da una analisi molto più articolata e approfondita.

Anche l'ambito cronologico al quale dedicare attenzione presenta difficoltà: la storia non conosce semplificazioni. Conveniamo tuttavia che il periodo che si profila più pertinente è quello nel quale la secolarizzazione prende corpo almeno nei desideri, nelle ambizioni, nelle aspirazioni ideali di alcuni spiriti illuminati, come liberazione dell'ordinamento giuridico dagli influssi religiosi: seguiamo dunque questo processo, rapidissimamente, nelle codificazioni di lingua tedesca e italiana per comune riconoscimento più importanti dalla seconda metà del XVIII secolo in poi.

A) La scelta del primo gruppo di crimini è storicamente obbligata. È quello collegato alla *tutela penale della « fede cristiana »* ([27]). Direi che se vi è un fatto certo in questa materia è che la secolarizzazione, cioè il distacco dalla teologia, si caratterizza proprio alle origini — intendo alle origini della sua rilevanza nel settore del diritto penale — come domanda della eliminazione dei crimini di eresia, nonché di quelli certamente connessi — ma con possibile particolarità, nella visuale del tempo, del danno causato a terzi — di magia e stregoneria.

In questa direzione aveva alacremente lavorato — se non per il primo, certo con forti accenti di originalità — la tempra riformatrice di Christian THOMASIUS: muovendo dall'affermazione che l'eresia non è un delitto, perché è un errore dell'intelletto, mentre il crimine è sempre un vizio della volontà, egli contesta che sia punibile. Non è sufficiente infatti — egli osserva, anticipando così MONTESQUIEU e BECCARIA — che si tratti di un caso di « lesa maestà divina », perché sarebbe assurdo che Dio avesse affidato all'autorità secolare il compito di « vendicarlo » e di « proteggere il Suo onore ». Qui l'autore mette a frutto in modo mirabile ciò

([27]) T. WÜRTENBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, Breslau, 1933 (rist. anast. Aalen, 1973), p. 38, 139.

che, sulle orme di HOBBES e di PUFENDORF, aveva già sostenuto nelle *Institutiones* dove, distinguendo tra pena divina e pena umana, aveva rivendicato a sé, giurista, il compito di occuparsi non del « diritto di Dio verso gli uomini » — ciò che spettava al teologo — ma solo del « diritto degli uomini tra loro » ([28]). Per tal via, egli giunge ad affermare che la pena dell'eresia non riguarda la competenza del principe: l'unica sanzione legittima può essere — e nello stesso senso si era espresso del resto alcuni anni prima LOCKE — soltanto l'espulsione dalla Chiesa, senza che ciò tocchi in alcun modo i diritti civili del soggetto, il suo onore, il suo patrimonio, la sua vita ([29]).

Quanto al *crimen magiae*, la critica di Thomasius si snoda — com'è altrettanto noto — attraverso un serrato contraddittorio con le argomentazioni carpzoviane di segno contrario. Di grande interesse è, anche qui, l'acutezza dell'argomentazione giuridico-penale, sostanziale e processuale. Un crimine ha bisogno di *un corpus*: il fatto di reato deve essere dimostrato. Ora, egli ammette che il diavolo esiste, ma contesta che possa assumere sembianze corporali e stipulare così patti con streghe e maghi, quindi il reato non ha alcuna consistenza. Come si può rilevare, il passo avanti è davvero notevole: se l'eresia, infatti, non è punibile dal sovrano perché è un'*opinione*, la stregoneria non lo è perché è una *favola* ([30]).

Anche se è ovviamente impossibile determinare la misura della loro concreta influenza, questi scritti non rimangono senza effetti nel clima politico-culturale del tempo. La legislazione di quegli anni, anche se dapprima con molta cautela, accoglie questa tendenza. Nella *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768), solo per particolari motivi politici non è previsto il reato di eresia, ma l'imperatrice con un'ordinanza segreta dispone che sul punto rimangano in vigore le leggi territoriali ([31]); è ancora prevista, invece,

---

([28]) Sul punto, cfr. M. A. CATTANEO, *Diritto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, 1976, p. 21 ss., 120 ss.

([29]) Cfr. M. A. CATTANEO, come nota 28, p. 129, e, con riferimento al pensiero analogo di K. F. Hommel, come nota 5, p. 298, anche per la riproduzione del passaggio corrispondente della lockiana *Epistola de tolerantia*, Gouda, 1689.

([30]) Cfr. ancora M. A. CATTANEO, come nota 28, p. 130 ss., 139 ss., 148, e autori ivi citati.

([31]) Cfr. T. WÜRTENBERGER, come nota 27, p. 139.

una norma che incrimina « magia, stregoneria e simili ». Meno di vent'anni dopo, nell'« *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* » (1787), ogni reato di eresia o magia è scomparso ([32]). Per la cronaca, riporta Eberhardt SCHMIDT che in Svizzera, nel 1782, sarebbe stata bruciata l'ultima strega. E aggiunge: « il sole dell'illuminismo aveva infine trionfato » ([33]).

7. *B*) Molto meno lineare si presenta la situazione per un altro gruppo di reati i cui « contenuti » toccano da vicino la problematica in esame: *i delitti in materia di religione*. Anche qui, cerco naturalmente di semplificare il più possibile, non solo procedendo a grandissimi balzi, ma soprattutto considerando l'insieme delle fattispecie nei loro contorni complessivi: diffondersi sulle particolarità delle diverse tipologie di reati e delle forme di tutela di una religione o di più religioni, di una determinata religione soltanto o di tutte le religioni ci condurrebbe troppo lontano.

Volendo dunque riassumere in massimo grado, direi che per il periodo che qui mi sono proposto di prendere in esame, il momento culturale più significativo nella storia delle codificazioni si coglie di nuovo nel confronto fra le due legislazioni repressive austriache prima citate. Nella *Theresiana*, infatti, l'antropomorfismo della *Constitutio Criminalis Carolina* di più di duecento anni prima si è conservato — come è stato esattamente osservato — pressoché intatto: i « delitti contro Dio, i santi e la religione » sono al primo posto e la bestemmia della « persona di Dio » è il più grave dei crimini ([34]). Nell'*Allgemeines Gesetz* non è più così, però, sebbene collocati fra i reati « politici », costituiscono egualmente gravi delitti, fra gli altri, la turbativa del servizio religioso e l'incitamento all'apostasia dalla fede cristiana. Quanto al bestemmiatore, poi — la soluzione normativa fu definita com'è noto « quasi morbosamente originale » ([35]) — era da trattare da

---

([32]) Si veda A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, p. 124.

([33]) *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* [2], Göttingen, 1951, p. 201.

([34]) T. WÜRTENBERGER, come nota 27, p. 139.

([35]) Così Stooss, riferito da E. SCHMIDT, come nota 33, p. 247.

« frenetico, e tenersi prigione nello spedale de' pazzi finattanto che si resti sicuro della di lui emenda » (36).

Questo passaggio da un uso religioso della politica a un uso politico della religione, tutt'altro che sconosciuto del resto già in epoche molto antiche, viene a quell'epoca teorizzato dai sostenitori dello Stato assoluto di polizia: la religione come « cavezza » per il popolo, considerata lo « strumento più importante » per l'educazione dei cittadini e per la conservazione dello Stato. In questa forma — o in quella più sottile accolta dall'*Allgemeines Landrecht* (1794) di Federico il Grande, che prevedeva, si noti, oltre a un reato di fondazione di sette, la bestemmia od altre fattispecie concepite come reati contro la quiete pubblica e quindi contro lo Stato — i delitti contro la religione hanno immancabilmente perpetuato la loro esistenza nelle più diverse codificazioni: furono presenti nelle legislazioni penali francesi del 1791 e nel *Code Napoléon* del 1810, poi lo stesso prototipo dei codici penali liberali — alludo ovviamente a quello bavarese del 1813 — si preoccupa della conservazione della pace confessionale all'interno della comunità statuale (37). In conformità all'ideologia politica restauratrice del tempo, le fattispecie ottengono un nuovo rigoglio nel codice prussiano del 1851 (38) — con una rinnovata punibilità della bestemmia — e da qui si giunge al *Reichsstrafgesetzbuch* e poi al 1 *StrRG* del 1969.

Sul territorio italiano, la situazione si caratterizza storicamente in maniera molto simile. Il codice penale toscano del 1852 tutelava la sola religione cattolica; quello liberale del 1889 — come la legislazione napoleonica — introduceva invece una tutela paritaria di tutti i culti. Sino ad oggi, poi, non vi è stata ancora, sul punto, alcuna riforma del codice Rocco. La soluzione attuale è quindi ancora la seguente: il codice, che com'è noto risale al 1930, tutela la religione dello Stato e anche gli altri culti ammessi, *ma con due*

---

(36) *Codice generale sopra i delitti e le pene*, II, § 61, cit. da A. CAVANNA, come nota 32, p. 125.

(37) Per questi sviluppi, cfr. D. OEHLER, *Wurzel, Wandel und Wert strafrechtlicher Legalordnung*, Berlin, 1950, p. 96 ss., 111 ss., 139 ss. e riferimenti ivi contenuti.

(38) Su tale legislazione e sui relativi progetti, D. OEHLER, come nota 37, p. 146 ss.

differenze molto importanti. Anzitutto il vilipendio come tale riguarda soltanto la religione cattolica, mentre le offese nei confronti degli altri culti assumono rilevanza solo se commesse mediante offesa a persone che li professano o a cose oggetto di culto, oppure quando vi sia il turbamento di una funzione; inoltre, in questo caso le sanzioni sono diminuite rispetto ai fatti corrispondenti che riguardino la religione cattolica.

Come si può osservare, il diverso contesto politico e le differenti concezioni culturali determinano *rilevantissimi mutamenti nel campo dei delitti contro la religione,* per quanto concerne la loro collocazione e il loro trattamento. È sicuramente importante non solo se fra essi rientra anche il falso giuramento o se questo è invece posto nei delitti che riguardano l'amministrazione della giustizia ([39]); oppure se un ordinamento penale non si occupa affatto della bestemmia o la punisce come offesa alla « persona » o alla « maestà divina », o ancora la prevede come contravvenzione di polizia dei costumi descrivendola — questo è l'art. 724 del codice italiano vigente — come invettive o parole oltraggiose pronunciate pubblicamente « contro la Divinità o i simboli o le persone *venerati nella religione dello Stato* »; ma è anche importante se la religione, o *una* religione, è protetta — e con quale intensità — come « *bene culturale* » oppure come bene riconducibile a un *sentimento,* individuale o collettivo. Su ciò ritornerò del resto ancora fra pochi istanti. Quello che anche un brevissimo *excursus* storico come questo porta comunque ad affermare con certezza è che la ricerca illuministica dell'emancipazione del diritto penale dagli influssi religioso-ecclesiali non si traduce affatto — come invece si sarebbe potuto pensare — nella eliminazione dei reati che si riferiscono alla religione.

8. *C*) Vi è un terzo gruppo di reati che presenta punti di contatto spiccatamente significativi con il tema che stiamo discutendo: si tratta dei *delitti contro la morale sessuale.* Superfluo, anche qui, ribadire che si tratterà solo di fugacissimi accenni, tanto più se si vuole nel contempo — come a me pare opportuno

([39]) La storia della collocazione del falso giuramento si segue molto bene in T. WÜRTENBERGER, come nota 27, per esempio a p. 36, 140, 248.

— includere nel campo d'osservazione anche qualcuna delle fattispecie che, concernenti il matrimonio o la famiglia, nella sistematica dei codici e negli approfondimenti della dogmatica sono stati spesso considerati in un contesto unitario insieme a quelli contro la moralità.

Avendo sott'occhi le medesime codificazioni cui in precedenza si è fatto riferimento per i delitti contro la religione, credo si possa affermare che il tratto più significativo emerge anche in questa materia nelle prime legislazioni penali illuministiche. Fra il tempo in cui ad esempio l'immoralità contro natura era assimilata o comunque « combinata » con l'eresia e la stregoneria e il responsabile-peccatore veniva assegnato al fuoco ([40]) — non eterno, ma nella sua provvisorietà certo risolutore — e i contenuti delle codificazioni austriaca o prussiana della fine del XVIII secolo la distanza è enorme. Sarebbe però affrettato concludere per un lassismo o un permissivismo accentuato. Secondo le teorizzazioni di v. GLOBIG e di HUSTER, si devono ricomprendere fra i crimini solo le violazioni immediate degli interessi dello Stato e del singolo. L'incesto, la sodomia e il lenocinio escono dalla cerchia dei delitti più gravi per divenire « meri » illeciti di polizia, ma si deve tuttavia ricordare che a questi si reagiva a quei tempi con l'espulsione dal territorio dello Stato, pene infamanti e pene correzionali corporali ([41]). Nonostante ciò, alludere ad una generale umanizzazione del trattamento è assolutamente corretto: nell'*Allgemeines Landrecht* di Federico il Grande sono riuniti in un unico titolo dedicato ai « crimini carnali », fra gli altri, l'incesto, l'adulterio, la bigamia e la sodomia, ma domina senza dubbio una forte tendenza alla mitezza per queste forme dovute alla « debolezza umana » ([42]).

Dopo la sistematica, davvero notevole per la sua originalità, del codice bavarese di FEUERBACH (1813), nel codice per gli stati prussiani si difende la sacralità del matrimonio come uno dei capisaldi della moralità pubblica e si osserva un nuovo irrigidimento su tutto il settore dei delitti contro la moralità; quanto

([40]) Cfr. D. OEHLER, come nota 37, p. 55-56 e gli autori citati.

([41]) Per tali spunti relativi alle teorizzazioni e alle conseguenze del diritto penale poliziesco, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972, p. 22 ss.

([42]) In D. OEHLER, come nota 37, p. 122.

alla situazione del *Reichsstrafgesetzbuch*, essa è troppo nota perché mi ci soffermi in questa sede.

Per ciò che riguarda la situazione italiana, nel codice vigente, fra i delitti contro la famiglia, e in particolare contro il matrimonio, subito dopo la bigamia figuravano anche le fattispecie di adulterio e di concubinato, poi eliminate da sentenze della Corte costituzionale del 1968 e 1969, mentre non vi è mai stata punita l'omosessualità. Non vi è stato quindi alcun bisogno delle accese dispute che nel dopoguerra si sono avute in Germania per una riforma legislativa in materia ([43]). A parte la legislazione penale complementare, tuttavia, *anche il codice italiano*, che su questo specifico punto segue il medesimo orientamento del codice del 1889, ma nell'ottica generale dei delitti sessuali si distacca in modo sensibile dall'inquadramento più coerente in un ordinamento penale autenticamente liberale (dove i delitti contro la libertà sessuale del singolo dovrebbero essere catalogati fra i delitti contro la persona e la libertà individuale, non già fra quelli contro la moralità pubblica e il buon costume) *conserva comunque, nei titoli IX e XI, un numero non indifferente di fattispecie in materia di morale sessuale.*

9. Su questa linea della considerazione di singole categorie di reati — seppure di grandissimo interesse risulterebbero le differenti forme storiche di tutela della vita e dell'incolumità individuale — non posso qui procedere oltre. Questo pur parzialissimo esame, del resto, consente di formulare un'ipotesi di lavoro di fondo.

L'ideologia della secolarizzazione modifica in misura notevole il quadro del diritto penale per quanto concerne il sistema dei reati. Ottiene risultati clamorosi nel primo gruppo di delitti che abbiamo menzionato, portando al loro totale abbandono e già questo, che è modernamente banale, è storicamente sensazionale. Conduce

([43]) Cfr., sul punto, anche per l'innesto dei delitti contro la moralità in genere su un tentativo di « rilancio » della teoria del bene giuridico — e della sua funzione « originaria » — che ha avuto in seguito un'ampia risonanza, H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957; inoltre, E.-W. HANACK, *Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962* (§§ *204-231 E 1962*), in *ZStW*, 1965, p. 416.

poi a mutamenti radicali nella collocazione dei reati e ciò, lungi dal rappresentare formali cambi di etichette, innesca rilevantissime differenze di tutela, di modalità e di misura della reazione. Insomma, separate dal loro « elemento » teologale, alcune fattispecie si sdrammatizzano; eliminato il « peccato », a volte non resta nulla, a volte ben poco di *socialmente afferrabile.*

D'altra parte, pur con il grande rilievo da attribuire alla sistematica e alle relative conseguenze sanzionatorie, *molti dei reati che abbiamo considerato nel secondo e nel terzo gruppo, fondamentalmente* rimangono nei nostri ordinamenti secolarizzati. E direi oltre tutto che vi sono saldamente ancorati.

Sono residui di una mentalità non ancora integralmente secolarizzata?

A me non pare, almeno se con ciò si vuole negare in radice una loro plausibilità anche dal solo punto di vista tutto « moderno » della « dannosità sociale ». Certo, la soluzione di questo tipo di questioni dipende dal significato che nel campo del diritto penale intendiamo attribuire a tale espressione — sulla quale sembra peraltro esservi ancora molta ricerca da compiere ([44]) — ma un momento di danno « esterno » *può* in linea di principio essere visto ovunque, non appena si fuoriesca da una sfera intima, tutta personale e inviolabile del soggetto, e ci si inoltri nell'ambito di rapporti intersoggettivi entrando in conflitto con diritti o interessi di terzi. Non vorrei essere frainteso, ma oltre alla bigamia, neppure l'adulterio — e FEUERBACH su quest'ultimo aveva visto bene ([49]) — mancava di una sua legittimazione: e se la figura di reato è stata giustamente eliminata, ciò sembra essere avvenuto più per l'inopportunità e l'inefficacia dell'intervento penale in taluni settori della vita, piuttosto che per l'abbandono di un principio della morale cristiana.

Così, a me non sembra affatto che si possa pregiudizialmente contestare la legittimità, in un ordinamento moderno, di ogni normativa che riguardi il fenomeno religioso.

([44]) Un evidente scetticismo sulla concreta utilità di una ricerca in tale direzione esprime ora W. NAUCKE, come nota 23, p. 57-58.

([45]) Lo aveva infatti — com'è noto — ritenuto punibile dal punto di vista della sua lesività nei confronti del diritto soggettivo del coniuge: si veda, per tutti, D. OEHLER, come nota 37, p. 142.

La disciplina del nostro codice — è vero — si presenta oggi a mio giudizio incostituzionale, poiché pone la religione cattolica su un piano privilegiato rispetto alle altre, mentre la Costituzione dichiara che « tutte le confessioni religiose sono *egualmente* libere di fronte alla legge » (art. 8) e inoltre riconosce a tutti la (= una *eguale* misura di) libertà di professare e di propagandare in privato o in pubblico la propria fede (art. 19). A me non pare, inoltre, che un ordinamento laico possa accordare tutela a una o a tutte le religioni (ma a tutte non avrebbe neppure senso!) sotto il profilo del loro contenuto fideistico, o della loro *verità*, oppure al sentimento religioso come fatto di coscienza, poiché ciò varrebbe a discriminare come negative le forme di areligiosità o di ateismo attivo, di un ateismo, cioè, vissuto con forti accenti di doverosità morale ([46]); ma fermo restando che la protezione penale della libertà religiosa del singolo resterà affidata in ogni caso alle norme ordinarie volte a prevenire l'impedimento dell'esercizio delle libertà individuali fondamentali, non mi sembra viceversa di per sé superato l'antico « aggregato » dell'ordine o della tranquillità pubblica. Da questo punto di vista, una volta collegata la condotta con un pericolo concreto, sarebbe del tutto plausibile lo stesso vilipendio delle religioni, con la perplessità nondimeno che, trattandosi di reato consistente in una manifestazione del pensiero, esso finirebbe comunque, seppure *mediatamente*, per valorizzare alcuni « patrimoni di idee » piuttosto che altri (questione che ovviamente rimane aperta anche quando alle religioni si accomunino paritariamente le c.d. ideologie, come nel § 166 n. F. *StrGB*) ([47]). Ad ogni modo,

---

([46]) Nei termini qui espressi, tale conseguenza si ricava già dal solo art. 3 Cost.: diversa questione è, ovviamente, se la libertà di ateismo sia poi riconosciuta dagli art. 8 e 19 stessi oppure dall'art. 21 Cost.: sulla disputa, si vedano soprattutto P. A. D'AVACK, voce « *Libertà religiosa (dir. eccl.)* », in *Encicl. del dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 604 ss.; P. BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973, p. 1124 ss., 1127-1129; S. BERLINGÒ, *Libertà « di religione » e « diritto » di vilipendio*, in *Dir. eccl.*, 1975, p. 206-207.

([47]) Sul punto, cfr. H. ZIPF, *Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiös-weltanschaulichen Bereich* (§§ *166, 167 n. F. StGB*), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, p. 1944-1945; cenni in P. SIRACUSANO, *Art. 403 c.p. e tutela penale del sentimento religioso*, in *Dir. ecc.*, 1975, p. 292 ss.; S. BERLINGÒ, come nota 46, p. 212 ss. e ivi bibliografia.

sempre dal medesimo punto di vista, meno problematica appare, a mio avviso, la punibilità del turbamento di una funzione o servizio, come considerazione legislativa del fenomeno religioso nella dimensione tutta naturale e antropologica del « sacro », quale esternazione di un rapporto uomo-Dio, uomo-Trascendenza, uomo-« Altro ». In una fattispecie del genere, connotata da un comportamento di diretta intromissione nella sfera di libertà di terzi, non si ha alcuna discriminazione fra cittadino e cittadino, né alcuna accentuazione ideologica del valore del « sacro » rispetto al « profano », ma solo una cautela particolare informata alla consapevolezza di una realtà psicologico-sociale permeata da una intensa partecipazione emotiva (48).

Ma questo argomento interessa qui solo sino a un certo punto e non mi è consentito dunque di approfondirlo come meriterebbe. Più importante è infatti — per concludere questa parte — tornare all'ipotesi di fondo sulla secolarizzazione. Concentrando l'attenzione sulla tutela della società e della convivenza degli uomini, *la secolarizzazione sembra contribuire alla modernizzazione dell'ordinamento penale anche nel sistema categoriale dei suoi reati.* L'abbandono del punto di vista teologico nella costruzione delle fattispecie conduce molte volte alla migliore individuazione del danno « esterno » oggettivo e all'emersione di un *significato di valore-di-*

(48) Altra questione è se a tale tipo di normativa si vogliano — e a me pare che si dovrebbe — ricondurre anche turbative o impedimenti di cerimonie *civili* che, per le circostanze di tempo e di luogo in cui si svolgono, per le emozioni che suscitano, per il bisogno di silenzio o di raccoglimento che impongono, siano da assimilare — e da equiparare pertanto nella protezione penale — a quelle religiose (così, ad esempio, è difficile condividere oggi il divario nel trattamento sanzionatorio di cui agli art. 405 e 409 c.p.). Ma a me sembra che se l'impedimento di funzione religiosa fosse ricompreso in una norma penale posta a tutela della libertà di riunione come tale, in modo indifferenziato rispetto ai diversi tipi di manifestazione, se cioè ogni tutela del fenomeno religioso fosse affidata sempre, anche a livello comunitario, alle norme ordinarie — secondo la proposta formulata dall'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, Tübingen, 1968 — si finirebbe per non tenere conto *indebitamente* — là dove è legittimo farlo (lo Stato liberale, infatti, neutrale sulle religioni e sulle « concezioni del mondo », non può certo discriminare fra credente e non credente — art. 3 Cost.; si veda inoltre anche la *Gaudium et spes*, n. 21 — ma neppure può non prendere atto dell'esperienza del « sacro ») di realtà *socialmente molto diversificate* fra loro.

svalore tutto laico-secolare, integralmente ed esclusivamente « terreno », di molti aspetti della realtà sociale. Sembrerebbe derivarne dunque una maggiore comprensione dell'umano. E in certa misura è davvero così. Vediamo ancora brevemente se ciò può — e a quali condizioni — essere messo a frutto per il diritto penale di domani.

III.

10. Un ordinamento penale che non ha più alcuna finalità trascendente da perseguire, alcuna metafisica da diffondere, impone uno sforzo di *razionalizzazione* del sistema dei reati, per farlo partecipare in via diretta al compimento di un'opera di organizzazione *razionale* della comunità politica. L'intera attività punitiva, a partire dall'iniziativa del politico-legislatore sino al termine dell'esecuzione della pena, la sociologia del diritto e la dogmatica giuridica, ciascuna nel proprio ruolo, tutto deve collocarsi e muoversi rigorosamente nel solco dell'elaborazione e della ricerca della migliore soluzione di conflitti potenziali o attuali all'interno della società (49).

Nell'ordinamento secolarizzato l'uomo si guarda attorno e chiede a se stesso e ai suoi simili cosa è *possibile* fare, cosa è *più opportuno* fare per risolvere i problemi per il bene di tutti. Osserva, riflette sulla società e sull'individuo, valuta il rapporto fra loro, decide. Qui interessa il fatto che deve decidere cosa punire e come, *cosa proteggere e a quale costo.*

Vediamo quali criteri lo guideranno.

Il primo sarà ovviamente l'*utilità*, per la società in cui vive, del divieto della condotta, o della sua imposizione ai cittadini. Subito è dunque interessata la libertà — e il libero autodeterminarsi, il fare ciò che vuole, e come vuole — *di ciascuno.* Già per questo solo aspetto della libertà, l'utilità in questione dovrà essere analizzata con molta cura. Ciò implica la formazione di un quadro sufficientemente ampio, articolato e convincente del problema. È

---

(49) Soprattutto, di recente, W. HASSEMER, come nota 22, p. 192 ss., 221 ss.; *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg, 1974, p. 101 ss., 153 ss.

bene pronosticare cosa avverrebbe presumibilmente se quel comportamento restasse affidato alla libera scelta soggettiva o se il divieto/obbligo fosse esplicitato in termini diversi di tempo, di luogo, ecc. Ancora, e soprattutto: ciò postula una configurazione non solo approssimativa dell'oggetto della tutela e delle rappresentazioni di significato che su di esso si sono formati i cittadini in forza di valutazioni personali autonome o indotte attraverso intese o comprensioni-interpretazioni valorative sociali. È opportuno che si appuri se la tutela di quel bene è davvero avvertita come necessaria, anche precludendo a tutti la libertà del comportamento che lo pregiudica; o se a volte — e in quali circostanze e contro quali tecniche di aggressione del bene medesimo — la lesione diviene invece tollerabile. E così via. Insomma, si comprende già da questi pochi accenni perché sia desiderabile, anche in questa prima fase del giudizio, il massimo grado di informazione.

Il secondo criterio sarà quello del *costo* che tale utilità comporta. L'attenzione si dirige ora *non più sulla libertà di tutti*, diminuita di una (astratta, nel senso del soggettivo-ipotetico) possibilità di tenere un certo comportamento dannoso perché lesivo di un bene giuridico; *ma sulla libertà del singolo*, sul concreto sacrificio di essa nel caso che quella condotta sia stata realmente posta in essere.

Anche a questo riguardo sorgono interrogativi pressanti. Per esempio: posto che la condotta debba essere vietata o comandata, sarà da chiedersi cosa garantisca maggiormente l'osservanza della prescrizione; se non sia sufficiente una pena amministrativa, o sanzione penale pecuniaria, ecc. È possibile che la prognosi dell'impiego della reclusione non risulti favorevole, o particolarmente favorevole, rispetto a quello di un'altra sanzione; oppure che risulti positiva solo se contenuta nelle misure « da-a », mentre reazioni più gravi sarebbero sentite come eccessive e quindi negative per la funzione di prevenzione generale ([50]); o, ancora, che

([50]) Che la prevenzione generale possa essere negativamente influenzata quando non si presti sufficiente attenzione alla « giustizia » della pena, con riguardo alla gravità del reato e alle precedenti sentenze di condanna di altri soggetti per lo stesso e per altri reati, è ribadito con chiarezza, da ultimo, da J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi*, cit., in nota 23, p. 41-42 (ma anche 28 ss., 32).

la tutela penale di quel bene nei confronti di quelle condotte *non giustificbi* la privazione della libertà personale di chi quella norma abbia violato, che cioè si giudichi necessaria la tutela stessa, ma non si sia disposti a ritenerla tale *a prezzo della libertà personale* del trasgressore.

Il patrimonio di notizie è dunque anche qui molto importante. Basta pensare a quanto può influire su una decisione da assumere una rappresentazione « congrua » di quel che è, in un certo momento storico, l'ordinamento penale nel suo complesso, di cosa già vieta e tollera; oppure a come è in grado di influenzare la scelta una prognosi attendibile su quante volte la libertà personale sarà in concreto posta in gioco nei casi di violazione della norma; o, infine, a quanto significhi conoscere « nei dettagli » — e la cosa non suoni paradossale — *com'è realmente la pena detentiva*, quale *tecnologia* un dato ordinamento penitenziario e una data situazione pratica le hanno conferito e applicato « *al di dentro* ».

In realtà, tutti sappiamo che queste sono in gran parte speculazioni teoriche. I nostri legislatori non procedono di solito così. Però, non è forse secondario osservare che la secolarizzazione impegna *anche* nella direzione e nello sviluppo di modelli del genere.

Da quando gli Stati moderni hanno cominciato a parlare nell'amministrazione della giustizia penale un linguaggio pragmatico, da quando la funzione della pena si è relativizzata, nel senso che essa non è più lo strumento di realizzazione di una giustizia mistica, *il problema della sua legittimità è divenuto più spinoso* (51). A ciò hanno contribuito da una parte l'esigenza di una spiegazione interamente umana del compito di controllo della società (e delle sue concrete modalità) e quindi il bisogno di sostituire ogni certezza assoluta con la ricerca del consenso democratico dei cittadini; dall'altra la progressiva affermazione dello Stato liberale e — sulla scia dell'antropocentrismo di marcata provenienza cristiana (52) — la conseguente netta accentuazione del valore dell'uomo e della sua

(51) Sul punto, mi sia consentito di rinviare al mio *Prevenzione generale e prospettiva di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi*, cit. in nota 23, p. 160-161.

(52) Per tutti, A. AUER, come nota 11, p. 55; E.-W. BÖCKENFÖRDE, come nota 8, p. 155, 161.

libertà, libertà che nei nostri ordinamenti occidentali è assunta nel medesimo tempo a fulcro, a fine e a « sostanza » etica stessa delle istituzioni costituzionali (53).

In verità, il modo più lineare per risolvere il problema della *legittimità* e quindi della *moralità* della pena consiste nella verifica puntuale della sua inderogabile necessità nell'interesse di tutti.

Diviene allora indispensabile saperne di più. *Ciò significa un'apertura del diritto penale a uno spazio e a un ruolo sempre crescenti delle metodologie delle scienze sociali,* soprattutto al fine di un controllo della spiegazione della « dannosità sociale » e di tutti i presupposti della punibilità (54). La scientificizzazione del diritto penale — un aspetto molto parziale e ridotto di uno dei tratti « costitutivi », come si è visto, del mondo moderno (55) — si traduce appunto in un controllo di razionalità dell'assoggettamento a sanzione dei comportamenti incriminati nella legislazione penale, tenendo conto, fra l'altro, *non solo del valore del bene giuridico in una scala gerarchica astratta, ma anche del suo significato reale nella concreta esperienza sociale.*

Del resto, tendenze del genere non sono totalmente assenti nei nostri ordinamenti. E se il collegamento con l'empiria è ancora largamente insoddisfacente per ciò che concerne le indagini relative alle valutazioni sui beni giuridici e sulle condotte incriminate, nonché alle reazioni sociali alla criminalità (56), è stata tuttavia

---

(53) J. ISENSEE, *Ethische Grundwerte im freiheitlichen Staat,* in *Werte-Rechte-Normen,* cit. in nota 11, p. 148 ss.; molto bene, sul punto, O. KIMMINICH, *Die Grundwerte im System des demokratischen Rechtstaates,* in *Was sind die Grundwerte? Zum Problem ihrer Inhalte und ihrer Begründung,* a cura di O. Kimminich, Düsseldorf, 1977, p. 74 ss.

(54) Analogamente, G. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips,* Heidelberg-Karlsruhe, 1977, p. 45, 48-49.

(55) *Supra,* n. 3.

(56) L'importanza del compito « preparatorio » delle scienze sociali per la *costruzione,* la *struttura* e la *funzione* del diritto, qui del diritto penale, è ormai generalmente riconosciuta anche da chi ammonisce contro i suoi pericoli. Fra gli scritti più recenti in proposito, mi limito a ricordare N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica,* a cura di A. Febbrajo, Bologna, 1978, p. 105 ss.
A uno degli aspetti più importanti del rapporto fra empiria e scienze giuridiche è dedicato lo scritto di C. STARCK, *Empirie und Rechtsdogmatik,* in *Juristenzeitung,*

proprio la riflessione sulla precarietà dell'effettiva forza di convincimento dei modi attuali di reazione dell'ordinamento che, insieme al *favor libertatis*, ha introdotto rilevanti modificazioni nell'assetto complessivo del sistema penale. In termini generali, mi pare ovvio qui un richiamo alla riduzione dell'utilizzazione delle pene detentive brevi e alla tematica delle pene alternative; per quanto più propriamente concerne il sistema dei reati del codice e della legislazione penale complementare, poi, si inserisce a questo punto — dove confluiscono anche gli sforzi razionalizzatori dell'efficientismo dell'apparato — il *trend* molto incisivo, e dal punto di vista storico di importanza assolutamente primaria, della depenalizzazione.

Il nesso fra il processo di secolarizzazione e un diritto penale autenticamente moderno, nel suo aspetto di sistema categoriale dei reati, diventa stringente dunque anzitutto nel senso dell'impegno per una verifica scientifica dell'uso della sanzione criminale. In una prospettiva di riforma del codice e della legislazione penale, ciò apre certo orizzonti tanto vasti quanto laboriosi e irti di difficoltà. Per ora può già essere opportuno ricordare che quando il legislatore — come ancora oggi avviene — introduce nuovi reati in cui impiega la pena detentiva completamente « al buio », senza alcuna « istruttoria », senza *hearings* di esperti, senza sondaggi o analisi costi-ricavi, senza che emergano *con evidenza* il rilievo del bene e/o la *spregevolezza* della condotta che lo lede, compie in definitiva un *abuso della sua funzione politica*, perché mostra di non dar molto peso alla libertà personale del cittadino.

1972, p. 609 ss., 613-614. Sul rilievo — e sui *rischi* — della utilizzazione delle scienze sociali per la legislazione, l'applicazione e la scienza del diritto, in generale, W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt am Main, 1972, p. 23 (soprattutto 29 ss.), p. 34 ss., 55 ss. Sulla parte empirica del giudizio di valore penalistico e, su un altro piano, sul collegamento fra i compiti del diritto penale e quelli della sociologia, si vedano rispettivamente i lavori di LÜDERSSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle*, Frankfurt am Main, 1972, p. 79 ss. e *Einführung* a *Seminar: Abweichendes Verhalten, I. Die selektiven Normen der Gesellschaft*, a cura di K. Lüderssen e F. Sack, Frankfurt am Main, 1975, p. 21 ss. La situazione attuale dei nessi fra diritto penale e empiria è sintetizzata ora da W. HASSEMER, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi*, cit., in nota 23, p. 132 ss., 139 ss.

11. I problemi relativi alla legittimità della pena, comunque, si semplificano progressivamente — ciò, seppure con un considerevole grado di astrazione, è indubbio — via via che da una zona periferica di certa legislazione repressiva complementare disorientata e confusa, « ingaggiata » senza alcuna convincente riflessione sulle sue finalità e senza alcuna chiara visuale delle sue conseguenze, ci si avvicina al « cuore » del diritto penale, là dove questo rivendica a sé il compito inderogabile di difesa della convivenza pacifica degli uomini, del mantenimento o della promozione di quel minimo di omogeneità sui valori fondamentali oggetto del consenso etico che è condizione essenziale della sopravvivenza e dello sviluppo di una comunità politica organizzata ([57]).

È su questo nucleo centrale della legislazione penale che vorrei soffermarmi qualche istante in chiusura di questa analisi.

Mi chiedo cioè: come è prevedibile che reagisca la prosecuzione del processo di secolarizzazione su talune delle fattispecie penali che più direttamente coinvolgono beni giuridici primari dell'individuo e della collettività? Certo, l'univocità di qualsiasi indicazione risulta ridotta per il fatto che la secolarizzazione, come espressione valorativa della « mondanità » o « terrestrità » del mondo, tende di per sé ad accumulare significato su entrambi i poli del fenomeno giuridico, sul cittadino e sull'Autorità, sull'uomo e sulla società. Ma sebbene con i limiti propri di ogni predizione in domini scientifici di questo tipo — e inoltre avvertendo che non si è in grado di considerare qui le pur fondamentali articolazioni delle modalità e delle tecniche di protezione — è egualmente possibile segnalare presumibili linee di sviluppo, nel senso dell'accentuazione o dell'allentamento della tutela penale con riferimento almeno a qualcuno dei settori del sistema dei reati?

([57]) Definisce i valori fondamentali come oggetto del necessario consenso etico, nel senso che essi incarnano l'*ethos* nel quale la società pluralistica trova la sua unità, J. ISENSEE, come nota 53, p. 134; *Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer sozialethischen Kontroverse*, in *NJW*, 1977, p. 546 ss., 551. Sottolinea ora le difficoltà dell'individuazione di tale consenso, N. ACHTERBERGER, *Die Gesellschaftsbezogenheit der Grundrechte*, in *Recht und Gesellschaft. Festschrift für H. Schelsky*, Berlin, 1978, p. 27-28.

A me pare che due tendenze si delineino abbastanza nettamente, come sottolineature più pronunciate di orientamenti in parte già in corso da tempo e quindi in misura non trascurabile già operanti — sia sul terreno legislativo che su quello dell'esperienza applicativa del diritto — in termini comuni, anche se con diverse dimensioni, a tutti gli ordinamenti giuridici dei Paesi occidentali.

A) *La prima consiste nella valorizzazione del sociale,* ad esempio sotto il profilo di un'acquisizione di importanza della solidità delle strutture dell'economia e della correttezza del funzionamento dei meccanismi del processo di produzione e di scambio di beni e di servizi. Il significato dei beni-prestazione, dati dalle risorse economiche-finanziarie indispensabili allo Stato per l'assolvimento dei suoi compiti matriali, è andato crescendo molto rapidamente un po' ovunque negli ultimi decenni. La « domanda » che l'area del punibile e di conseguenza l'azione degli organi del perseguimento dei reati si occupino con maggiore ampiezza e frequenza di fatti del genere, che toccano interessi vitali per il benessere di tutta la comunità, diventa ad esempio da noi ogni giorno più pressante ([58]). Il clima culturale è dunque già senza dubbio maturo per inasprimenti del trattamento sanzionatorio di tali condotte e ora la questione è di saggiare la capacità di resistenza del potere politico, soprattutto di alcuni settori di esso rappresentativi di ceti o categorie riguardanti più da vicino. Ma pur senza sottovalutare i pericoli e le difficoltà di azione pratica — e se mi è consentito ammonendo contro i rischi di eccessi molto pericolosi — sembra allo stato attuale agevole la previsione che se non a breve, a medio termine, almeno una parte del diritto penale economico (infedeltà patrimoniali societarie, abuso di finanziamenti pubblici, corruzione economica, evasioni fiscali) sarà sempre meno, anche a livello sistematico, un dominio quasi « sperimentale » del diritto penale — come da noi è stato sino ad una quindicina di anni or sono — e sempre più, invece, un settore connotato dalla presenza di beni da accostare, per la loro « corposità », a quelli che compon-

---

([58]) Un panorama comparatistico si trova ora nella raccolta *Comportamenti economici e legislazione penale,* Milano, 1979.

gono il repertorio per così dire storico di impronta — diremmo oggi — liberale (59).

Questo ruolo più consistente dei reati economici — si noti — rappresenta una parziale traduzione penalistica di quella fortissima compressione dei diritti fondamentali « classici » di proprietà e di iniziativa economica privata che ha rappresentato il corrispettivo per l'ingresso di tutta quella legislazione sociale che ha segnato il progressivo, inesorabile distacco dalla forma tipica dello Stato liberale ottocentesco (60). In questo senso, tale linea di tendenza — almeno sino a che l'accentuazione del collettivo non abbia a sfociare in un assetto della proprietà dei mezzi di produzione che blocchi il completamento del progetto corrispondente al modello dello Stato democratico-sociale — è a mio giudizio da assecondare. Essa non crea, fra l'altro, problemi *particolari* sul terreno penale, come in via di principio non ne presenta quella « pendolarità » della normazione fra sicurezza dello Stato e della collettività e libertà individuale che in questi periodi si risolve da noi come in altri Paesi in una moderata accentuazione della prima a svantaggio della seconda. *A condizione che su questo processo si vigili in ogni momento con molta cura e il margine si mantenga entro limiti ristretti*, ripeto, non vedo questioni *particolari* di carattere sostanziale o processuale, poiché si tratta di spostamenti di accenti, pur importanti, ma sempre direttamente funzionali al vantaggio dell'intera collettività e di ogni persona che ne fa parte. Vi è insomma una ricerca in termini autenticamente kantiani di un coordinamento della libertà di ciascuno con quella degli altri secondo una legge universale e, in definitiva, *nel rispetto fondamentale del singolo*, mi pare che si rafforzi positivamente la dimensione *comunitaria* dei cittadini, il loro « stare insieme », meglio, lo « stare insieme di ognuno con tutti » (61).

---

(59) Rinvio qui al mio *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in *Comportamenti economici*, cit. in nota 58, p. 183 ss., 186 ss.

(60) Cfr. su quest'ultimo punto, G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Iustitia*, 1977, p. 48 ss., 43.

(61) Per la fondazione teoretica, in campo filosofico-giuridico, del superamento dell'isolamento del singolo, sempre comunque « punto centrale del mondo » (*Mitte der Welt*), nella dimensione del sociale, di « quel tutto ' diverso ' essere *come* per-

12. B) *Una seconda tendenza presenta invece aspetti di estrema problematicità.* Quasi a compensazione delle pesanti perdite di significato che alcuni diritti fondamentali di stampo liberale hanno subìto in alcuni settori — alludo a quelli ora visti in tema di libertà economiche — è noto che l'esperienza costituzionale di molti Stati occidentali è stata ed è tuttora caratterizzata da un ampio rafforzamento di altri diritti fondamentali ([62]). In larga misura, anche questo processo — che comprende fra l'altro l'ampliamento dell'ambito di vigenza di tali diritti civili oltre il rapporto del cittadino con lo Stato e sino nei confronti dei privati, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, l'individuazione di una sfera intimo-sessuale preclusa all'intromissione da parte di chiunque — deve essere giudicato in modo positivo: poiché, anche se tutt'altro che immune da rischi in settori pur molto delicati (la forte espansione della libertà di espressione, ad esempio, troppo spesso non è accompagnata dall'indispensabile consapevolezza della responsabilità sociale che essa comporta), esso rappresenta tuttavia in generale *un potenziamento dell'autonomia del singolo*, senza alcun pregiudizio *essenziale* per la libertà altrui e per la convivenza comune.

Ma la crescita incontrollata della libertà individuale può condurre ed ha in effetti già condotto a conseguenze molto gravi.

Ciò è osservabile soprattutto se si considerano i rapporti fra il bene della libertà e quello della vita. Su questo punto, già l'accoglimento del principio liberale tipico in tema di omissione ([63])

---

sona sociale », si ricordino le pagine di W. MAIHOFER, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt am Main, 1954, p. 94, 96 ss., 110 ss., 113.

([62]) G. BOGNETTI, come nota 60, p. 43 ss.

([63]) Nessuno ha mai espresso tale principio, che si riassume nella resistenza all'ampliamento della rilevanza penale delle condotte omissive, meglio di P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* [5], Giessen, 1812, p. 26: « ... ma l'obbligazione *originaria* del cittadino riguarda *solo* le astensioni » (corsivi miei). Sulle implicazioni di tale formula, di recente, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 14 ss.; G. GRASSO, *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo par. 13 del codice penale della Repubblica federale tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 872, 876 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 3 ss., 65 ss.

ha consentito la totale irrilevanza negli ordinamenti penali di forme di egoismo conclamato e distruttivo: nel nostro codice esse si manifestano, ad esempio, nelle angustie della norma sull'omissione di soccorso e nella assenza di qualsiasi obbligo, per i cittadini, di segnalare all'Autorità *reati progettati* o in corso di esecuzione dei quali siano a conoscenza, per cui l'inerzia non assume alcun rilievo neppure quando si tratti di crimini gravissimi come omicidi o sequestri di persona, quando siano in gioco, cioè, beni di importanza fondamentalissima come la vita o la libertà individuale (e queste sono lacune di tutela che nella prospettiva solidaristica della nostra Costituzione devono essere a mio giudizio colmate al più presto nel sistema dei reati) (64).

In questi anni poi, la recente legislazione sull'aborto e il « prossimo passo » (65), o i prossimi passi che potrebbero intervenire, fanno registrare o comunque additano i pericoli di un indebolimento molto marcato della protezione in generale del bene giuridico della vita.

Il tema è estremamente delicato, lo so, e certo troppo complesso per una qualsiasi discussione in questa sede. Ho ben presente la sussidiarietà del diritto penale e considero molto importante — come ho già osservato — la questione delle modalità e delle tecniche di tutela. Ma proprio per questo mi chiedo se l'adozione di soluzioni legislative del tipo di quella italiana — che corrisponde nella sostanza ad un'amplissima soluzione dei termini — non si riveli un clamoroso errore proprio già dall'esclusivo punto di vista della società umana. Si badi: non si tratta di infierire con la san-

---

(64) Di significato profondamente differente è infatti il rilievo che il codice vigente, in conformità all'ideologia cui si ispira, ha conferito alle omissioni di denuncia, da parte di alcune categorie qualificate di soggetti (per il privato cittadino *solo* nel caso di delitto — si noti — *contro la personalità dello Stato* punibile con l'ergastolo), ma di *reati già commessi* (e soltanto di riflesso e del tutto marginalmente in via di commissione). Le due prospettive, quest'ultima e quella cui si allude nel testo, andrebbero in realtà, in una riforma legislativa, coordinate fra loro muovendo proprio dalla consapevolezza della loro diversità.

(65) Così, con allusione al problema dell'eutanasia, K. ENGISCH, *Der nächste Schritt*, in *Festschrift für F. Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 2 (che a sua volta riprende un richiamo di H. J. HIRSCH, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, in *Festschrift für H. Welzel*), Berlin-New York, 1974, p. 788).

zione penale per contribuire a risolvere un problema la cui soluzione è da ricercare altrove. Ma a me pare che, sul presupposto del ricorso prioritario a ogni rimedio possibile di formazione, comunicazione, assistenza sociale, tutto dovesse e debba ancora essere tentato — anche con l'impiego di alcuni istituti propri del diritto penale (penso in particolare alla operatività, in determinati casi, di una causa di esclusione della colpevolezza [66]) — pur di non giungere, in un ordinamento fatto dagli uomini per gli uomini, a sancire e a proclamare esercizi di diritti e libertà garantite là dove vi è comunque, *in nuce*, la negazione stessa dell'uomo delle cui libertà si tratta.

Questa tendenza della secolarizzazione — che può ricondursi in parte all'aspetto laicistico-materialista di quella sua degenerazione definibile in termini teologici come secolarismo — *è dunque da contrastare con ogni sforzo, poiché è un'alienazione dall'umano, un irrazionale allontanamento dell'uomo dalle sue radici* [67].

A me sembra insomma che sul cammino della difesa dell'umano appunto, e delle sue radici, dovrebbero un giorno potersi razionalmente ricomporre la visuale cristiana della difesa ad oltranza della dignità dell'uomo e dell'accentuazione ottimistica dei valori terreni del mondo e della loro legittima autonomia — nel solco del concilio Vaticano II [68] — e quella laico-secolare di una comunità politica, cioè di una società o di un popolo che è sì interamente, per dirla con le parole della prima enciclica di Giovanni

---

[66] M. ROMANO e F. STELLA, *Aborto e legge penale*, Milano, 1975, p. 29 ss., 39 ss.

[67] Anche tale distinzione fra *secolarizzazione* e *secolarismo* è a sua volta molto complessa e ambigua, dal punto di vista filosofico-politico. Da una anche essenziale « profanità » del mondo riesce però abbastanza bene a cogliersi il passaggio a un *rifiuto pregiudiziale* e poi ad una *avversione radicale* nei confronti non solo del « non profano », della fede e delle possibilità della fede, ma anche dello spirito e delle possibilità dello spirito: *questi sono un rifiuto e un'avversione irrazionali nei confronti di una « parte » dell'uomo*. Sui significati che la dicotomia secolarizzazione-secolarismo, soprattutto nei tempi recenti, è riuscita a evocare in campo teologico, cfr. H. LÜBBE, come nota 6, p. 106; K. RAHNER, *Riflessioni teologiche sulla secolarizzazione*, in *Nuovi saggi*, III, Roma, 1969, p. 723 ss.

[68] Per esempio, *Dignitatis humanae*, n. 1; *Gravissimum educationis*, n. 1; *Gaudium et spes*, nn. 12, 27, 37, 76.

Paolo II, « sovrano della propria sorte » ([69]), ma proprio per questo anche il solo responsabile del suo futuro ([70]).

Certo su questa linea — che da noi è a mio avviso normativamente richiesta anche da una Costituzione orientata in senso personalistico — la vita, per il bene stesso dell'uomo e della società, assurge al rango di bene comunque primario, assolutamente centrale, non suscettibile di comparazione, che non può cioè essere obiettivamente confrontato e soppesato con alcun altro bene dell'ordinamento giuridico. Subito viene allora in considerazione, in tutta la sua tragica e costante attualità al di là dei divieti costituzionali di oggi, il problema della pena di morte. E mi domando a questo punto se davvero la tradizione teologica cristiana fondamentalmente favorevole possa ancora e sempre *cristianamente* legittimarsi; anche a non tener conto del fatto che in base alle conoscenze scientifiche attuali non consta una sua più forte efficacia di prevenzione generale ([71]), mi chiedo dunque se la pena di morte si possa realmente conciliare e come — ma in coscienza io non riesco a trovare risposta — con la « sollecitudine » e la « premura » della Chiesa — sono di nuovo parole della *Redemptor hominis* — per l'« uomo intero », l'« uomo nella sua irripetibile realtà umana », *ciascuno* degli « uomini viventi sul nostro pianeta, dal momento in cui viene concepito sotto il cuore della madre » ([72]).

([69]) *Redemptor hominis*, n. 17.

([70]) Sulla possibilità e sulla necessità di tale convergenza di intenti e di interessi, anche con riferimento ai compiti della Chiesa e dei cristiani, insistono ora con efficacia K. LEHMANN, *Grundwerte in Staat und Gesellschaft. Eine Zwischenbilanz zur bisherigen Diskussion*, in *Was sind die Grundwerte?*, cit. alla nota 53, p. 9 ss., 19 ss., 38 ss.; H. MAIER, *Grundwerte und Grundrechte*, in *Werte-Rechte-Normen*, cit. alla nota 11, p. 126, 128 ss. e J. ISENSEE, come nota 53, p. 164 ss. Espone con molta chiarezza i pericoli di un processo degenerativo della democrazia occidentale, che potrebbe innestarsi sulla graduale progressiva scomparsa della « sostanza spirituale » che ne sta alla base, cioè della « idea di persona e di quella connessa di un diritto naturale dell'uomo », U. MATZ, *Politik und Gewalt. Zur Theorie des demokratischen Verfassungsstaates und der Revolution*, Greiburg-München, 1975, p. 283.

([71]) Riferimenti in E. DOLCINI, come nota 25, p. 237 ss.

([72]) *Redemptor hominis*, n. 13. Non avrebbe senso richiamare qui, con riguardo alla pena di morte, i diversi « *pro* » e « *contra* » variamente formulati da sempre, sia sul terreno giuridico-penale che su quello propriamente teologico.

Sintesi notevoli abbastanza recenti di essi, con sviluppi anche originali, sono quelle, alle quali rinvio, di Art. KAUFMANN, *Um die Todesstrafe*, in *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln, 1966, p. 13 ss., di G. GLOEGE, *Die Todesstrafe als theologisches Problem*, Köln und Opladen, 1966, e di A. BERISTAIN, *Katholizismus und Todesstrafe*, in *ZStW*, 1977, p. 215 ss. Vorrei piuttosto ricordare soltanto che secondo M. HONECKER, *La pena di morte nell'ottica della teologia evangelica*, in *Concilium*, 1978, n. 10, p. 95, dietro le incertezze teologiche sulla pena di morte vi sarebbe « il problema irrisolto del significato di retribuzione, colpa e espiazione per il diritto penale secolare ». Ciò è vero a mio giudizio solo in parte. Più importante per tutti, teologi e non, credenti e non credenti, mi pare invece proprio il significato *reale* della dignità dell'uomo », dell'uomo nella sua *interezza*. La Chiesa non si stanca oggi, con rinnovati accenti specie dal pontificato giovanneo in poi, di annunciare a tutti, ovunque e in ogni modo, la dignità dell'uomo; d'altra parte essa conosce da sempre ed è in grado di toccare con mano ogni giorno, anche nell'epoca attuale, la « giustizia » degli ordinamenti penali secolari degli Stati contemporanei. Sebbene non ne possa condividere fino in fondo le conclusioni — e per quanto mi renda conto delle differenze della metodologia della teologia protestante da quella della teologia cattolica — mi tornano allora a mente le parole di K. BARTH, *Die kirchliche Dogmatik*, III, 4, Zürich, 1951, p. 509-510, il quale, dopo aver esposto le ragioni per cui l'obbligo di proteggere la vita in una comunità statuale non può conciliarsi con la previsione della pena di morte come elemento di un « ordinamento normale » (essa sarà però da tollerare secondo l'autore in casi totalmente estremi, quando lo Stato, si badi, non il suo *bene esse*, ma il suo *esse* stesso e la sua sopravvivenza siano *direttamente* in gioco), aggiunge: « È sorprendente e doloroso che da 1900 anni esista una chiesa cristiana e da 400 anni una chiesa evangelica, che non soltanto non abbiano difeso questa posizione, ma addirittura vi si siano sempre opposte » ... « a favore della pena di morte non si può trarre nulla, assolutamente nulla dal vangelo, ma tutto contro di essa ».

WINFRIED HASSEMER
Università di Frankfurt a. M.

RELIGIONSDELIKTE IN DER SÄKULARISIERTEN RECHTSORDNUNG

I. *Die Religionsdelikte im Streit.*

Der Besuch des Papstes Johannes Paul II. im November 1980 in der Bundesrepublik hat unter den deutschen Christen mancherlei Fragen aufgeworfen. Eine dieser Fragen betraf die Eignung des Strafrechts zur Lösung oder Verarbeitung theologischer bzw. religiöser Probleme. So meldete die Nachrichtenagentur « epd » Ende Oktober folgendes:

> « Mit einer Klage beim Landgericht Hannover hat jetzt ein evangelischer Pastor auf das Buch ' Kleine deutsche Kirchengeschichte ' reagiert, das die katholische Deutsche Bishofskonferenz zur Vorbereitung des Papstbesuches in der Bundesrepublik verbreitet. Pastor Albrecht Walsemann nennt als Grund der Klage eine ' Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, verbunden mit vorsätzlicher Verletzung von religiösen Gefühlen anderer '.
>
> Die Klage richtet sich gegen den Beitrag des katholischen Theologen Remigius Bäumer über den Reformator Martin Luther, der nicht nur bei evangelischen Christen Protest ausgelöst hatte. Walsemann klagt auf ein Verbot des Buches in seiner gegenwärtigen Form und beantragt eine einstweilige Verfügung zu seiner Beschlagnahme. Der Beitrag über Luther stelle diesen als Phantasten dar, bescheinige ihm ' sadistische Formulierungen ' und erziele eine Wirkung auf den Leser, ' die einer äußerst schweren Verunglimpfung entspricht '. Auch falsche Sachbe-

hauptungen wirft der Pfarrer dem Autor in seiner Klageschrift vor ».

Pastor Walsemann fährt mit seinem gerichtlichen Vorgehen gegen die offiziell verbreitete Schrift eines Kollegen, so scheint es, schweres Geschütz auf. Man sollte meinen, nicht eine Kammer am Landgericht, sondern eine sachverständige Öffentlichkeit habe darüber zu entscheiden, ob der Theologe Bäumer ein treffendes oder ein verzerrtes Lutherbild gezeichnet hat: Kaum auszudenken, unter welche Zwänge die Historiker gerieten, wenn ihre wissenschaftlichen Urteile über Nero oder Karl den Großen jeweils gerichtliche Nachprüfungen unter den Gesichtspunkten des § 189 StGB [1] zu gewärtigen hätten.

Was die « Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener » (§ 189 StGB) angeht, so hat der Strafgesetzgeber allzu massiven wissenschaftlich-publizistischen Auseinandersetzungen vor Gericht freilich einen Riegel vorgeschoben, indem er — in § 193 StGB — die « Wahrnehmung berechtigter Interessen » von der Strafbarkeit verunglimpfender Äußerungen freistellte (2). Pastor Walsemann hat überdies in seinem gerichtlichen Begehren nur auf ein Verbot des Buches, nicht auch auf eine Bestrafung des Autors gezielt und so darauf verzichtet, die ganze Strenge des Gesetzes in Anspruch zu nehmen.

Trotz dieser Einschränkungen offenbart die Konstellation, die dem Vorfall zugrundeliegt, die Problematik von Religionsdelikten innerhalb einer modernen Rechtsordnung mit besonderer Schärfe. Diese Delikte nämlich sind es, auf welche der Kläger sich bezieht, wenn er eine Verletzung religiöser Gefühle rügt: §§ 166 bis 168, welche den 11. Abschnitt im Besonderen Teil des StGB ausmachen (« Straftaten, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen ») und welche unter Strafe stellen die

---

(1) § 189 StGB: Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Obwohl § 189 StGB nicht zum engeren Kreis der Deliktsnormen zu Religion und Weltanschauung gehört, lassen sich an ihm doch theologische Grundlagen aufweisen. Vgl. mein Buch *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, S. 177 ff. zur « Verhülltheit des Todes » (Karl RAHNER).

— Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166);
— Störung der Religionsausübung (§ 167);
— Störung einer Bestattungsfeier (§ 167a);
— Störung der Totenruhe (§ 168) (3).

Diese Vorschriften haben eine wechselvolle Geschichte. Sie sind im Zuge der Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland erst in jüngster Zeit umfassend novelliert und einer zeitgenössisch herrschenden Überzeugung von der Rationalität des Strafrechts angepaßt worden. Sie erlauben einen Blick auf den Umgang einer modernen Rechtsordnung mit Religion und Weltanschauung. Und sie begründen die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der strafrechtliche Schutz von Religion und Weltanschauung (noch) zeitgemäß ist.

---

(3) Die zitierten Vorschriften lauten im einzelnen:

§ 166 (1) Wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung, ihre Einrichtungen oder Gebräuche in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

§ 167. (1) Wer

1. den Gottesdienst oder eine gottesdienstliche Handlung einer im Inland bestehenden Kirche oder anderen Religionsgesellschaft absichtlich und in grober Weise stört oder
2. an einem Ort, der dem Gottesdienst einer solchen Religionsgesellschaft gewidmet ist, beschimpfenden Unfug verübt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Dem Gottesdienst stehen entsprechende Feiern einer im Inland bestehenden Weltanschauungsvereinigung gleich.

§ 167 a. Wer eine Bestattungsfeier absichtlich oder wissentlich stört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 168. (1) Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten eine Leiche, Leichenteile oder die Asche eines Verstorbenen wegnimmt, wer daran oder an einer Beisetzungsstätte beschimpfenden Unfug verübt oder wer eine Beisetzungsstätte zerstört oder beschädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

II. *Ambivalenzen der Gesetzgebungsgeschichte.*

« De crimine bigamiae » (1685); « An haeresis sit crimen » (1697); « De crimine magiae » (1701) - in diesen Schriften des Christian *Thomasius* und an der in ihnen kritisierten Strafrechtspraxis zeigt sich beispielhaft, daß der Kampf gegen eine Begründung von Strafrecht und Strafrechtsfolgen aus dem Göttlichen, dem Religiösen, dem « Übersinnlichen » nicht eine Errungenschaft der neuesten Rechtsgeschichte ist, sondern eine früh entwickelte Form der Berufung auf Inhaltsreichtum und Kraft der menschlichen Vernunft (4). Immerhin hatte schon die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532, die in Art. 106 zeitgemäß die Strafbarkeit der Gotteslästerung vorsah, in Art. 109, der die Zauberei mit Strafe bedrohte, einen Unterschied in Tatbeschreibung und Tatfolgen für die Alternative formuliert, daß einmal ein tatsächlich feststellbarer Schaden aus der zauberischen Aktivität folge, einmal nicht - ein Beleg für die Ambivalenz zwischen dem Übersinnlichen und dem sinnlich Greifbaren.

Diese Ambivalenz kennzeichnet auch die jüngsten Entwicklungen der Reformgesetzgebung im Strafrecht.

Das *StGB* aus dem Jahre 1871 bedrohte in § 166 StGB a.F. mit Strafe denjenigen, der « dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert, ein Ärgernis gibt », es schützte in derselben Norm vor allem die christlichen Kirchen und ihre Einrichtungen vor « Beschimpfung », die Gotteshäuser vor « beschimpfendem Unfug ». Kritik ist nicht ausgeblieben, führte lange Zeit aber nicht zu Veränderungen (5). Die deutsche Strafrechtsordnung begünstigte die christlichen Kirchen und die mit Korporationsrechten ausgestatteten Religionsgesellschaften, und sie basierte eine Strafdrohung auf der Vorstellung, Gott könne durch lästerliche Handlungen verletzt werden.

Im *Entwurf* (E) eines Strafgesetzbuches *1962*, der für die Reform des StGB eine wichtige Rolle spielte, bahnten sich vorsichtig

---

(4) Einzelheiten bei Mario ROMANO, in diesem Band unter II 6 A, II 7 E

(5) Einzelheiten bei KESEL, *Die Religionsdelikte und ihre Behandlung im künftigen Strafrecht*, München 1968, S. 4 ff., mit weiteren Nachweisen.

Änderungen an; aber auch er stand in der Tradition der Ambivalenz zwischen dem Übersinnlichen und der irdisch spürbaren Rechtsgutsverletzung. Unter Berufung auf Art. 4 des Grundgesetzes (GG), der in Absatz I die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses für unverletzlich erklärt und in Absatz II die ungestörte Religionsausübung gewährleistet, führte der Entwurf den Grundsatz der Gleichberechtigung aller im Staate bestehenden Religionsgesellschaften ein, seien sie privaten oder öffentlichen Rechts (6). Damit war die religiöse Überzeugung als eine allgemeine zum geschützten Gut erhoben, die Einschränkung auf bestimmte Glaubensinhalte war beseitigt. In der Gesetzesfassung und der Begründung brachte der E 1962 überdies zum Ausdruck, daß es ihm nicht auf die Verteidigung Gottes, sondern auf den Schutz des religiösen Empfindens der Menschen ankam (7). Damit war ein Gesetzesverständnis eingeführt, das sich an irdisch Greifbares hielt und sich etwa auf die Nähe zu den Beleidigungsdelikten berufen konnte: die Rechtsverletzung trat auf Erden und bei Menschen ein.

Gleichwohl ist der E 1962 über marginale Reformen in diesem Bereich nicht hinausgekommen. An einem größeren Schritt wurde er durch seine Grundtendenz gehindert, moralisierende Haltungen im Strafrecht zu zementieren (8). So vereinigt der Abschnitt « Straftaten gegen die Sittenordnung », in dem die Delikte gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe enthalten sind, solch heterologe Gruppen wie Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Sexualdelikte (9), unterlassene Hilfeleistung und

(6) Man vergleiche die Begründung des *E 1962* vor § 187, S. 342.

(7) « Durch die vorgeschlagene Fassung wird zugleich klargestellt, daß die Vorschrift das allgemeine religiöse Empfinden und nicht Gott selbst schützt, der als höchstes Wesen menschlichen Schutzes durch das Strafrecht nicht bedarf » (*E 1962*, S. 343).

(8) Eine nachdrückliche Kritik in dieser Richtung findet sich bei MAIHOFER, *Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts*, in Jürgen BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, S. 116 ff., bes. S. 124 ff.; MAIHOFER hebt dort die Strafdrohungen gegen den Ehebruch und die Gotteslästerung hervor.

(9) « Sittlichkeit » war dem *E 1962*, wie auch schon früherem Strafrechtsdenken, auf « geschlechtliche Sittlichkeit » geschrumpft (vgl. Begründung, S. 341).

Tierquälerei; vergleichbar werden diese Tatbestände nur durch die Ansicht der Verfasser des Entwurfs, « Sittenordnung » und « sittliches Empfinden der Allgemeinheit oder des einzelnen » seien strafrechtlich schützenswerte Rechtsgüter. Die Konsequenz ist eine Strafrechtsordnung, die in Begründung und Begrenzung zu Bedenken Anlaß gibt.

Solche Bedenken werden vom « *Alternativ-Entwurf* » formuliert, der dem E 1962 ein « modernes » Strafrechtskonzept entgegenstellte (10). Diese Konzeption, erarbeitet von Strafrechtslehrern, brachte ein Rechtsverständnis in Gesetzesfassung, das dem Gedankengut der Aufklärung und der Idee einer säkularisierten, pluralistisch verfaßten Gesellschaft verpflichtet war (11). In einer solchen Konzeption hatten Religionsdelikte keinen Platz. Sie wurden auf ihren « rationalen » Kern reduziert und bei den Straftatbeständen lokalisiert, bei denen die Verletzung eines greifbaren Rechtsguts feststellbar war: beim Hausfriedensbruch, bei der Beleidigung oder bei der Störung öffentlicher Ordnung. Die Delikte gegen die Religion wurden reduziert auf Delikte gegen das Hausrecht oder die Ehre im Zusammenhang mit religiösen Überzeugungen. Das Übersinnliche war nicht mehr verstanden als schützenswertes Rechtsgut einer Strafrechtsordnung, sondern vielmehr als Modus menschlichen Handelns, der einzelne delinquente Angriffe und einzelne Opferreaktionen motiviert.

III. *Der Kompromiß des StGB und seine Probleme.*

Das *Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts* (1. StrRG) (12), welches die Religionsdelikte novellierte, hat einen Mittelkurs zwischen den beiden Gesetzentwürfen gesteuert. Es hat die Religionsdelikte einerseits beibehalten, sie andererseits aber in der Richtung eines säkularisierten, pluralistischen Rechtsverständnisses « entschärft ». Das Ergebnis, die §§ 116 bis 168 StGB n.F., ist ein Kompromiß, der in seinem Bemühen, es allen recht zu machen,

---

(10) *Alternativ-Entwurf*. Besonderer Teil: Sexualdelikte usw., 1968, S. 77.

(11) Repräsentativ MAIHOFER, *Die Gotteslästerung*, in *Die deutsche Strafrechtsreform*, 1967, S. 187 ff.

(12) Vom 25.6.1969 (Bundesgesetzblatt I, 645).

die Ambivalenz zwischen dem Übersinnlichen und dem sinnlich Greifbaren deutlich zum Ausdruck bringt ([13]):

Der Tatbestand der Gotteslästerung wird nicht übernommen. § 166 StGB wird gleichwohl in modifizierter Form beibehalten, aber von seinen Begrenzungen auf das Religiöse oder gar das Christliche befreit: Der Strafschutz wird auf Weltanschauungsvereinigungen und auf religiöse bzw. weltanschauliche Bekenntnisse einzelner Bürger ausgedehnt, die einer entsprechenden Gruppe nicht angehören. Dies kommt denjenigen entgegen, die für eine « Entkirchlichung » des Strafrechts eintreten und die « Modernität » der Rechtsordnung daran messen, ob jedwede weltanschauliche Äußerung gleiche Chancen hat, sich zur Geltung zu bringen. § 166 StGB n.F. stellt aber auch diejenigen zufrieden, die auf dem strafrechtlichen Schutz weltanschaulicher Überzeugungen bestehen. Die Norm ist Ausdruck der geschwundenen Motivationskraft der christlichen Glaubensinhalte (sie schützt nunmehr jeglichen Glaubensinhalt) und der Entschlossenheit, mit der christlichen nicht jede weltanschauliche Überzeugung aufzugeben (sie beharrt auf dem Schutz von Weltanschauung). So reiht sie sich ein in moderne Entwicklungen, welche etwa die Verbindlichkeit des überkommenen Religionsunterrichts in der schulischen Erziehung auflösen, sie aber durch eine neue, verallgemeinerte, Verbindlichkeit, etwa durch « Ethik », ersetzen.

Dieser Mittelkurs führt in spezifische Schwierigkeiten.

1. Die Ausdehnung des Strafrechtsschutzes auf jedwede weltanschauliche Überzeugung schafft unausweichliche und unlösbare *Abgrenzungsprobleme*. Streng genommen, führt die Säkularisierung des « Bekenntnis » - Begriffs dazu, daß nur noch Ableitungen innerhalb formaler Systeme ausgenommen werden können. Jede Behauptung über Wirklichkeit — sei sie irdische oder überirdische — kann « Bekenntnis » sein und ist es auch, wenn man die Einwände der Erkenntnistheorie gegen den Nachweis der Existenz einer Außenwelt zuläßt.

([13]) Überblick über die Neuregelung bei ZIPF, NJW 1969, 1944 f.

Weniger sophistisch und näher an der Praxis stellt sich die Frage nach der Ausgrenzung wissenschaftlicher und politischer « Grundüberzeugungen ». Die Strafrechtsdogmatik kann hier nur Formeln anbieten, welche die Richtung einer Ausgrenzung angeben, ohne diese jedoch herstellen zu können. « Inhalt der religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen, denen sich der einzelne *in seinem Gewissen* verpflichtet fühlt » ([14]) - « weltanschauliches Bekenntnis » als die « Sinndeutung der Welt im Ganzen und die Stellung des Menschen in ihr » ([15]): darin sind etwa Marxismus, Materialismus, humanitäter Idealismus, Existenzphilosophie oder Anthroposophie eingeschlossen ([16]), politische Überzeugungen aber nur scheinbar ausgeschlossen. Niemandem kann im Ernstfall entgegengehalten werden, daß etwa seine Meinung über die Gefährlichkeit von Kernkraftwerken für die Entwicklung der Gesellschaft oder über die soziale Benachteiligung der Frauen diesen Anforderungen an weltanschauliche Bekenntnisse nicht genüge. Gleiches muß gelten beispielsweise für Konzepte, welche soziale Ungleichbehandlung auf biologische Unterschiede gründen oder politische Forderungen aus einer Evolutionstheorie ableiten: Läßt man jede weltanschauliche Überzeugung als strafrechtliches Schutzobjekt zu, so entscheidet über die Abgrenzung zu sonstigen Überzeugungen und Meinungen lediglich die — variable — Rückführung der jeweiligen Meinung auf tieferliegende Begründungszusammenhänge.

2. Die Ausweitung der Verletzungsobjekte in § 166 StGB n.F. auf weltanschauliche Überzeugungen (auch einzelner) bedeutet eine *Ausweitung des Tatbestandes* überhaupt - ein Ergebnis, das zwei mächtigen Tendenzen modernen Strafrechts widerspricht: der Tendenz, im Bereich der « klassischen » Delinquenz zu entkriminalisieren, und der Tendenz, speziell den Bereich der Religionsdelikte zu verengen. Der Gesetzgeber hat sich bemüht, diesen beiden Tendenzen vor allem dadurch gerecht zu werden,

---

([14]) STURM, NJW 1969, 1607 Fn. 16; Hervorhebung dort.

([15]) LENCKNER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 20. Aufl. (1980), § 166 Rdnr. 6.

([16]) So LENKNER ebenda.

daß er die Strafbarkeit zusätzlich davon abhängig machte, daß die beschimpfende Äußerung öffentlich geschieht und daß sie geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören; dadurch sollen insbesondere Verlautbarungen im privaten Kreis und ohne gesellschaftliche Relevanz aus dem Strafbarkeitsbereich herausgehalten werden.

Die Einarbeitung des Konzepts der « Öffentlichkeit » bringt jedoch nur schmalen Gewinn und fordert hohe Kosten. Das Merkmal « öffentlicher Friede » stößt in einer Strafrechtsordnung auf Vorbehalte, weil es weite Auslegungsspielräume eröffnet. Es kann des weiteren nicht verhindern, daß auch wirre und abwegige Meinungsäußerungen den strafrechtlichen Schutz genießen (17), wenn die Auseinandersetzungen um sie von konfliktfähigen Gruppen ausgetragen werden. Und schließlich legt es die Frage nahe, warum gerade Angriffe auf Religion und Weltanschauung eine besondere tatbestandliche Hervorhebung neben den Delikten gegen den öffentlichen Frieden (etwa §§ 126, 130 StGB) verdienen.

3. Diese Frage hat zu einer erwartbaren Verwirrung in grundsätzlichen Stellungnahmen zur *ratio legis des § 166 StGB* geführt, in welcher sich die hier behauptete Ambivalenz zwischen irdischer und übersinnlicher Rechtsgutskonzeption von neuem dokumentiert: Schützt die Norm die Umgangsformen religiöser und weltanschaulicher Auseinandersetzungen (18), oder will sie das friedliche Zusammenleben der Menschen garantieren (19)? Ver-

---

(17) Der Gesetzgeber hat dieses Problem gesehen und in Kauf genommen; vgl. Protokolle des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform V-2429, 2432.

(18) So etwa DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 39. Aufl. (1980), § 166 Rdnr. 1: « Geschützt werden sollen Fairneß und Anstand in der religiösen und weltanschaulichen Auseinandersetzung, die als solche durchaus erwünscht ist, aber nicht in der Form friedensstörender Beschimpfungen geführt werden darf ».

(19) So etwa HEIMANN-TROSIEN, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 9. Aufl. (1970), § 166 Rdnr. 1: « Der § 166 ist jetzt ein Vergehen, das zwar seinen Ausgangspunkt im religiösen Bereich hat; er greift aber nur ein, wenn ein anderes, weltliches Rechtsgut, nämlich das friedliche Zusammenleben der Menschen untereinander, gefährdet wird ».

suche, die ratio legis des § 166 StGB in einer Harmonisierung von Irdischem und Überirdischem zu konkretisieren, enden in einer mysteriösen Konzeption eines staatlichen Interesses an rechtlicher Begrenzung gesellschaftlich erwünschter Pluralität, wie sie ein am Gesetzgebungsverfahren maßgeblich Beteiligter vorgetragen hat: « Ziel der Vorschriften ist es, groben Verletzungen des Anstandes und der Toleranz in der religiösen und weltanschaulichen Auseinandersetzung zur Wahrung des öffentlichen Friedens zu begegnen. An einem solchen Schutz besteht gerade in einer pluralistischen Gesellschaft ein eigenes staatliches Interesse, das von den spezifischen Wünschen der einzelnen religiösen und weltanschaulichen Gruppen unabhängig ist » ([20]). Die naheliegende Frage bleibt offen, warum der Strafgesetzgeber gerade im Bereich dieses Typs von Auseinandersetzung auf Anstand und Toleranz achtet und Entgleisungen öffentlicher Kommunikation in anderen Bereichen erst dann mit Strafe bedroht, wenn sie die allgemein geltenden Verletzungsschwellen des Hausfriedensbruchs, der Beleidigung oder der Friedensstörung überschreiten. Was ist das Besondere an Auseinandersetzungen im Bereich von Religion und Weltanschauung, das den Strafgesetzgeber zu einer besonderen Schutzbestimmung herausfordert?

Es bietet sich an, die Frage aus der historischen Entwicklung der Religionsdelikte heraus zu beantworten: Der Strafgesetzgeber habe diese Deliktsgruppe einer säkularisierten Gesellschaft schrittweise angepaßt, den letzten Schritt aber, ihre Eliminierung aus dem Strafgesetz, noch nicht getan; Kennzeichen auch der Strafrechtsentwicklung sei ein gewisses Beharrungsvermögen gegenüber historischen Entwicklungen, auf Kontinuität der Normänderungen sei zu achten. – Diese Antwort soll hier auf sich beruhen. Zu einer Orientierung des Strafgesetzgebers führt sie nur auf Umwegen ([21]). Will man eine Zielkonzeption für die Gesetzgebung im Bereich der Religionsdelikte entwickeln, so muß man — inhaltlich und systematisch — nach den Bedingungen fragen, die eine säkularisierte Rechtsordnung einem strafrechtlichen

([20]) STURM, NJW 1976, 1607.

([21]) Dieses Problem wird unter VI 2a noch einmal kurz aufgenommen (bei Fn. 34).

Schutz von Religion und Weltanschauung voraussetzt: Inwieweit entspricht der besondere ([22]) Schutz von Religion und Weltanschauung dem Charakter einer säkularisierten Strafrechtsordnung?

IV. *Zum Konzept der Säkularisation.*

Diese Frage führt begriffliche Probleme herauf, welche Unsicherheiten bei der Präzisierung des Gegenstands zur Folge haben können. Diese begrifflichen Probleme hängen mit dem Standort der « Säkularisation » zusammen. Wie die Debatte zeigt ([23]), schillert der Begriff der Säkularisation nicht nur in seinen einzelnen Merkmalen, sondern — konsequenterweise — auch in seiner Verwendbarkeit gegenüber historischen Phänomenen. Folglich hat eine Funktionsbestimmung der Religionsdelikte in unserer Strafrechtsordnung keinen festen Bezugspunkt; mit dem Begriff der Säkularisation schillert auch die Beurteilung des strafrechtlichen Schutzes von Religion und Weltanschauung in einer säkularisierten Rechtsordnung.

In dieser Lage können Aussagen, die zugleich inhaltsreich und präzise sind, nur erwartet werden, wenn der Begriff der « säkularisierten » Rechtsordnung « von unten her » entwickelt wird, also nicht aus einer umfassenden Vorstellung einer säkularisierten Gesellschaft, sondern in konkretisiertem Bezug zu den legitimen Möglichkeiten eines Strafrechtssystems, im Bereich von Religion und Weltanschauung Stellung zu beziehen. In den Kennzeichnungen, die auf diesem Wege entwickelt werden, sind Behauptungen über die Dimensionen von « Säkularisation » enthalten. Diese Behauptungen können jedoch so schwach gehalten werden, daß sie auf allgemeinen Konsens hoffen dürfen: Auf sie soll ja nicht das schwere Gewicht einer umfassenden Theorie der Säku-

---

([22]) Wie gerade gezeigt, wäre die Alternative zu diesem « besonderen » Schutz durch die speziellen Vorschriften der §§ 166 ff. StGB eine « allgemeine » Erfassung solcher Angriffe über die Tatbestände gegen Beleidigung, Hausfriedensbruch, Störung der öffentlichen Ordnung usw.

([23]) Vgl. insbesondere die Beiträge von COTTIER, MARINI, BIANCHI, COSI, STOLLEIS, DILCHER sowie MENGONI-CASTRONOVO, in diesem Band.

larisation gestützt werden, sondern nur die Beurteilung der legitimen Möglichkeiten der Strafrechtsordnung zum Schutz von Religion und Weltanschauung.

Auch schwache Behauptungen sind freilich bestreitbar. Mit ihnen kann deshalb nur heuristisch, nicht ableitend verfahren werden (24). Das bedeutet für unser Thema, daß Ergebnisse nur dazu taugen, Auseinandersetzungen über die Religionsdelikte im Strafrecht anzuregen, nicht aber dazu, sie abzuschließen. Das ist nicht wenig. Zum einen könnte dadurch das Konzept der Säkularisation weiterentwickelt werden, indem es aus einem begrenzten Anwendungsbereich konkretere Fragen und Impulse erfährt. Zum andern liegt in einem solchen Verfahren die Chance, die Debatte über die Berechtigung eines besonderen Strafrechtsschutzes für Religion und Weltanschauung wieder in Gang zu bringen, indem die Leitlinien der jüngsten Strafrechtsreformen genauer ausgezeichnet und in ihrer Entwicklungsrichtung verdeutlicht werden.

V. *Kennzeichen eines säkularisierten Strafrechts.*

Unter diesen Vorbehalten kann eine säkularisierte Strafrechtsordnung gegenüber Religion und Weltanschauung durch folgende Merkmale gekennzeichnet werden:

Eine säkularisierte Strafrechtsordnung

1. enthält sich einer Entscheidung (und einer Entwicklung von Entscheidungskriterien) darüber, welche Religion oder Weltanschauung « wahr » ist;

2. behandelt jegliche Religion oder Weltanschauung innerhalb ihres Regelungsgebiets unterschiedslos gleich (bevorzugt also nicht etwa Körperschaften des öffentlichen Rechts oder « Staatskirchen »);

---

(24) Zu einem solchen Verfahren STRUCK, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, 1977, S. 34 ff., mit Bezug auf HASSEMER, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, in *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft. Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, II, 1972, S. 467 ff.

3. formuliert allfällige Straftatbestände so, daß der Taterfolg (die Rechtsgutsverletzung) ausschließlich «auf Erden» eintritt und mit den Erkenntnismitteln eines prozessualen Beweisverfahrens festgestellt werden kann, das auf der Methodologie der empirischen Wissenschaften beruht;

4. unterstellt Tatbestände gegen Religionsdelikte streng den Kriterien von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit, die für die sonstigen Tatbestände der Strafrechtsordnung gelten.

Man sieht, wie schwach diese Voraussetzungen einer säkularisierten Strafrechtsordnung sind; sie liegen, mehr oder weniger deutlich, den Reformabsichten des 1. StrRG zugrunde und haben die Regelungen der §§ 166 ff. StGB n.F. mitbestimmt. Sie ergeben sich aus einer Rechtstradition, welche sich aus der Aufklärung schrittweise und mit Rückschlägen, im großen historischen Zusammenhang aber in konsistenter Linie, entwickelt hat:

ad 1. Das säkularisierte Strafrecht verfährt agnostisch. Es leugnet nicht, daß die ihm unterworfenen Bürger oder daß Gruppen unter ihnen Überirdisches für wahr halten. Es beharrt aber darauf, daß die Wahrheitsfrage von Rechts wegen nicht entscheidbar ist. Mit der Möglichkeit, inhaltsreiche Behauptungen dem Zweifel zu entziehen, entfällt auch die Möglichkeit, Übersinnliches demjenigen als wahr zu dekretieren, der es nicht wahrhaben will. Die Inhalte von Religion teilen das Schicksal von Inhalten eines überzeitlich geltenden Naturrechts. An die Stelle der Wahrheit treten differente und unentscheidbare Sätze über Wahrheit, wie an die Stelle des Naturrechts differente, als richtig behauptete, kontingente Rechtssetzungen treten. Religion und Weltanschauung sind dem säkularisierten Strafrecht nicht mehr als ein Datum. Sie sind existent, sie gehören zum Alltag der dem Strafrecht Unterworfenen. Auf diese Erfahrung kann der Strafgesetzgeber sich ohne Zweifel stützen, diese Erfahrung muß er (irgendwie) verarbeiten. Religion und Weltanschauung können dem säkularisierten Strafrecht aber nicht als Richtschnur dienen, sie können ihm keine inhaltlichen Zielvorgaben machen. Der Strafgesetzgeber kann sie nur als Tatsache hinnehmen, er kann sie inhaltlich nicht unterscheiden. Er kann sich auch an der Auseinandersetzung der Religionen oder der religiösen Menschen über die Wahrheitsfrage

nicht beteiligen; er hat keine Argumente, keine Kriterien der Wahrheit.

ad 2. Aus der Unentscheidbarkeit der Wahrheitsfrage folgt, daß dem Gesetzgeber des säkularisierten Strafrechts auch keine Vorzugsregel zur Hand ist, mit deren Hilfe er eine unterschiedliche Behandlung von Religionen und Weltanschauungen rechtfertigen könnte. Eine Bevorzugung von « Staatskirchen » kann sich, solange die Wahrheitsfrage unentscheidbar bleibt, nur auf Begründungen stützen, welche dem Bereich von Religion und Weltanschauung extern sind. Historische oder soziale Bedeutung einer Weltanschauungsgemeinschaft, die dem Staatsrecht oder dem Steuerrecht als Regelungsvorgabe dienen könnten, sind als Kriterien unterschiedlicher Behandlung in einem Strafrecht, das sich dem Rechtsgüterschutz verpflichtet, untauglich. Die vom Strafrecht zu schützenden Rechtsgüter müssen sich einer inhaltichen Bewertung stellen; Interessen einzelner werden nicht dadurch zum « Gut », daß sie mit längerer Tradition und intensiverem sozialem Nachdruck vertreten werden als Interessen anderer. Jedenfalls im Strafrecht setzt eine ungleiche Behandlung von Weltanschauungsvereinigungen den Nachweis voraus, daß sie unterschiedliche « Güter » repräsentieren und daß diese Unterschiede strafrechtsrelevant sind. Die Strafbarkeit eines Angriffs auf eine weltanschauliche Überzeugung läßt sich gegenüber der Straflosigkeit eines Angriffs auf eine andere nur rechtfertigen, wenn die schutzlos belassene Überzeugung *als solche* weniger oder keinen Schutz verdient. Eine solche Rechtfertigung kann nur aus dem Inhalt der Überzeugungen hergeleitet werden, nicht aus externen Eigenschaften.

ad 3. Das Strafverfahren einer säkularisierten Rechtsordnung bedient sich zum Nachweis entscheidungserheblicher Tatsachen allein der Methodologie der Beobachtung. Die Verknüpfung von Folgen und Ursachen, der Beweis dafür, daß ein Ereignis sich vollzogen hat, sind nur zugelassen, wenn sie dem Test der fünf Sinne genügen: wenn sie mit den Kriterien vereinbar sind, welche die empirischen Wissenschaften für die Feststellung von Wirklichkeit verordnen. Gottesurteil, Erleuchtung und Weissagung entprechen der Rationalität eines säkularisierten Beweisrechts nicht

mehr (25). Parallel dazu hat auch das Rechtsgutsprinzip in der Tradition der Aufklärung den Kreis der vom Strafrecht zu schützenden Interessen materialisiert, ihn auf Greifbares, Beobachtbares reduziert, um die kriminalpolitische Entscheidung möglichst streng der Kontrolle eines systemkritischen Rechtsgutsdenkens zu unterwerfen (26). So bestehen sowohl Strafverfahrensrecht als auch materielles Strafrecht in einer säkularisierten Rechtsordnung auf der Weltlichkeit ihrer Gegenstände und Methoden. Sie können Überweltliches nur in einer spezifischen Distanz zur Kenntnis nehmen: als Faktum, daß Leute glauben; der Kreis der Gegenstände und Verfahren hingegen, welche rechtlich zugelassen sind, ist dem Überweltlichen verschlossen.

ad 4. Aus den drei vorstehend erläuterten Kennzeichen einer säkularisierten Strafrechtsordnung ergibt sich zwingend, daß Religion und Weltanschauung in einem solchen Strafrecht keinen Sonderstatus haben dürfen. Religiöse und weltanschauliche Überzeugungen und Praktiken kann der Strafgesetzgeber — solange sie keine anderen Rechtsgüter verletzen — nur hinnehmen, er kann sie inhaltlich nicht bewerten. Einer agnostisch verfahrenden Rechtsordnung sind religiöse Empfindungen auch nicht in der Weise präsent wie etwa das Ehrgefühl, welches ebensowenig « beobachtbar » ist wie die religiöse Empfindung (27). Die Ehre ist immerhin — trotz aller Schwierigkeiten, ihrer rechtlich habhaft zu werden — eine menschliche Qualität, die auch einer agnostisch verfahrenden Rechtsordnung als Substanz eines Rechtsguts gelten kann; zu ihrer Begründung bedarf es eines Rückgriffs auf Überirdisches nicht, sie kann als Achtungsanspruch des gesellschaftsvertraglich verfaßten Bürges begriffen, über ihre Inhalte kann rechtlich verhandelt werden. Dies ist bei religiösen und

(25) Dies ist ausführlicher dargelegt in meinem Buch *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, § 16 III 3.

(26) Dies ist ausführlicher dargelegt in meinem Buch *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, S. 27 ff.; die neueste zusammenfassende Darstellung dieser Rechtsgutskonzepte findet sich bei FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, 1980, S. 133 ff.

(27) Darauf beruhen die Schwierigkeiten des sogenannten « faktischen » Ehrbegriffs, der auf psychische Sachverhalte abstellt; vgl. die Diskussion, die bei HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, 1967, S. 1 ff., aufgezeichnet ist.

weltanschaulichen Überzeugungen anders; deren Inhalte sind dem säkularisierten Rechtsdenken verschlossen. Daraus folgt, daß Religion und Weltanschauung *als solche* nicht die Qualität eines Rechtsguts in einer säkularisierten Rechtsordnung haben können.

Betrachtet man die Rechtslage im StGB der Bundesrepublik, so zeigt sich, daß sie die Kennzeichen eines säkularisierten Rechtsdenkens nur teilweise repräsentiert. Sie enthält sich einer Entscheidung über die « Wahrheit » einer Weltanschauung (1.), indem sie ihren Schutz jedweder weltanschaulichen Überzeugung und Einrichtung gewährt, ohne Rücksicht auf deren Inhalte. Sie folgt dem Grundsatz der Gleichbehandlung (2.), indem sie gegenüber der früheren Gesetzesfassung den Strafbarkeitsbereich über bestimmte religiöse Bekenntnisse hinaus auf jede Weltanschauung, auch die eines einzelnen, erweitert. Sie materialisiert den Taterfolg und paßt damit das Beweisverfahren den Anforderungen empirischer Methodologie an (3.), indem sie insbesondere in § 166 StGB n.F. statt der Gotteslästerung den Angriff auf bestimmte menschliche Umgangsformen mit Strafe bedroht. Die Konsequenz aus alledem (4.) zieht sie freilich nicht, indem sie Religion und Weltanschauung gleichwohl einen Sonderstatus verleiht: Sie hat für diesbezügliche Angriffe spezielle Strafvorschriften eingerichtet und damit in diesem Bereich die Verletzungsschwelle im Vergleich zu den allgemeinen Vorschriften über Hausfriedensbruch, Störung öffentlicher Ordnung oder Beleidigung herabgesetzt.

VI. *Entfernung der Religionsdelikte aus der säkularisierten Rechtsordnung.*

Die Brüche in der kriminalpolitischen Konzeption von Religionsdelikten in einer säkularisierten Strafrechtsordnung ([28]) und die Schwierigkeiten beim Umgang mit solchen Tatbeständen ([29]) stehen in einem inneren Zusammenhang. Ein Strafrecht, welches Weltanschauungen über ihre Wahrheit nicht befragen kann, welches sie folglich nicht unterscheiden kann und also nicht unter-

([28]) Oben unter V.

([29]) Oben unter III, 1. bis 3.

schiedlich behandeln darf, verfügt nicht über abgrenzende Kriterien bei Meinungen über Wirklichkeit und muß sie folglich sämtlich in seinen Schutz einbeziehen oder sie sämtlich schutzlos stellen. Ein Strafrecht, welches die Kennzeichen einer säkularisierten Rechsordnung im Bereich der Religionsdelikte nur zu einem Teil auf sich bezieht, kann keine in sich geschlossene Rechtsgutskonzeption entwickeln; es produziert vielmehr systemische Schwierigkeiten sowohl im Bereich der Religionsdelikte selbst als auch in deren Verhältnis zu anderen, verwandten, Gruppen von Deliktstatbeständen. Daraus kann eigentlich nichts anderes folgen als die Forderung nach Entfernung der Religionsdelikte aus einem säkularisierten Strafrecht.

Diese Forderung muß freilich noch unter zwei weiteren Aspekten geprüft werden. Brüche in der kriminalpolitischen Konzeption und im System der Deliktstatbestände sind noch keine ausreichenden Gründe für eine Abschaffung dieser Tatbestände. Zum einen könnte es möglich sein, die Brüche durch eine Veränderung — unter grundsätzlicher Beibehaltung — der Vorschriften zu heilen (1.); zum andern könnte ein unabweisbares kriminalpolitisches Bedürfnis fordern, die unheilbaren Brüche, wenigstens einstweilen, hinzunehmen, bis dieses Bedürfnis entfällt oder bis ihm anderweitig Rechnung getragen werden kann (2.).

1. Daß die gezeigten Unzuträglichkeiten nicht durch eine *Umarbeitung* der gesetzlich formulierten Religionsdelikte beseitigt werden können, ergibt sich aus den bisherigen Überlegungen mit genügender Deutlichkeit. Der Gesetzgeber des 1. StrRG hat diesen Weg zu einem säkularisierten Strafrecht bis zu dessen Ende beschritten. Er hat die tatbestandlichen Voraussetzungen so weit ausgedünnt, daß eine neuerliche Umarbeitung der Vorschriften in Richtung einer säkularisierten Vorschrift jeglichen Unterschied zu anderen Deliktsgruppen beseitigen würde: die Religionsdelikte wären dann systematisch funktionslos und der Sache nach abgeschafft. Weniger als das weltanschauliche Bekenntnis jedes einzelnen bzw. die Einrichtungen jeglicher Weltanschauungsvereinigung ([30]) kann Schutzobjekt einer entspre-

([30]) Vgl. etwa § 167 II StGB.

chenden Deliktsgruppe nicht sein. Eine noch größere Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Unterscheidung der Schutzobjekte würde diese gänzlich verschwimmen lassen.

2. Ein unabweisbares *kriminalpolitisches Bedürfnis* zur Beibehaltung von Vorschriften über Religionsdelikte läßt sich in zweierlei Richtung denken. Zum einen ist zu überlegen, ob die Vorschriften — bei allem Widerspruch gegen die Tendenzen einer säkularisierten Rechtsordnung — möglicherweise eine tief begründete gesellschaftliche « Irrationalität » auffangen und binden (a.); zum andern könnte sich herausstellen, daß auch eine « aufgeklärte » Strafrechtsordnung einen « heiligen » Bereich zulassen muß, aus dem « rationale » Begründungen nicht verlangt werden dürfen (b.).

a. « *Rationaler* » *Umgang mit gesellschaftlicher* « *Irrationalität* » ist als kriminalpolitisches Konzept nicht neu. Vor allem Bernhard Haffke hat ein solches Modell am Beispiel kollektiver Strafbedürfnisse diskutiert ([31]). Es läßt sich zeigen, daß die Rationalität kriminalpolitischer Begründung keine hinreichende Bedingung für die Rationalität kriminalpolitischer Entscheidung ist, daß der « aufgeklärte » Strafgesetzgeber vielmehr in Rechnung stellen und verarbeiten muß, daß seine gut gemeinten und gut begründeten Gesetzesnormen auf eine Rechtsgemeinschaft treffen, deren kognitive und emotive Handlungsbedingungen sich von denen dieses Gesetzgebers unterscheiden. Eine verächtliche Nichtbeachtung « vormoderner », aber real gelebter normativer gesellschaftlicher Verständigung wäre nicht vernünftige, sondern naive, « irrationale » Kriminalpolitik. Nicht das Wegsehen, sondern der produktive Umgang mit solcher gesellschaftlicher Werterfahrung in den Formen demokratischer Auseinandersetzung wäre das richtige kriminalpolitische Konzept. Sind die §§ 166 bis 168 StBG Ausdruck einer solchen Art Kriminalpolitik?

Der Kompromißcharakter der Vorschriften legt eine bejahende Antwort nahe. In diesem Charakter könnte zum Ausdruck kommen, daß der Strafgesetzgeber zwar auf der einen Seite die

([31]) HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, vor allem S. 165 ff.; vgl. auch schon meine *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, S. 239 ff.

Kennzeichen einer säkularisierten Strafrechtsordnung in diesem Bereich konsequent verwirklichen wollte (32), vor dem folgerichtigen Ergebnis (33) aber deshalb zurückgeschreckt ist, weil ihm dieses Ergebnis derzeit über das rechte Maß gesetzgeberischer Zumutungen hinauszugehen schien (34).

Diese Spekulation kann freilich auf sich beruhen. Es gibt zumindest zwei Gründe, die eine verneinende Antwort der gestellten Frage stützen.

Man kann die gesellschaftlichen Werterfahrungen im Bereich von Religion und Weltanschauung nicht in den Kreis «irrationaler» normativer Verständigung einreihen, in dem sich etwa Todes- und Sexualtabus oder kollektive Strafbedürfnisse befinden. Die Unvereinbarkeit von Glaubensinhalten mit wissenschaftlicher Methodologie macht eine Weltanschauung nicht irrational, sondern zeigt lediglich deren wissenschaftliche Nichtbegründbarkeit. Weltanschauliche Annahmen bedrohen ein säkularisiertes Rechtskonzept nicht in der Weise wie etwa magische Vorstellungen zur Verknüpfung von Folgen mit Ursachen; sie liegen diesem Rechtskonzept vielmehr voraus. Sie konkurrieren mit den Annahmen, welche dem Rechtsdenken zugrundeliegen, nicht auf deren eigenem Felde.

Man kann auch nicht sagen — dies ist der zweite Grund —, daß Religion und Weltanschauung, wie etwa kollektive Strafbedürfnisse, den Strafgesetzgeber unter unausweichlichen Druck setzen. Die kriminalstatistische Bedeutung der Religionsdelikte ist denkbar gering, auch wenn sie eine steigende Tendenz verzeichnen (35). Ihre Abschaffung würde mit einer hohen Wahrscheinlichkeit tiefliegende gesellschaftliche Bedürfnisse nicht so intensiv verletzen, daß diese kriminalpolitische Entscheidung zu Konflikten führen würde.

b. Damit stellt sich als letzte Frage, ob die Vorschriften über Religionsdelikte etwa deshalb ein notwendiger Bestandteil einer

---

(32) Vgl. oben V, 1. bis 3.

(33) Vgl. oben V, 4.

(34) Vgl. auch die Fragestellung oben unter III am Ende (bei Fn. 21).

(35) Vgl. HEIMANN-TROSIEN, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 9. Aufl. (1970), vor § 166 Rdnr. 2.

Strafrechtsordnung sind, weil auch ein säkularisiertes Rechtsdenken nicht ohne Anerkennung eines « *heiligen* » *Bereichs* auskommt. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber des 1. StrRG sich auf einen problematischen Kompromiß eingelassen hat, könnte man auch in dieser Richtung deuten ([36]): Selbst einer Strafrechtsreform im säkularisierenden Interesse gelingt es nicht, den Sonderstatus von Religion und Weltanschauung im Strafgesetz zu beseitigen. Der Grund dafür könnte, statt in einer Inkonsequenz des Reformgesetzgebers, in einem Strukturprinzip auch einer modernen Rechtsordnung liegen, die einen Bereich vorbehalten muß, in dem es nicht um Wahrheitsbegründung und Wahrheitskritik, sondern um Erhaltung (vorläufig) nicht-begründbarer Wahrheiten geht.

Eine solche Konstruktion ist nicht nur bekannt, sondern auch naheliegend. Wie sich an § 189 StGB ([37]), aber auch etwa an § 216 StGB ([38]) ersehen läßt ([39]), kennt unsere Strafrechtsordnung Nischen, in denen (derzeit) nicht-begründbare Wahrheiten überleben können; dort wird der Tod nicht schlicht als das Ende der physischen Existenz, sondern als ein Phänomen begriffen, welches sich der « aufgeklärten » Methodologie einer säkularisierten Rechtsordnung entzieht ([40]). Dies zeigt an, daß Wahrheiten und Werte für eine Rechtsordnung nicht ausschließlich in dem Maße verbindlich sind, in dem sie einer methodologischen Kritik ihrer Begründbarkeit standhalten. Ihre Verbindlichkeit ergibt sich vielmehr in einem andauernden Prozeß sozialen Wandels, der neben der wissenschaftlichen Begründbarkeit von Werten und Wahr-

---

([36]) Vgl. schon oben unter VI. 2. a.

([37]) Vgl. oben Fn. 1 und 2.

([38]) § 216 (1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu erkennen.

([39]) Vgl. dazu die Kritik von M. MARX, *Zur Definition des Begriffs « Rechtsgut ». Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, 1972, S. 64 ff., der die Nichtverfügbarkeit des Rechtsguts Leben durch den Rechtsgutsträger in § 216 StGB vom Standpunkt einer an der Aufklärung orientierten Rechtsgutskonzeption her kritisiert.

([40]) Einzelheiten in meinem Buch *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, insbes. S. 186 ff.

heiten auch deren gesellschaftliche Lebendigkeit und Evidenz umgreift - ganz abgesehen davon, daß auch wissenschaftliche Begründbarkeit kein übergeschichtliches Kriterium ist, das dem sozialen Wandel entzogen wäre und das dessen « Richtigkeit » von außen her beurteilen könnte.

In diesem Sinne könnte man die Vorschriften über Religionsdelikte als den Ort innerhalb der Strafrechtsordnung verstehen, an dem die Werte und Wahrheiten einer christlichen Tradition aufbewahrt sind. Würde ihre Abschaffung folglich bedeuten, daß unsere Rechtskultur mit ihrer Geschichte bricht, daß sie Wahrheiten und Werte leugnet, ohne die ein Rechtssystem nicht bestehen kann (auch wenn sie strenger wissenschaftlicher Kritik nicht standhalten)? Ist « Ent-Säkularisierung » das Gebot der Stunde?

Außer Zweifel bleibt, daß nicht allein Begründbarkeit über Geltung entscheiden kann und daß die Rechtsordnung auf evidente und lebendige Werte und Wahrheiten angewiesen ist. Gleichermaßen unzweifelhaft ist aber auch, daß die normativen Fundamente der Rechtsordnung nicht durch eine Bestrafung von Religions- und Weltanschauungsdelikten gesichert werden könne.

Die kulturellen Traditionen, auf die unsere wie jede Rechtsordnung angewiesen ist, sind nicht nur die einer christlichen Welt, sondern auch die Traditionen der Aufklärung, der Säkularisation. Mündigkeit, Gleichheit, Freiheit, Vernunft sind Wahrheiten und Werte, auf denen unsere Rechtsordnung ruht. « Entsäkularisierung » als Schritt hinter die Aufklärung zurück wäre ein anachronistischer Vorschlag.

Wahrheiten und Werte der christlichen Tradition sind in Vorschriften über Delikte gegen Religion und Weltanschauung schlecht aufgehoben. Dort sind sie nicht nur ein Fremdkörper, sondern auch isoliert und wirkungslos: Wahrheit und Richtigkeit der geschützten Meinungen bleiben dort ausgeblendet, über sie wird dort nicht gehandelt und befunden. Diese Wahrheiten und Werte haben nur dann Folgen für die Rechtsordnung, wenn sie sich aus Deliktstatbeständen des StBG in die Grundlagen des Strafrechts übersetzen lassen und sich dort der Auseinandersetzung mit anderen Traditionen stellen. Humanität, Menschen-

rechte, Solidarität, soziale Ethik, Menschenwürde, Recht des einzelnen auf « Irrationalität », Recht auf Privatheit, Schutz von Autonomie entgegen universaler gesellschaftlicher Kontrolle und heteronomer Moral - dies sind Ziele, für deren Konkretisierung und Verwirklichung die christliche Tradition einstehen kann. Dort wäre diese Tradition fruchtbar, in den Vorschriften über Religionsdelikte verkümmert sie.

Der Gesetzgeber sollte die §§ 166 bis 168 aus dem StGB entfernen.

Una prospettiva sociologica

Eine soziologische Perspektive

RUDOLF WIETHÖLTER
Università di Frankfurt a. M.

PLURALISMUS UND SOZIALE IDENTITÄT

I.

1) Heutige (westliche) Gesellschaften sind nach ihrem Selbstverständnis säkular, komplex, pluralistisch und gleichwohl auf soziale (« vernünftige ») Identität (« *Einheit* ») angewiesen. Wie lassen sich in einer solchen Lage Rückfragen an christliche Tradition — als die « alte Einheit » — stellen in der Absicht und mit der Hoffnung, verbesserte Anworten auf Fragen des modernen Rechts — als der « neuen Einheit » — zu finden.

2) Säkularisation/Säkularisierung (als Verweltlichung, als Abwendung Mensch, Gesellschaft, Staat von Gott, Kirche, Religion) wird hier begriffen als Problem von

a) (theoretisch) Modernisierungen (d.h. Entmythologisierungen, sozialen Ausdifferenzierungen sowie Autonomisierungen von Systemteilen; Verhältnisbestimmungen von Arbeits-, Klassen- und Systemteilungen),

b) (historisch) Emanzipation der « Bürgerlichen » Gesellschaft (in Form von Natur-, Gesellschafts- und Geschichtsrecht, das sich praktisch-politisch verwirklicht),

c) (rechtlich) « positivem » Recht als « richtigem » Recht (denn ohne irgendeine Richtigkeitsvorstellung gibt es keine Positivität; es geht also um die Aneignung wie die Loslösung von Traditionen zugleich; es geht um ein Verhältnis theoretisch-historischer (sog. « revolutionärer ») und dogmatischer (sog. « normalwissens chaftlicher ») Orientierungen an Werten, Normen, Programmen, Prinzipien).

3) Recht soll in säkular-pluralistischen Gesellschaften als Vermittlung von partikularen und universalen Bedürfnissen und In-

teressen dienen. Es löst ältere Vermittlungen ab unter Bedingungen, die sich heute als eine stattliche Reihe von Problemerbschaften zwar gut kennzeichnen, aber nur schwer übernehmen lassen: Positivismus (als säkularisiertes Naturrecht?), Beziehungen von Natur, Gesellschaft, Geschichte (Anteil de Rechts an einer praktischen Geschichts-oder Evolutionstheorie?), Sinn-Stiftungen in/durch Recht (formal?, material?, prozedural?, funktional?).

4) Eine sich seit langem abzeichnende Wachablösung (modischer: der Paradigmawechsel) aufklärerisch-idealistischer Philosophie und kartesianischer (Natur- und Fortschritts-) Wissenschaftsgläubigkeit spiegelt den Verfall von (sozialen, kollektiven) Handlungsorientierungen an « Vernunft », die zunehmenden gesellschaftstheoretischen Legitimationseinbußen und den sinkenden gesellschaftspolitischen Konsens. Sie führt insgesamt zu Entkopplungen von Sozialphilosophie, Wissenschaft und Geschichte. Diese Wende zur gesellschaftlichen Praxis ist zugleich Suche nach historisch belehrbaren, praktisch folgenreichen (d.h. vor allem: erfolgreichen) lernenden Sozialsystemen. Kennzeichen und Lernproblem solcher (« modernen ») Gesellschaften ist ihre stabile Dauerveränderung. Sie ist freilich nicht (mehr) so sehr an — rivalisierenden und deshalb entscheidungsbedürftigen (und d.h.: « politisierbaren », also unter immer erst noch zu bestimmenden Werten, Normen, Programmen stehenden) — Richtungen von Veränderungen orientiert/interessiert, sondern viel stärker an — interpretationsbedürftigen und deshalb strukturierten (und d.h.: « verrechtlichten », also unter immer schon bestimmten Werten, Normen, Programmen stehenden) — Gefährdungen eines Sozialsystems. Mit dieser Differenz lassen sich zugleich die entscheidenden Differenzen aller Handlungsphilosophien und Systemsoziologien kennzeichnen, welche sich in « säkularen Gesellschaften » unter « historischem Problemdruck » für « sozialen Wandel » ohne tödliche « Systemkrisen » (um den Problemanfall knapp zu bezeichnen) als Problemlösungsrivalen verfügbar halten. Wenn nicht alle Anzeichen trügen, dann neigen die jüngsten sozialwissenschaftlichen Anstrengungen gleichsam einer späten Vernunftehe von Handlungsphilosophien und Systemsoziologien zu. Als Losung scheint sich dafür in Gesellschaften, die für die Lösung ihrer Probleme auf sich selbst, für die Orientierungen, Legitimationen und Sanktionen solcher Lösungen aber

auf übergreifende, freilich auch selbst stets hervorgebrachte Bezüge verwiesen sind, immer mehr die Kategorie *Reflexivität* (Selbstreflexion) durchzusetzen. Reflexiv ansetzende Theorieprogramme müssen — rekonstruktiv — Entwicklungen nachgehen, die zu Krisen geführt haben, und sich — prospektiv — auf Bedingungen möglicher Krisenüberwindungen einlassen.

Die christliche Tradition hat den reflexiven Weg als Bußetun (Metanoia, Umdenken, Umkehr) gekennzeichnet, die aufklärerische Philosophietradition (in der Formulierung I. Kants) als Unänderung der Denkart, die neuere Wissenschaftsphilosophie, die zugleich historisch und soziologisch orientiert ist, spricht von Paradigma-Wechsel. Selbstreflexion in einem Rahmen von Theorie, Soziologie und Geschichte halte ich für eine Chance, Christentum, Säkularisation und modernes Recht thematisch aufeinander zu beziehen. Das Referenzdreieck verbindet die gesellschaftstheoretisch-praktische (politisch-philosophische wie ökonomisch-administrative) Frage nach sozialem Handeln unter Systembedingungen, die wissenschaftstheoretisch-praktische Frage nach Voraussetzungen und Auswirkungen solcher — von Geschichte wie von Gesellschaft (als « System ») mitbestimmten — Handlungen und die geschichtstheoretisch-praktische Frage nach dem möglichen Sinn, den möglichen Zielen, dem möglichen Fortschritt, der möglichen Evolution eines solchen Systems und solcher Handlungen.

5) Im folgenden werden zunächst (unter II) — rekonstruktiv — der bisherige Weg des « modernen Rechts » im Umfeld krisenhafter Entwicklungen gekennzeichnet, dann (unter III) — reflexiv — Säkularisation auf « Christentum und modernes Recht » bezogen, bevor sich (unter IV) — prospektiv — über mögliche weitere Entwicklungen reden läßt.

II.

1) Der Weg des « modernen Rechts ».

a) « Sicherheit und Ruhe! Ordnung und Freiheit! ». In dieser « bürgerlichen Gesundheit », die im 1. Aufzug von Goethes Egmont die Bürger ausbringen, ist in prägnanter Aufschlüsselung der entscheidende Konstruktionsgrundsatz unseres modernen Bürger-

lichen Rechts, sein Geist und sein Programm enthalten. Sind nämlich Sicherheit und Ruhe gewährleistet, dann stellen sich Ordnung und Freiheit von selbst ein.

Ruhige Ordnung wird zum System von gesicherter Freiheit. « Ordnung » als Inbegriff gerecht und rechtlich verfaßter Gesellschaft ist nicht Voraussetzung von bürgerlichen Freiheiten, sondern gerade umgekehrt ihre Folge.

Zur Herkunft und Funktion wie zur Krise und zum Dilemma dieses « modernen » Rechts die wichtigsten Erinnerungsdaten in knapper Skizze.

b) Ich fasse die *Analytik Bürgerlichen Privatrechts* (= Rechtsbegriff, Rechtskategorie, Rechtsform der Bürgerlichen Gesellschaft in ihren Ursprüngen) wie folgt zusammen:

(1) « *Politisch* » ist die vorausgesetzte und durchgehaltene Trennung von « Staat » und « Gesellschaft » Verbürgung von Koexistenz (Politik, Staat) in Frieden (Recht, Freiheit); der Staat ist Mittel zum Zwecke der Rechtsverwirklichung, als « Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit »; allgemeines, gleiches und bestimmtes Gesetz, Öffentlichkeit und private Autonomie bilden die Herzstücke; alle Rechtskategorien im einzelnen (prototypisch: Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt) wurzeln darin.

(2) « *Okonomisch* » steuert Marktwettbewerb unsichtbar die Vernetzungen von Konsum und Produktion; rechtliches Herzstück ist der Vertrag.

(3) « *Sozial* » ist die « bürgerliche » Position von einem « Haben » (als Verbürgung dauerhafter Identifikation) abhängig; « Eigentum » ist die rechtliche Zentralkategorie.

(4) « *Wissenschaftlich* » gelten (von ihren Voraussetzungen abgekoppelte) Erklärungsprogramme über verallgemeinerungsfähige Gesetzmäßigkeiten als Inbegriff moderner und fortschrittsverbürgender Arbeitsweisen; « Positivismus » zielt auf Erschließung von Tatsächlichem, von Gegebenem, von Wirklichkeit, nicht auf metaphysische Deutung oder prophetisches Handeln.

(5) « *Sozialpsychologisch* » (kulturanthropologisch) geben « justice » und « prudence », Grundkategorien ursprünglich der schottischen Moralphilosophie im 18. Jahrhundert, den Inbegriff von Bedingungen wieder, unter denen gesellschaftliche Identität zu

« funktionieren » vermag: als freies Handeln unter (Rechts-) Rahmenregeln und als verantwortungsgebundene (« kluge », « schickliche », « gehörige », « angemessene ») Ausnutzung der Freiheitsspielräume.

Im ganzen beherrscht so der Bürger als Wähler (Eigentümer) und als Konsument die Szenerie politischer Soziologie, sodaß parlamentarische Gesetzgebung, Marktwettbewerb, Vertrag, Konkurs die rechtlichen Verfahrenszentren bilden. Konsens und Normalität (Homogenität) sind dabei ebenso Prämissen wie Resultate des geregelten Soziallebens. Alle Formen von Gegnerschaft (Unfrieden) sind auf diesen Grundlagen reduzierbar auf geistige (öffentliche) Diskussion und geschäftliche (marktorientierte) Konkurrenz als Spielarten zulässiger Auseinandersetzung. *Verfassungsrecht* stellt das Programm auf — je vorläufige — Dauer. Zum Grundlagenmodell gehört nur mittelbar, jedenfalls nicht als unmittelbarer Systemeckpfeiler: der Bürger als Produzent (Arbeiter, Unternehmer). Seine Position markiert dann im 19. Jahrhundert das « Arbeitsrecht » und das « Wirtschaftsrecht ». Verfassungsrecht transformiert sich seither zur Sozialverfassung, die Arbeit und Wirtschaft umgreift. Im Maße inneren sozialen Unfriedens, zunehmenden Problemdrucks, rivalisierender Herrschaftsansprüche « repolitisieren » sich die sozialen Friedensverhältnisse. Zum Kernproblem wird — nicht erst heute — die Unterstellbarkeit (Herstellbarkeit) grundsätzlichen Konsenses über Zielorientierungen, Verfahrensweisen, Organisationsformen, Institutionsbildungen einer « Koexistenz in Frieden » (national wie international). Ist « vernünftige Identität » für komplexe Gesellschaft (noch) möglich? Welchen Anteil behält das « Recht »? In dem skizzierten Programm von Recht formt — seinem Selbstverständnis nach — Recht die entscheidende Struktur der Gesellschaft: Die Bürgerliche Gesellschaft ist (als Privatrechtsgesellschaft = Rechtsstaat!) das eingerichtete und ausgeübte (sozialphilosophisch-historische) Rechtsprogramm. Aus (genauer: als) Naturrecht wird Recht positiv.

c) Zum historisch-inhaltlichen Hintergrund dieser Analytik: Die feudalistische Ständegesellschaft, die das Mittelalter und die frühe Neuzeit geprägt hat, zeichnete sich aus durch die Verklammerung von Statusbindungen und Sozialordnung. Der einzelne

wurde in feste, gegliederte gesellschaftliche Ordnungen hineingeboren und lebte ausschließlich in ihnen.

Kirche, Stadt und Grundherrschaft waren die Säulen politischer Ordnungen von « Land und Herrschaft » (O. Brunner). Die scheinbar statisch-stagnierenden Sozialkörper treiben freilich ihre Krisen in die Ursachen für den Umbruch zur Neuzeit hinein. Die « Reformation » bereitet in der Wende von der katholischen Messe zum evangelischen Abendmahl die Konstituierungsphase des individuell-autonomen Subjekts ebenso vor wie die beginnenden Naturwissenschaften die Ablösung des deutbaren Naturgemäßen durch das erfahrbare Naturgesetzliche. Die Rechtfertigung etablierter faktischer Ordnungen als von Gott gestifteter und unabänderlicher Ordnungen wankt. Die vorindustrielle Wirtschaftsexpansion geht den Weg von der feudalen Einbindung über die merkantilistische Gängelung hin zur kapitalistischen verkehrs-, kredit- und marktbezogenen Unternehmerwirtschaft. Den ersten Durchbruch von ungelöst bleibenden Ordnungsaufgaben, die sich als Krisen melden, zur organisierten Lösung durch neuartige Ordnungsinstanzen markiert in Deutschland der sog. ältere Territorialstaat, der vom 14.-17. Jahrhundert als « Polizei- und Verwaltungsstaat » die Verbürgung von Frieden, Ordnung, Wohlfahrt und Recht übernimmt. Er ist absoluter, souveräner Staat. Er ist konservativ in seinen Formen und Mitteln (Verwaltung), fortschrittlich in seinen Zwecken (« Gemeinwohl » als Befriedigung von Anpassungs-und Entwicklungsbedürfnissen). Als theoretische Klammer für das Gesetgebungs-, Verwaltungs-, Finanz- und Wirtschaftsgeschehen fungiert die fortgesetzte klassische Einheit von Ethik, Politik und Okonomie der aristotelischen praktischen Philosophie. Dieser Staat, der den frühen Merkantilismus geradezu ankurbelt, verabsolutiert indes seine Staatszwecke so, daß der absolutistische Polizei- und Obrigkeitsstaat den Vorabend der bürgerlichen Revolutionen bestimmt, ein Wohlfahrts- und Tugendstaat, der in Zwang und Erziehung zu Wohlfahrt und Tugend schließlich beide erstickt. Bürgerliche Revolution bedeutet dann « den Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit », d.h. « Aufklärung » (I. Kant). Gemeint ist ein historisch-gesellschaftlicher Entfeudalisierungsprozeß vor allem im 18. und 19. Jahrhundert, der in

Vermittlungen von philosophischen Theorien und sozialen Bewegungen die Emanzipation des Menschen aus den traditionellen Bindungen vorantreibt und in der Grundkategorie von Autonomie die diesseitige, rationale, planmäßige Selbständigkeit des Menschen als Menschen postuliert. Der Mensch in seiner Allgemeinheit wird zum alleinigen Subjekt in Natur, Geschichte und Gesellschaft gesetzt, eine Form säkularisierter allgemeiner Gotteskindschaft. Die « Vernünftigkeit » solcher Revolution steckt im Vernunftkonzept ihres theoretisch-allgemeinen Geltungsanspruchs: An die Stelle ständisch-hierarchisch gegliederter Gemeinschaften tritt ausschließlich der Mensch als Mensch, jeder Mensch und nur der Mensch. Recht ist so die bürgerliche Freiheit selbst, die Qualität ihrer Legitimation zur Selbstbestimmung. Von Hobbes bis Kant ist die politische Theorie Revolutions-wie Friedenstheorie zugleich, als Suche nach Emanzipation mit dauerhafter neuer Ordnung als ihrem Ergebnis. Sie ist politische Verwirklichung von philosophischer Theroeie dergestalt, daß die Philosophen « natürliche » Ordnungsentwürfe interpretieren — ihrer inhaltlichen Qualität nach sind es Naturrechtsprogramme — mit dem Anspruch auf allgemeine Verbindlichkeit als gesellschaftliches Recht. Herrschaft von Recht wird so im Kern Herrschaft solcher Philosophie (Philosophen). Die revolutionäre Theorie vernünftiger Allgemeinheit mobilisiert das traditionelle Naturrechtskonzept für sich und « funktioniert » es um: Recht beseichnet nicht mehr die — wie auch immer bestimmbare — inhaltlich-gerechte und gute Ordnung von Menschen in ihren Gemeinschaften, sondern die Allgemeinheit und die Freiheit der bürgerlichen « Wahrheit » selbst. Recht wird kraft der Prinzipien seiner Verwendungsprämissen notwendig « wahr », wenn und weil es « allgemein » bleibt und « Freiheit » gewährleistet. Die historische Realität z.B. in Deutschland entsprach freilich zu keiner Zeit Kants Rechts-Republik. Die Ablösung der absolutistisch-feudalistischen Ständegesellschaft hat nicht zu einer politischen bürgerlichen Gesellschaft geführt mit entsprechendem bürgerlichen Recht, sondern zum formal-liberalen, bürgerlichen Rechtsstaat, also zum Dualismus von « politischem », konstitutionell später gebundenen Obrigkeitsstaat und « unpolitischer », von Besitz- und Bildungsbürgertum bestimmter Laissez-faire-Gesellschaft. Recht und Staat werden so in Deutsch-

land bestimmt und sind geeignet, den politischen Waffenstillstand zwischen adligem Agrar-Feudalismus einerseits und bürgerlichem Industrie-Frühkapitalismus sowie Bildungsbürgertum andererseits zu besiegeln. Glanz und Elend dieses Rechts sind inzwischen oft beschrieben worden und gut bekannt. « Der Glanz des bürgerlichen Subjekts war seine welthistorische Allgemeinheit; sein Elend ist nicht begriffene Partikularität » (B .Willms). Die Legitimationseinbußen der bürgerlichen Gesellschaftstheorie sind Problem ihres Substrats, der bürgerlichen Gesellschaft selbst, die sich in dem Maße nicht (mehr) legitimieren läßt, wie sie ihre Ansprüche — Autonomie der Individuen nach allgemeinen Freiheitsgesetzen — nicht (mehr) einlösen kann. « Vernunft » und « Moral », « Freiheit » und « Recht » haben die bürgerliche Gesellschaft konstituiert. Ihre Vernünftigkeit war der Anspruch, Autonomie für den Menschen als Menschen durchzusetzen, ihre Wirklichkeit bot die Autonomie spezifischer Klassen (ganz gleich, was man darunter versteht) von Menschen. Ihre Moral war der Anspruch auf Identifizierung der Bürger mit ihrer Theorie und ihrer Gesellschaft in den praktischen Verhaltensmaßstäben, ihre Wirklichkeit wurde die Demoralisierung solcher Folgebereitschaft. Ihre Freiheit war entweder Spekulationsbegriff oder — in der liberalen Tradition — spezifischer Interessenschutz (Eigentum!). Ihr Recht war die Freiheit selbst, also naturrechtliche Spekulation oder Eigentumsinteresse.

d) Die Entwicklungsphasen dieses modernen Rechts seither sind hier nicht im einzelnen zu verfolgen. Ich fasse den heutigen Problemstand in Thesenform zusammen.

(I) Der Rechtsbegriff

(1) als Formkategorie (« Formalisierung des Rechts »)

(*a*) Kern: Freiheit unter allgemeinen und gleichen Bedingungen und Schutz des jeweiligen (« verrechtlichten ») Bestandes;

(*b*) Defizit: Keine Verbürgung « richtiger » gesellschaftlicher Synthesis;

(2) als Inhaltskategorie (« Materialisierung des Rechts »)

(*a*) Kern: Zweckprogramme als Vorzugsentscheidungen gegen Widerstände;

(*b*) Defizit: politisch-ökonomische Implementationsverwaltung ohne ausreichenden sozialen Konsens und angemessene Instrumentarien.

(3) « moderne » Tendenze: Verbindung von Formen und Inhalten (Handlungsfreiheiten und Zweckprogrammen) qua « Prozeduralisierungen » und « Funktionalisierungen » des Rechts

(*a*) Kern:

(*aa*) « sachlich »: rechtliche *und* gesellschaftliche Verhältnisbestimmungen (Konzeptualisierungen von Einheiten, von Beziehungen, von Prozessen);

(*bb*) « zeitlich »: Historisierungen (Entstehungen und Entwicklungen einbezogen);

(*cc*) « sozial »: Vergesellschaftungen (« die Sache », « das Ganze »);

(*b*) Defizit: soziale Technokratie, unentwickelte Instrumentarien, « unsichere » Juristen.

(II) Das Rechtsproblem

(1) In der « Historisierung » und « Sozialisierung » der Rechtskategorie werden Verrechtlichungen sozialer Stoffe und Vergesellschaftungen rechtlicher Formen verschmolzen zu einem « System », von dem her zunächst Rechtsgrundsätze und dann allmählich Rechtsdogmatik veränderte Orientierungen gewinnen;

(2) der System-Bezugswechsel mobilisiert eine Art sozialhistorischer Erfahrungsgesetzlichkeit dergestalt, daß von der Summe bisheriger (und konsentierter) Erfahrungen die begrenzten und riskanten Neuerungen abhängig gemacht werden;

(3) wegen der inhaltlichen Nichtentscheidbarkeit historisch-sozialer Entwicklungen (jedenfalls in Fällen von Zweifel, Dissens, Pluralität usw.) werden Kompetenzen zugeordnet für Prognosen und Verantwortlichkeiten;

(4) diese System-Vergabe von Entscheidungskompetenzen unter Unsicherheitsbedingungen findet sich derzeit und allerorten in voller Entwicklung; zuständig sind vor allem dann:

(*a*) « der Gesetzgeber », der im Spektrum von Grundrechtsschutz und politischer Regierungsgewalt « rechtlich » an ein Kernprogramm subjektiv-individualistischer Freiheitsstärkung gebun-

den wird, im übrigen aber « politisch » disponieren kann (freilich auf der Grundlage *allgemeiner* Erfahrungen und *allen* verfügbaren Wissens!);

(*b*) Verbände und Justiz als — in « Fälle » (Probleme) verstrickte — « Ersatzgesetzgeber », d.h. als Implementationsfunktionäre des gesellschaftlichen System-Programms;

(*c*) « Unternehmer » (aller Stufen und Bereiche) als die allgemeinen sozialen (d.h. genauer: die Möglichkeiten « findenden » und die Verwirklichungen « allozierenden ») « Verbraucher »-Disponenten.

(III) Das « System » ist in traditionellen Kategorien (weder in « liberalen » noch in « sozialstaatlichen », erst recht nicht in « historisch-materialistischen ») nicht (mehr) zu begreifen.

(1) Der Verlust an (« bürgerlich-gesellschaftlicher ») Normativität (zugunsten von System-Steuerungen) ist nicht total; die leitenden Imperative orientieren sich an

(*a*) System-Krisen (in der Sicht « allgemeiner » Erfahrungen und « allen » verfügbaren Wissens!);

(*b*) neuen Einheitskonzepten von (individuell-subjektiven) Freiheits-Gewährleistungen (traditionell: « Recht ») *und* (kollektiven) System-Gewährungen (traditionell: « Politik »), ohne Vorrang-Bestimmtheiten; deshalb von mir als « dualistische Rechtskategorie » gekennzeichnet;

(2) die (paradigmatisch veränderte?) heutige Rechtskategorie ist gleichsam « materialisiert » auf dem Boden der klassischen Rechtsformen und einer (erneuerten) historisch-sozialen allgemeinen Spiel-Gesetzlichkeit; Gesellschaftssystem *und* Individualfreiheit als neue begriffliche Fassung von « Recht »; soziale Synthetisierung weder von Individuen noch vom Systemganzen her, weder als Rechtsbestimmtheit der Gesellschaft noch als Gesellschaftsbestimmtheit des Rechts, sondern « dualistisch »;

(3) Zustimmung wie Kritik hängen ab von den Chancen, die das « System » läßt. Immerhin beruft es sich auf die Grundversprechen der Bürgerlichen Gesellschaft und die Möglichkeiten lernender Sozialsysteme; damit sind zumindest Ambivalenzen gesichert. Gesucht wird eine (soziale Evolutions-) Theorie (als « Praxis »

zugleich), die rechtfertigt und kritisiert, analysiert und strategisiert, kurzum: Verhältnisse und Entwicklungen « vernünftig » begreift, indem sie sie (anhand unverzichtbarer normativer Orientierungen) bestimmbar macht.

e) Fazit:

aa) Die heutige Rechtsentwicklungsprogrammatik korreliert mit (genauer: ist ein Teil von) sog. *positiven* Krisentheorien. Ihre These: Die Koexistenz von Kapitalismus, Demokratie und Bürokratie könne in historischen Katastrophen scheitern, sei aber praktisch alternativenlos; jede Alternative müsse ein höheres Maß an sozialer Stabilität, politischer Liberalität und ökonomischer Leistungsfähigkeit kombinieren; Krisenhaftigkeit sei abhängig von — zerstörten oder verfehlten — gemeinsamen und zutreffenden Gesamtlageeinschätzungen der beteiligten (führenden und gegenüber jeweiliger Basis erfolgreichen) Hauptakteure; im ganzen: Ablösung von politisch-ökonomischen (« negativen ») Krisentheorien (Ergebnis: Systeme gelangen in Krisen an ihr Ende) durch interaktionistische (« positive ») Krisentheorien (Ergebnis: Systeme gelangen kraft Lernfähigkeit zu stabilem Dauerwandel).

Im Rahmen solcher Krisentheorien ist Recht weder fatales Ideologieprodukt noch gelingende Freiheitsverbürgung, sondern (nur) *ein* beteiligtes Element von Bedingungen möglicher Evolutionsprozesse.

bb) Die heutige Rechtsentwicklungsprogrammatik « paßt » (dadurch, daß sie weniger auf normativen Setzungen als auf prozedural-funktionalistischen Ausschlüssen von Möglichkeiten innerhalb strukturierter Systeme beruht) zu Entwicklungen (in Wissenschaftstheorien, Systemtheorien, Planungstheorien, Wettbewerbstheorien, Entscheidungs- und Spieltheorien, Entwicklungstheorien), die alle einen Zusammenhang von (jeweils begrenzten) Anlagemöglichkeiten und Verwirklichungsfreiheiten zum Thema machen (Topos: Mutationen-Variationen-Selektionen).

cc) Die heutige Rechtsentwicklungsprogrammatik ist — kurzum — gekennzeichnet durch deutliche Tendenzen einer Umorientierung von politischen (Handlungs-) Philosophien zu administrativ-ökonomischen (System-) Soziologien.

2) Das Umfeld krisenhafter Entwicklungen.

Für eine Rekonstruktion krisenhafter Entwicklungen scheint die Entfaltung der schon erwähnten Stichworte « Säkulare Gesellschaft » — « Sozialer Wandel » — « Historischer Problemdruck » — « Systemkisen » tauglich.

a) *Säkulare Gesellschaft*: Bürgerliche (emanzipative, säkulare) Gesellschaftlichkeit in Freiheit und Frieden ist — in traditioneller Sprache — ein Verhältnisproblem von « substantieller Vernunft » und « sozialer Herrschaft ». In der alteuropäischen Gesellschaft galt es als gelöst. Seit der Aufklärungsphilosophie wird es durchweg kontrafaktisch gefaßt: es gelte, wirkliche Vernunft gegen unvernünftige Wirklichkeit allererst zu verwirklichen. Dabei ist es bis heute geblieben, « links » mit Verheißungen einer Zukunft, die das schlechte Heute verdrängen werde, « rechts » mit Verheißungen einer Zukunft, die von dem schlechten Heute verdrängt werde. Die dabei vorausgesetzten Kategorien historischer Normativität befinden sich heute im Grundwertestreit. Auf eine knappe Formel gebracht: Es geht — einerseits — um die Vernunft des bürgerlichen Subjekts (der bürgerlichen Subjekte) zur Selbstbestimmung, — andererseits — um die Vernunft heutiger Gesellschaftssysteme zur selbststeuernd-lernfähigen Anpassung an sich ständig verändernde Umwelten. Damit lassen sich die entscheidenden Differenzen aller Handlungsphilosophien und Systemsoziologien kennzeichnen, die ihrerseits den « sozialen Wandel » zum zentralen Thema machen.

b) *Sozialer Wandel*: Weil das Kennzeichen « moderner » Gesellschaften ihre stabile Dauerveränderung ist, läßt sich heute eine Situation registrieren, in der alle Anstrengungen (rechts wie links) auf die strategische Besetzung der längerfristigen Problem-Bestimmungen gerichtet werden, sodaß sich Kapazitäten, Instrumentarien und Verfahren zur Problemverarbeitung plausibel und erfolgreich einrichten und entsprechend auch « in Verfassung » und « Recht » übersetzen lassen. In traditioneller politischer Sprechweise handelt es sich darum, ob und wie ein « Kampf » zwischen normativen Strukturen (d.h. historisch-konkret: einer bürgerlichen Gesellschaft als « revolutionärer » Bewegung hin zur vollen Einlösung ihrer Programmversprechen) und realen Funktionen

(d.h. historisch-konkret: einer bürgerlichen Gesellschaft als eingerichteter und ausgeübter organisiert-spätkapitalistischer Industriegesellschaft) denkbar und verwirklichbar ist. « Denkbar » und « verwirklichbar » in kategorialer Sprechweise: « Logik » und « Historie » als (Begriffs-) Einheit sozialer Bewegung, die sich, vermittelt durch Bewußtsein, tendenziell durchsetzt (diese Formel als Kürzel für « historische Gesetze »). Ihre Möglichkeit und damit die Möglichkeit eines *gesellschaftlich-geschichtlichen Entwicklungsrechts* wird vor allem von der Komplexität historischen Problemdrucks beherrscht.

c) *Historischer Problemdruck*: Die zentralen Probleme westlicher Gesellschaften lassen sich in den analytischen Schlüsselkategorien der einflußreichen sozialwissenschaftlichen Forschungsprogramme erfassen: Im Bereich politischer Soziologie stößt man auf den « Staat » (Fiskalkrise des Staates; Fiskalismus/Monetarismus; magisches Viereck von Vollbeschäftigung, Währungsstabilität, Wachstum und internationalen Gleichgewichten; Verbände), im Bereich politischer Ökonomie auf « Krisen » und « Stabilisierungen » (Markt *und* Plan; Energie-und Rohstoffmangel; zoziale Verteilungskämpfe), im Bereich politischer Anthropologie auf « Erfahrung, Bewußtsein, Verhalten » (Sozialisations- und Qualifikationsprozesse, gesellschaftliche Loyalitäten, Orientierungs- und Sinnkrisen).

d) *Systemkrisen*: Ob der Druck von Problemen und die Schwierigkeiten, mit ihnen fertig zu werden, zu Systemkrisen führen, hängt von sozialen Krisentheorien und entsprechender Praxis ab. Davon interessiert mit Vorrang, ob sie eher noch politisch-ökonomisch z.B. am Stand von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen zu orientieren oder aber eher als gesellschaftliche Legitimationskrisen zu fassen sind, oder ob sich für eine zeitgemäße Theorie eine Kombination und/oder Überholung dieser Ansätze aufdrängt (sog. « positive » Krisentheorien; s.o. unter II (1) (*e*) (*aa*)). Hinter allen Erscheinungsbildern (als Krisensymptomen) muß freilich das Krisenleiden selbst tiefer sitzen. Ich teile die Vermutung, daß es zu finden ist in der eingefroren-festsitzenden Linearität, mit der die traditionellen bürgerlichen und antibürgerlichen Bastionen und Feldzugspläne verteidigt werden. Dazu einige Bemerkungen.

aa) Bewußtseins- und Orientierungskrisen werden nirgendwo geleugnet. Untersuchungen vor allem über Konflikts-und Rückzugspotentiale haben gezeigt, wie sich Überforderungen, die sich dann in blindem Aktionismus oder leidender Frustration äußern, und Verweigerungen, die sich meist als Anpassungen auflösen, überproportional häufig in Reaktion auf die Gewinnung von sozialer Identität, von Auseinandersetzungsbefähigung, von Ich-Stabilisierung ihrerseits bilden. Die Zumutungen und Ansprüche sozialer Veränderungsprozesse scheinen also zu bewirken, daß jene « Potentiale », deren solche Wandlungsprozesse am stärksten bedürften, am wenigsten, und jene Potentiale, die sie sich am wenigsten erlauben könnten, am stärksten von ihnen gleichsam miterzeugt werden. Für uns Bürger-Menschen hätte es demgegenüber zu gehen um die Re-Integration von verselbständigten und auseinander getretenen Lebensrollen. Sonst treten die bisherigen Entwicklungen von « Arbeit » und « Vernunft », von spezialisierten Handlungsbeteiligungen und generalisierenden Erlebenschancen, also nicht zuletzt unsere sozialphilosophisch-kulturellen und unsere industriell-technologischen Entwicklungen endgültig und folgenreich auseinander. Auf diesem Felde werden heute Programme angeboten (z.B. « Sinn » als « Evidenz des Notwendigen » oder « Religion » als « Kontingenzbewältigungspraxis » (H. Lübbe), religionsfreie Funktionen von Religion oder moalfreie Theorien von Moral (N. Luhmann), die sich als radikale Herausforderungen unserer Humanismus-Tradition und unserer Moral-Geschichte darstellen. Dagegen helfen sicherlich nicht — linear fortgesetzte — Heilsbeschwörungen und Teufelsaustreibungen.

bb) In Kritik und Krise befinden sich bürgerliche wie (antibürgerliche) sozialistische Gesellschaftsprogramme. Bürgerliche wie sozialistische Programme zielen auf Verheißungen, beide finden Glauben, Liebe, Hoffnungen, beide sind auf soziale Herrschaft angewiesen. *Der* « Vorteil » der bürgerlichen Gesellschaftstheorie (freilich zugleich ein stark krisenanfälliges Element) war ihre ausschließliche und prinzipiell grenzenlose Wachstumsorientierung (ihre « offene Zukunft »!) auf der Grundlage eines gegen Feudalschranken freigesetzten Beginns; hierin liegt heute ihre Legitimationschance als Daueranpassung der « offenen Gesellschaft », die sich als ständige Realisation einer und derselben inhaltlichen Grund-

Stiftungsidee entpuppt, nämlich: einer freiheitlichen Marktgesellschaft, die kein festes Ziel kennen kann, deshalb keines festen Planes bedarf, dafür aber fester Spielregeln für die je zeitgenössische Verwirklichung ihrer eingestifteten (programmierten) Grundentscheidung. Demgegenüber liegt *der* « Vorteil » der sozialistischen Gesellschaftstheorie (freilich zugleich ein stark kritikanfälliges Element) in der demonstrativen Kraft von Gegenwartkritik (« falsche Entwicklung »!) auf der Grundlage eines verborgenen, aber zu entdeckenden Planes von/in « Natur » und « Geschichte »; ihre Legitimationschancen liegen deshalb in dem analytisch wie strategisch einheitlich auf gegenwärtige Zustände anzusetzenden — Nachweis (und zwar in Wort und Tat zugleich!), diese Zustände seien umöglich, unerträglich, ungerecht. Bürgerliche Theorie hat es gleichsam leicht in Hinsicht auf die « offene » Zukunft, schwer dagegen in Hinsicht auf die jeweiligen Gegenwartsdefizite. Umgekehrt hat es sozialistische Theorie gleichsam leicht in Hinsicht auf die von ihr zu behauptende « geschlossene » Gegenwart, schwer dagegen in Hinsicht auf die befürchteten Zukunftsdefizite. Als Kritik zielen sozialistische Programme deshalb zunächst auf die richtige und vernünftige, aber « ganz andere » Einrichtung der Gesellschaft, welche erst im Maße ihrer Verwirklichung dann wieder legitimationsfähig werden kann. Genau an der Zuversicht hinsichtlich solcher Einrichtbarkeit scheiden sich heute aber die Geister, nicht etwa an irgendwelchen Details, die man als Theoriedefizite oder Praxischwächen aufbauschen oder aber auch abschwächen kann. Es gibt keine Theorie, die damit nicht allemal und leicht fertig werden könnte. Cerade deshalb wird zum Prüfstein in solcher Lage eine *soziale Krisentheorie*. Freilich ist hier mit den klassischen Alternativen wenig auszurichten, wie Erfahrungen in « West » und « Ost » lehren. Denn die von bürgerlichen wie sozialistischen Programmen beanspruchte « Offenheit der Zukunft » ist längst zum Grundproblem geworden. Topoi wie « Gegenwart als zukünftige Vergangenheit », « Gegenwart als vergangene Zukunft » erschließen die Zukunft als ein Land und eine Zeit begrenzter Unmöglichkeiten. Zwischen Notwendigkeiten und Möglichkeiten florieren dann aber Programme, die (alle?) « öffentliche » und « private » Zonen durch (praktisch erfolgreiche und darin) vorbildliche « Funktions »-Herrschaft besetzen, ohne Orien-

tierungen, jedenfalls ohne Normierungen, die etwa von allen und allgemein bestimmt würden. Hier siedeln (schon erwähnte) Umorientierungen im Recht, weil bei partiell «geschlossener Zukunft» weder Freiheits-Recht noch Politik-Verwaltung «funktionieren» können; vielmehr entfalten sich Vermeidungsstrategien (von System-Imperativen bestimmt), Möglichkeits-Ausschlüsse (von Einsichten in Strukturzwänge erwungen), Unterlassungsphilosophien als neue «Freiheit».

cc) Verfassungspolitisch (historisch wie theoretisch) lassen sich die modernen Formen von Religions-und Bürgerkriegen gut rekonstruieren, schwer überwinden.

Verfassung im Sinne der bürgerlichen Rechtsstaatsentwicklung gründet in *Grundrechten* der ihre Konstruktionskriterien (freie, privatrechtliche Marktgesellschaft unter politischen Rahmengewährleistungen) ausfüllenden Bürger und in *politischer Regierungsgewalt* für jeweilige Mehrheiten in den Grenzen jener Konstruktionsgrundlagen. Politische Mehrheiten von solchen Bürgern, die zugleich im Besitz des inhaltlich gerichteten Grundrechtsschutzes sind, führen als verwirklichte Idealsituation der Konstruktionsprinzipien zur Übereinstimmung von politischer Gewalt und privatem Recht als der bürgerlichen Verfassung selbst. Bei Widersprüchen, bei unversöhnlichen Differenzen in den grundlegenden Interessen und beherrschenden Zielen etwa zwischen einer politischen Mehrheit von Grundrechts- «Inhabern», die allererst auf Gewährung von (neuen!?) Positionen pochen (Typ etwa: Recht auf Arbeit, auf Bildung, auf Mitbestimmung usw.) und einer politischen Minderheit von Grundrechts- «Inhabern», die schlicht auf Gewährleistung von (alten!?) Positionen pochen (Typ etwa: Berufsfreiheitsrecht als Unternehmer, Eltern- und Schülerrecht auf Gymnasien, Koalitionsrecht auf Tarifautonomie usw.) scheinen alle Verfassungs-*Entscheidungen* als Lösungen *politischer* Problematik von der *Rechts*-Frage abzuhängen, wie Verfassungs-*Grundrechte* als von Haus aus unantastbare subjektive soziale Herrschaftspositionen etwa stehen zu Verfassungs-*Recht* als Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregelungen gesamtgesellschaftlicher Herrschaftsverhältnisse. Und genau hier tritt dann die entscheidende Entwicklungs-Ambivalenz zu Tage,

selbstverständlich in jeder der betroffenen Alternativen als öffentliche und allgemeine Machtfrage.

Sobald (und soweit) nämlich Konsens und Normalität (Homogenität), jene schon erwähnten Prämissen wie Resultate der « *verfaßten* » Gesellschaft, als Koexistenz in Frieden, zerbröckeln, sind « Staat » und « Gesellschaft » auf « Maßnahmen », auf « Ausnahmezustände », kurzum: auf « kämpferische Demokratie » angewiesen. In der verlängerten Linie einer von « politisch » (kraft Regierungsgewalt) durchsetzungsfähiger Mehrheit, die sich kraft Durchsetzung die erforderliche Grundrechtslegitimation « anmaßt », her gesehenen Verklammerung (modischer: Funktionalisierung, traditionell: Eroberung) von « Staat » durch « Gesellschaft » liegt dann die « totalitäre Gesellschaft » (so die Kritik; Affirmativbezeichnung: « demokratische » Gesellschaft), für die « Staat» als strategisches Vehikel und Instrumentarium (in einem « Klassenkampf » gleich welcher Prägung) dient. In der verlängerten Linie einer von « rechtlich » (kraft Grundrechtsgewalt) durchsetzungsfähiger Gesellschaftsminderheit, die sich kraft Durchsetzung die erforderliche Regierungsgewaltlegitimation « anmaßt », her gesehenen Verklammerung (modischer: Neutralisierung; traditionell: Unterdrückung) von « Gesellschaft » durch « Staat » liegt dann der « autoritäre Staat » (so die Kritik; affirmative Bezeichnung: « starker », « neutraler Staat »), für den « Gesellschaft » dauerhaft als gegliederte « Ständeordnung » (gleich welcher Prägung) dient.

Gegen diese Grenzwert-Ambivalenz ist kein « Naturrecht », keine « Rechtspositivität » (auch kein Ausgleichsprogramm zwischen beiden) gefeit.

dd) Seit dem 19. Jahrhundert vollzieht sich eine Wende zur gesellschaftlichen Praxis. Diese verdankt sich ihrerseits folgenreichen Einsichten darüber, daß eine (genauer: jede) Suche nach philosophischen Letztbegründungsmöglichkeiten als erkennbaren und praktizierbaren Gesellschaftstheorien — in der Linie klassischer Spekulationen auf Gesamtorientierungen aus einem Guß und für alle verbindlich — notwendig und auch dauerhaft hoffnungslos, zumindest praktisch erfolglos bleiben müsse. An die Stelle jener deshalb aufgegebenen Suche hätten, so die allgemeine Tendenz, historisch belehrbare, d.h. praktisch folgenreiche (erfolgreiche!) Gesellschaftstheorien als lernende und sich stets aufs

neue bewährende Sozialsysteme zu treten. Als Wende von idealen Vernunftsystemen zu lernenden Sozialsystemen, als Wende von Kausalität zu Funktionalität, als Wende von Theorie zu Praxis. als Wende von traditionellen transzendentalen Subjekten (Gott, absoluter Geist, wahre Natur des Menschen usw.) oder revolutionären Klassen (feudale, bürgerliche, proletarische Revolution usw.) zu theoretischen Sozialwissenschaften mit unmittelbar praktischen Verwendungsvoraussetzungen und Verwendungsauswirkungen verbindet sich mit der vermeintlichen Vollendung « rationaler », d.h. planmäßig diesseitiger, endlicher, geschichtlicher, « wirklicher » und « positiver » Gesellschaftlichkeit (Gesellschaft jetzt nicht mehr als « Natur », sondern als sozialer Prozeß in Handlungs- (System-) Zusammenhängen begriffen) zugleich der soziale Prozeß krisenhafter Bezugsorientierungen von « Theorie » und « Geschichte » als Verhältnisbestimmung von Philosophie, Wissenschaft, Methodenlehren, Moral, Praxis) und realen Systemzusammenhängen von sozialer Stabilität und sozialem Wandel, in denen wir, wie skizziert, verstrickt sind.

ee) Politische Parteien (insbesondere vom Typ der integrierenden Volksparteien), jene besonders sichtbaren Hände eines immer unsichtbaren Allgemeinen und Ganzen, können keine (positiven) Ziele (mehr) verfolgen, sind aber auf nichts so sehr angewiesen wie auf zündende Zukunftsvisionen, mitreissende Verheissungen, engagierende Aufbruchsstimmungen; in ihren Inhalten freilich leben sie alle ausschließlich von ihrer Praxis als Macht-Statthalter. Ein grandioses Dilemma freilich auch hier. Denn gesellschaftliche Praxis, die sich schließlich nur noch durch sich selbst legitimiert, legitimiert nichts mehr.

e) *Fazit*: Juristenarbeit hat sich von den grundsätzlicheren Herausforderungen, denen unser Rechtssystem und unsere Rechtswissenschaft seit Jahren ausgesetzt sind, unberührt gezeigt. An solchen Herausforderungen lassen sich grob unterscheiden: politisch-soziale (inhaltliche) Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender zeitgenössischer Enticklungsqualität, funktionalistische (systemtheoretische) Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender Gesellschafsadäquität, methodologische Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender wissenschaftlicher Rationalität. Alle diese Durchgänge haben zur Abwehr

nach jeder Richtung geführt, nicht aber zu belangreichen Neukonstitutionen des Selbstverständnisses. Aus solcher Stabilität erschließt sich wohl die Richtigkeit der Annahme (für sie insbesondere: F. Wieacker), daß Rechtsarbeit öffentliches Handeln unter — sich dadurch als spezifisch rechtlich kennzeichnenden — Rechtfertigungsanforderungen (Begründungsauflagen) sei.

Immerhin ist damit die Chance einer praktisch-politisch-philosophischen, reflexiven Re-Orientierung der Rechtskategorie verbunden (Topos: « Rehabilitierung der praktischen Philosophie »). Recht als praktische Philosophie (Politik) hat zwar nicht (mehr) den klassichen Endzweck praktischer Verständigkeit (Eudämonie) zur Verfügung. Ihn hatten in der Neuzeit abgelöst: Methodologie (Descartes), Rechtsformen als Verbürgung von Sicherheit (Hobbes), politische Klugheit von Führungseliten (Vico), Freiheitsgesetze (Kant). Nach Krisen in jenen Paradigmen haben wir es im Recht heute zu tun mit Anforderungen an Verallgemeinerungsfähigkeiten (d.h. mit Legitimations- wie Loyalitätsbedingungen zugleich) eines « Systems » von Prinzipien, Normen, Richtlinien, Plänen, Programmen, Werten und Bedürfnissen, Interessen. Eine praktische Theorie des Rechts in einem derartigen System-Sinne ist in der Tat auf hohe Reflexivität (Selbstreflexion) angewiesen. Es mag sein, daß die Sterne dafür ungünstig stehen. Aber zu einer christlichen Hoffnung sollte zumindest gehören, daß (der erkenntnis- und evolutionstheoretische, normativ-historische) David gegen (den systemtheoretisch-funktionalistischen) Goliath immer wieder eine Chance habe.

III.

1) Die Radikalität der (bürgerlichen) Aufklärung nährte sich von ihrer Kritik an den religiösen Überlieferungen und kirchlichen Institutionalisierungen des Christentums. Die bürgerliche Revolution (und ihre antibürgerliche Fortsetzung) ist freilich ihrerseits eschatologisch geblieben, nur werden Paradies, Sündenfall, Erlösung ebenfalls säkularisiert. Eine « Dialektik der Aufklärung » wird so geradezu zeitlos zum jeweiligen Verhältnis von « Altem » (von Tradition, von Funktionen einer Dogmatik, von kategorialem

Vorrang einer « Logik » vor « Historie » im Sinne einer jeweiligen Verteidigung von Beständen) und « Neuem » (von Revolution, von Funktionen eines Naturrechts, von kategorialem Vorrang einer « Logik » vor « Historie » im Sinne einer jeweiligen Entstehungsdurchsetzung von Beständen). Alle Beziehungen werden dann möglich: das Neue des Alten (als Entzauberungen?), das Alte des Neuen (als Vergötzungen?), das Alte des Alten (als Romantiken?), das Neue des Neuen (als Revolutionierung?). Mit solchen Abstraktionen ist selbstverständlich wenig gewonnen.

K. Marx war zuversichtlich in den eudämonistischen Endhoffnungen auf dauerhafte Befriedigung aller Menschen zugleich, auf Versöhnung von (erreichter) Kultur und (zu erreichender) Interessenidentität; deshalb hielt er die politisch-ökonomischen Grundfragen für wissenschaftlich (und das heißt: unter Zustimmungszwängen) entscheidbar. M. Weber glaubte an dauerhaft unversöhnliche Interessen der Menschen, mithin an keine Versöhnbarkeit von Kultur (Ideen) und Bedürfnissen; deshalb setzte er (sehr begrenzte) Hoffnungen auf die Verbindungen verantwortungsbewußter staatlicher und wirtschaftlicher Bürokratien.

Seither arbeiten sich die sozialtheoretischen Programme an einer kritisch-konstruktiven Verbindung und/oder Überwindung von Marx und Weber ab. Programme sog. « Kritischer Theorien » hielten dabei bislang Interessenharmonien *und* Kultur (« unter gegebenen Umständen ») für nicht erreichbar und deshalb umstürzende Veränderungen für historisch legitimiert und praktisch-politisch erkämpfenswert. Sog. « Kritisch-rationale » Programme hielten dabei bislang derartige Ziele für nie und nirgendwo erreichbar, weil zumindest alle grundlegenden Veränderungen zu unübersehbaren und deshalb unverantwortbaren Folgen führten, sodaß sich nur Strategien mittlerer Reichweite aus bisherigen Erfahrungen rechtfertigen ließen. Programme sog. « Systemtheorien » hielten dabei bislang die von den anderen Programmen behandelten Fragestellungen für « alteuropäisch » belastet und unmodern, sodaß sie vorrangig auf Entwicklung radikalerer, abstrakterer, indirekterer Fragestellungen (und erst nachrangig auf Institutionalisierungen und Organisationsformen) zielten.

Es scheint, daß sich solche Alternativen von Sozialtheorien und Wissenschaftsmethodologien, von Handlungsphilosophien und

Systemsoziologien inzwischen in langen Grabenkriegen erschöpft haben und daß Friedensschlüsse im Wege von komplexeren, längerfristigen und grundsätzlicheren (mithin: reflexiveren) Umorientierungen angebahnt werden. Darin liegen zugleich Chancen für eine reflexive Verknüpfung von « Christentum, Säkularisation und modernem Recht ».

2) Säkularisation wird reflexiv auf « Christentum und modernes Recht » bezogen mit der Frage, ob und wie sich Entwicklungsprozesse (theoretisch) rekonstruieren lassen in praktischer Hinsicht, also mit Möglichkeiten systematisierfähiger Orientierungen. Solche Entwicklungs-« Logiken » sind in den traditionellen Formen des idealistischen und materialistischen Historismus nicht mehr zu gewinnen; jedenfalls sollte sich die Parteinahme (und richtet sich meine Parteinahme) gegen sie richten.

Es lohnt sich deshalb, Elemente einiger Evolutionstheorien zur Kenntnis zu nehmen vor allem im Blick auf den Anteil des Rechts. Insoweit handelt es sich zugleich um die Suche nach rationalen (und zugleich historisch-sozialen) *Moraltheorien*, die sich Gültigkeiten von Begründungsregeln praktischer (Rechts-) Sätze zum Ziele setzen. Auf diesem Felde lassen sich heute (ich gehe von der Lage in der Bundesrepublik Deutschland aus und beschränke die Skizze auf den Moral-(Rechts-)Anteil) grob unterscheiden:

a) Theorien einer formal (« reinen ») rationalen Moral. Sie berufen sich alle im Kern auf I. Kant. Ihren Anhängern müßte es gelingen, eine nicht-empirische kognitivistische Meta-Ethik als Rechts- (Gesellschafts-) Theorie vorzustellen. Die Kritik verweist vor allem darauf, daß im Rahmen der in Anspruch genommenen a-priori-Geltungen jeweils Vernunft und Tradition legitimatorisch zusammenfielen und daß Pflichtenkollisionen (kraft des Theorieprogramms) nur deswegen vermeidbar seien, weil Recht ausschließlich mit negativen Pflichten (gegenüber der Freiheit anderer) zu tun habe.

b) (Entwicklungslogische) Stufentheorien von Moral (in Deutschland repräsentiert vor allem durch Projekt-Arbeiten am Max-Planck-Institut für Sozialwissenschaften in Starnberg). Ihren Anhängern müßte es gelingen, den unvermeidlichen inhaltlichen Gehalt von Moral auf gesellschaftlichen Entwicklungsstufen (ge-

nauer: für die Unterscheidung gesellschaftlicher Entwicklungsstufen) zu präzisieren und die Entwicklungslogik mit Geschichte und Soziologie zu synthetisieren. Die Kritik verweist darauf, daß relevante inhaltliche Probleme inexplizierbar blieben und das Programm nicht « freiheitlich », sondern « elitär » (oder majoritär) strukturiert sei.

c) Funktionalistische Evolutions- und Moraltheorien (in Deutschland repräsentativ vor allem: N. Luhmann). Sie lassen sich in der « alteuropäischen » Sprache nicht fassen.

Die Komplexitäten der früheren, auf der Grundlage von Organismussystemen einerseits, Maschinensystemen andererseits entwickelten Systemtheorien hat insbesondere N. Luhmann gesteigert zur Komplexität einer interdisziplinären einheitlichen Systemtheorie, die als umfassende Theorie sozialer Systeme auftritt mit dem Anspruch, gleichermaßen die erhaltungswürdigen Interessen von Geschichtsphilosphien (an konzeptioneller Einheit von Theorie und Praxis), von Erfahrungswissenschaften, (an Vernunftkontrolle durch Empirie), von rationalen Methodologien (an analytischer Differenziertheit) usw. besser wahrzunehmen als andere.

Solche Systemtheorie schmelzt alle traditionellen Orientierungen um: Geistes-, Natur-, Sozialwissenschaften; Subjekt-Objekt; Natur-Gesellschaft-Geschichte; Sein-Sollen; Sinn-Handlung-Zweck; Staat-Gesellschaft; in einem Satz: Das leitende « Erkenntnisinteresse » verändert sich von Erklärungs-, Prognose- und Aufklärungsprogrammen zu Programmen der Ermittlung von möglichen sogenannten funktionalen Äquivalenten als je andersartiger Möglichkeit im Horizont unbestimmt vieler und offener Möglichkeiten. Systemrationalität (gleichsam als « Invarianz » der obersten Stufe) ist Systemstabilisierung. Moraltheorie erscheint in der Form moralfreier Theorietechniken.

d) Ansätze zu einer Verknüpfung (unter dem Begriff « Gesellschaftsgeschichte ») von entwicklungslogischen und funktionalistischen Evolutionstheorien (in Deutschland repräsentativ vor allem: W. Schluchter in der Nachfolge M. Webers). Ihren Anhängern müßte es gelingen, die Eigenartigkeit (zwischen gesetzmäßiger « Art » und historischer « Einzigartigkeit ») eines « okzidentalen Rationalismus » in seiner universellen Bedeutung und Gültigkeit zu erklären und daraus Evolutionen von Ethiken, politischen

Institutionen und Recht bestimmbar zu machen. Die Kritik verweist darauf, daß hier den « Ideen » falsche Prioritäten vor « Interessen » zugeordnet würden (so die « linke » Kritik«, daß das Theorieprogramm zu inkomplex und zu unhistorisch bleibe (so die « funktionalistische » Kritik).

3) Es sind nicht die Einzelheiten der Programme, die hier vorgestellt werden sollten, sondern einige Gemeinsamkeiten in der Einstellung zu « modernem », zu « rationalem », zu « säkularem » Recht.

a) Im Vordergrund steht (außer für Funktionalisten) das Universalisierbarkeitsprinzip (als Prinzip, also nicht in seiner — umstrittenen — Begründung/Begründbarkeit): eine Norm sei gerecht (richtig), wenn ihr alle zustimmen könnten.

b) Säkularisation des Rechts ist als Umstellung von rechtstranszendenten auf rechtsimmanente Prinzipien nicht rückgängig zu machen.

c) Rechtsimmanenz ist ohne Bezug auf Entwicklung (Geschichte), Gesellschaft und Ethik (Moral) weder vorstellbar noch praktizierbar.

d) Soziale (Rechts-) Evolution ist ein lebenspraktisch-gesellschaftliches Projekt von (Selbst-) Aufklärungen, (kollektiven und individuellen) Identitätsfindungen und (in einem buchstäblichen Sinne) Recht-Fertigungs-Arbeit.

Natürlich sollten die — ebenso voraussetzungsvollen wie wirkungsmächtigen — Differenzen zwischen den Evolutionskonzepten und den Rechtsbegründungsprogrammen nicht verwischt werden. Aber eine Hoffnung verbindet sich mit ihnen, nämlich: dadurch, daß sie alle (in ihren Rekonstruktionsanstrengungen und ihren — sehr viel behutsamer, ungewisser, oft geradezu demütig werdenden — Perspektiven) in einer Mischung von Aneignung, Kritik und Weiterentwicklung der Tradition und ihrer gespeicherten Erfahrungen, der Geschichte und ihrer Moralen von/in « Geschichten », der bisherigen Paradigmen und ihrer Praxisbzüge reflexiv (nicht nur auf sich selbst und ihre Voraussetzungen und Möglichkeitsbedingungen, sondern auch bezogen auf andere (ältere oder rivalisierende) Programme) arbeiten, kommt so etwas wie « produktive Ungleichzeitigkeit » (J. B. Metz) zustande: Signaturen wie zum Beispiel Höhe der Zeit oder Philosophie als ihre

Zeit, in Gedanken erfaßt, oder Geistige Situation der Zeit lassen sich als (sicherlich notwendige, aber eben zu reflektierende) Vermessenheiten aufnehmen, lassen sich auch als Warnungen nutzen, « säkularisiertes » Christentum und « modernes » Recht nicht umstandslos zu einer je zeitgenössischen religion civile einzuschmelzen. Etwas von der Produktivität einer Ungleichzeitigkeit sollte (ausser Religion auch) dem Recht verbleiben, als Überlebenskraft alter Versprechen, vielleicht sogar als Verheißung menschlich-gesellschaftlicher Gottebenbildlichkeit aller Menschen. So ließe sich mehr als nur ein Hauch dauerhafter Normativität vom christlichen Messianismus für modern-rechtliche « Erlösungs » — Versprechen einer Freiheit und Gerechtigkeit für alle unter verallgemeinerungsfähigen « Gesetzen » retten.

4) Gewiss: Absolute, oberste und unverrückbare Wert-Aprioris im Christentum wie im Recht sind für uns und (wohl) für immer verloren. Die säkularen Ersatzformeln (gleich ob als « Gemeinwohl » oder « Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen » oder wie immer formuliert) helfen nicht sicher, nicht gründlich, sind sehr voraussetzungsvoll und stoßen in ihrer analytischen Kühle ab. In solcher Lage scheint eben für altehrwürdige (« Christentum ») wie revolutionäre (« modernes Recht ») Verheißungen kein Platz. Dennoch: Nur über die Einlassung auf die altehrwürdigen (« Glaube, Hoffnung, Liebe ») wie die revolutionären (« Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit ») versprochenen Antworten bewahrt die säkulare Grundfrage (Was können wir wissen; was dürfen wir glauben/hoffen; was sollen wir tun?) ihren verheißungsvollen Klang. « Säkularisation » ist hierbei nicht eine Geschichte von Verfall, ein Weg falscher Rationalität (oder wie Formeln solcher Kulturkritik sonst noch lauten mögen), sondern ein Programm, das es gegen falsche und/oder mißlingende Verwirklichungen zu verteidigen und zu verbessern gilt.

Mit Jürgen Habermas: Die Moderne — ein unvollendetes Projekt! Eine in religiösen und metaphysischen Weltbildern ausgedrückte substanzielle Vernunft ist sicherlich auseinandergetreten in Momente von (objektivierender) Wissenschaft, von (universalistischer) Moral (Recht), von (autonomer) Kunst, aber das Projekt der Moderne ist die Anstrengung, diese Verselbständigungen in ihrem historischen Recht ernst zu nehmen und wei-

terzuentwickeln, aber ihre Einheit gleichwohl und gleichzeitig für die Praxis als eine vernünftige Gestaltung der Lebensverhältnisse zu nutzen.

Meine These deshalb in nuce: Nur in Verfolgung dieses Projekts der Moderne ist « Christentum, Säkularisation und modernes Recht » überhaupt als unser « Projekt » fruchtbar aufzunehmen.

IV.

1) In dem Maße, wie sich evolutionstheoretische Ermittlungen (von Gesetzmäßigkeiten, von Tendenzen, von Möglichkeitsbedingungen, kurzum: von « Freiheiten » in « Systemen ») anstellen lassen, werden Extrapolationen in Form von (Modell-) Orientierungen oder von (Planungs-) Programmen oder von (Handlungs-) Spielräumen ermöglicht.

Von diesem Zusammenhang interessiert hier das Element « Recht ». Dabei geht es nicht um eine kategorial-komplexe Neubestimmung des Rechtsbegriffes, noch weniger um glatte Übersetzungen von Entwicklungstheorieelementen in Rechtstheorievokabeln. Chancenreich scheint mir demgegenüber ein Ansatz zu sein, der zu bestimmen versucht

a) die thematischen Hauptprobleme, auf die sich eine reflexive Verhältnisbestimmung von Christentum, Säkularisation und modernem Recht konzentrieren könnte (dazu unter 2).

b) die Einbruchstellen im Recht, an denen sich die Suche nach einer (erneuerten) Materialität von Recht (als seinem fundamentum in re) ansetzen ließe (dazu unter 3),

c) einige Entsprechungen, die sich für eine « Produktion » von Rechtsgrundsätzen als besonders fruchtbar erweisen könnten (dazu und 4).

2) Als wichtigste Themenbereiche für nähere Erforschung im skizzierten Sinne sehe ich:

a) « *Subjektivität* »; die theoretisch-programmatisch maßgebende Individualität und Subjektivität (subjektives Recht als Kernkategorie des « modernen » Rechts) ist heute allerorten praktisch-politisch « vergesellschaftet »; hierzu wären im einzelnen zu entfalten die Repräsentation des Bürgers als Wählers und Ver-

brauchers (beherrschendes Stichwort: « Unternehmer »-Funktionen) und die Aufhebung von (kontraktlichen) Beziehungen in/durch Organisationen (beherrschendes Stichwort: Neo-Korporatismus); umgekehrt wären Bedingungen zu skizziren, von denen heutige Subjektivität ihrer Möglichkeit nach abhängt (beherrschende Stichworte könnten z.B. sein: « Kommunikative Kompetenz » (J. Habermas), « Exit, voice, loyalty » (A. O. Hirschman). Zum weiteren Hauptthema werden deshalb Probleme von

b) (intersubjetivem, sozialem) « *Konsens* ». Identitätstiftungen über Programme idealistischen oder materialistischen Historismus, über religion civile, über eine Freund-Feind-Teilung sind als Programme (und als Praxis) sicherlich nicht tot, als Probleme gewiss ernst zu nehmen, verdienen es aber, daß man sich gegen sie wehrt. « System-und Sozialintegration » wären demgegenüber wohl hilfreiche Vokabeln für eine angemessene Fragestellung. Mit « Pluralismus » aller Spielarten ist demgegenüber wenig getan. Er wäre im Grunde erst dann verwirklicht, wenn jede beteiligungsbefugte (daruber läßt sich aber « pluralistisch » nicht mehr bestimmen!) Richtung anerkennte, er sei gewährleistet. Also bliebe als Verwirklichungsstrategie nur der Proporz. Alle anderen Verwirklichungsstrategien laufen auf Formen von Monopol-Pluralismus hinaus. Das Problem siedelt tief in der Liberalismus-Entwicklungsproblematik selbst. In ihr kennzeichnete der « Pluralismus » ein Hoffnungsprogramm, nach dem alle (selbst die antagonistischen) Gegensätze in der Gesellschaft keine (revolutionäre) soziale Sprengkraft entfalteten, vielmehr die Gesellschaft produktiv von der Rivalität aller Interessen und ihrer Durchsetzung lebe. Inzwischen ist — angesichts der Ausmaße von Problemanfällen — der Entscheidungs- wie der Konsensbedarf heutiger Gesellschaften so angewachsen, daß er « pluralistisch » nicht mehr zu befriedigen ist. Selbst die Nachfolgebegriffe — z.B. « Konzertierte Aktionen », « Kooperativer Pluralismus » — sind längst schon in ihrer Beschreibungs- und Erklärungsstrahlkraft verblaßt. Nicht erst heute, in jüngerer Zeit aber in stetig und immer schneller wachsenden Mengen überrollen dabei die Entwicklungsprobleme die entwickelten Problemlösungen. Immer radikalere (genauer: reflexivere) gesellschaftliche Lernanstrengungen werden dadurch erzwungen für eine

c) « *gesellschaftliche Synthesis* » (auf Bezeichnungen wie « Organisierter Spätkapitalismus » oder « Dynamische Industriegesellschaft » usw. kommt es nicht an). Der Freiheitsweg des « modernen » Menschen in seine Autonomie, in seinen poietischen Subjektivismus, in seinen possessorischen Individualismus — am Ende?, an einer Wende?

3) Die klassische « moderne » Materialisierung des Rechts war die *Freiheit* (im Sinne I. Kants). Eine ähnlich konzeptionsstarke Alternativ-Materialität steht nicht zur Verfügung, aber vielleicht zur Debatte. Dafür lassen sich einige Ansatzstellen (als Anomalien, die paradigmatisch veränderungswirksam werden könnten) skizzieren.

a) Die « System »-Tendenzen von Verrechtlichungen sozialer Stoffe und von Vergesellschaftungen rechtlicher Formen; sie zwingen zur « Produktion » veränderter Rechtsgrundsätze, von denen her Rechtsdogmatik ihre Orientierung und Ausbildung erfährt;

b) die nicht-wissenschaftliche Rechts-Methodologie; sie erzwingt Begründungs- und Rechtfertigungsauflagen und damit Aufrichtigkeit, Subjektivität, Betroffenheit;

c) die Beziehungsverknüpfungen von « privaten » und « öffentlichen » Sphären (bei gleichzeitigem « Politik »- wie « Markt »-Versagen!); sie erzwingen Verhaltensänderungen und Erwartungsdruck vor allem bei « Funktionären » aller Stufen und Bereichen;

d) die Ausweglosigkeiten und/oder Folgen-Folgen-Überlastungen hergebrachter Lösungsrezepte; sie erzwingen alternative, innovative, prognostische Phantasie und veränderte Erfahrungen.

4) Aporien, Resignationen, Stillstände sind — reflexiv gewendet — Chancen immer erneuerten Beginns und Versuches, vorausgesetzt freilich, daß gleichsam nicht alles Feuer schon ganz erloschen ist. In solcher Lage sehe ich für « Entsprechungen » von « Christentum » und « modernem Recht », die beide « Säkularisation » produktiv ernst nehmen, auf der Ebene von — reflexiven — Rechtsgrundsatzumorientierungen « verheißungsvolle » Möglichkeiten. Ich kleide sie — als Obergrundsätze — in die beiden Bezugssprachen.

a) *Selbstbeschränkungen* und *Mitbetroffenheiten* — « Liebe »; « Gleichheit und Brüderlichkeit ». Sie führen zu einem Verständnis jeweiliger Gegenwart sowohl als zukünftiger Vergangenheit (Ge-

staltungen in « Vor-Sicht ») wie auch als vergangener Zukunft (Erfahrungen aus « Rück-Sicht ») und ermöglichen « Treuhand »-Selbstverständnisse, die als Bindung an Nichtübersteigbares « christliche » wie « rechtliche » Enfahrungen und Formen hinter sich haben könnten. Sie führen zur Intersubjektivität als Lebensweltmitte zwischen Objektwelten und subjektiv-privater Individualität.

b) *Gewissheitsverluste* und *Unvollkommenheiten* — « Glaube und Hoffnung »; « Freiheit ». Sie sind gleichermaßen wirksam in Religion, in Recht, in Wissenschaft, in Geschichte und zwingen uns zu (einem Leben mit und einer Arbeit an) begründbaren Zustimmungen, einsichtigen Änderungen, respektierbaren Kompetenzen usw. Wenn praktische wahre Urteile « in letzter Instanz an die Intention des wahren Lebens » gebunden sind (J. Habermas), dann wäre vielleicht *Recht-Fertigung in Liebe* mehr als nur eine Vision von « Christentum und modernem Recht ». Man mag das prosaischer, abstrakter, komplexer und zutreffender formulieren, es ist meine Sicht einer erneuerten Rechts-Materialität.

Relazioni delle Commissioni di lavoro, San Miniato 1980

Berichte der Arbeitsgruppen, San Miniato 1980

(Original/English)

QUESTIONARIO PER IL LAVORO DI SINTESI DELLE COMMISSIONI

FRAGEBOGEN FÜR DIE ARBEITSGRUPPEN

1) *Giudizio storico*

Quali sono i principali influssi riconoscibili come cristiani-storici nel vostro campo? (influssi sul diritto; sulle istituzioni politiche; sulla dottrina giuridica; sulla dottrina politica)

Quali i principali influssi storici della secolarizzazione (o come semplice de-teologalizzazione; o come decristianizzazione integrale) nel vostro campo? (anche qui influssi sia sul piano reale che su quello dottrinale)

2) *Giudizio essenziale* (teologico, filosofico)

Quali le principali tensioni oggettive tra cristianesimo autentico (teologico) e pensiero/diritto/istituzioni politiche moderni nel vostro campo?

Quali le principali omogeneità strutturali oggettive tra cristianesimo autentico (teologico) e pensiero/diritto/istituzioni politiche moderni nel vostro campo?

Sono da segnalare, nel vostro campo, spiacevoli « risacralizzazioni », assolutizzazioni indebite, ri-mitizzazioni?

3) *La docta spes*

Quale l'evoluzione prevedibile nel vostro campo? Più convergenza, più divergenza tra cristianesimo e mondo laico? Su quali punti?

Quale l'evoluzione auspicabile nel vostro campo? Più convergenza? Più divergenza? Su quali punti? Quali le conferme di acquisizioni irrinunciabili sia per il cristianesimo che per l'umanesimo laico? Quali le possibili direzioni di superamento, di progresso, che appaiano tali sia per il cristianesimo che per l'umanesimo laico? Quali le linee di evoluzione inaccettabili per entrambi?

Esiste — in diritto, in politica — uno « specifico cristiano » che va oltre l'umanesimo consegnato nelle Costituzioni e nelle Dichiarazioni dei diritti dell'uomo, o queste hanno già inverato tutto quanto il cristianesimo può chiedere, e ad esso resta solo il ruolo di forza morale utile/indispensabile per renderle effettive? Ci sono richieste di superamento avanzate dal cristianesimo non proponibili alla società globale, ma realizzabili in consociazioni volontarie, in « micromodelli utopici » cristiani indirettamente significativi per la società globale?

RELAZIONE DI SINTESI DELLA PRIMA COMMISSIONE
(« CONCETTI GENERALI ») [1]

La nostra Commissione si è data come oggetto i rapporti tra cristianesimo e forma di pensiero (*Denkform*) « modernità », e ha lasciato quasi completamente alle altre Commissioni l'ambito del giuridico. Può darsi quindi che ci sia un certo scollamento tra i suoi risultati e quelli delle altre e la discussione potrà forse servire proprio a ritrovare il tessuto connettivo che ancora manca.

L'estrema complessità del cristianesimo come esperienza che investe tutti i livelli dell'umano, dall'estasi mistica alla dottrina filosofica e teologica, dagli ordinamenti monastici o familiari della vita fino allo stile e ai contenuti dell'arte, della tecnica, dell'agricoltura o della cucina; e la non meno grande complessità del moderno hanno fatto sì che i lavori della nostra Commissione siano stati caratterizzati da un'abbondanza quasi incoercibile di osservazioni e di associazioni creative, in buona parte dovute alla forse inesauribile ricchezza di suggerimenti scritti e orali di Léo Moulin, ma anche dalla difficoltà di sistemarle in modo strategico e al tempo stesso non troppo riduttivo.

Il primo problema è stato di concordare una definizione di cristianesimo e di moderno. Per quanto riguarda il cristianesimo si è accettata dal questionario la distinzione tra cristianesimo storico e cristianesimo teologico, che ha consentito di riservare un posto sia al cristianesimo ritenuto ortodosso e autentico, sia a quelle che la Commissione ha giudicato eresie o para-eresie o comunque visioni unilaterali della verità cristiana totale: e si può dire subito che spesso le eresie sono sembrate forse più capaci di generare storia della sintesi cristiana equilibrata e ortodossa, che per buona parte della Commissione è abbastanza adeguatamente rappresentata dall'atteggiamento teologico e filosofico, mistico e umanistico insieme, di S. Tommaso d'Aquino, atteggiamento che corrisponde a quello che nella mia comunicazione introduttiva avevo chiamato cristianesimo non-confessionale, cristianesimo « pleromatico » (San Tommaso, Pico della Mirandola, Maritain).

---

[1] Hanno fatto parte della Commissione: Alberto Bianchi (Firenze), Giovanni Cosi (Firenze), Georges Cottier (Ginevra), Luigi Lombardi Vallauri (Firenze), Giuliano Marini (Pisa), Léo Moulin (Bruxelles), Michael Novak (Washington), Franco Todescan (Padova), Michel Villey (Paris), Antonio Zanfarino (Firenze).

Per quanto riguarda il secondo termine del confronto — il moderno — ci si è chiesti se il concetto doveva essere inteso in senso prevalentemente cronologico come « tutto ciò che è accaduto al di fuori dell'ambiente ecclesiastico grosso modo a partire dal '400 », o se invece si doveva adottare un concetto più ristretto e più tipico. È prevalsa la seconda soluzione.

Il nucleo « hard » caratterizzante la *Denkform* occidentale moderna rispetto a tutte le altre, antiche e recenti, europee ed extraeuropee, sembra essere costituito dalla saldatura tra due assiomi fondamentali: *mensuro ergo possum* e *volo ergo sum*, tra loro logicamente collegati.

Il primo assioma sintetizza la forma di pensiero dello scientismo tecnologico, inaugurata dal galileismo con la sua riduzione della conoscenza alla misurazione di quantità fisiche e alla elaborazione matematica delle misure sperimentalmente ottenute, e successivamente completata, nel corso del '700, dalla destinazione tecnica e dominativa della conoscenza, nella linea già indicata da Bacone, e, a partire dall'800, dalla sempre più potente e perfezionata organizzazione industriale del dominio tecnologico sulla realtà.

Il secondo principio — *volo ergo sum* — sintetizza l'altra tendenza caratteristica del moderno, che è quella a porre un soggetto assoluto, individuale prima — fino a forse tutto il '700 — e anche collettivo poi, che non riconosce al di sopra di sé come iscritta nell'essere, o rivelata da Dio, alcuna norma universalmente vincolante.

I due assiomi sono logicamente collegati, perché se la sola vera e propria conoscenza è quella fisicalista e tecnologica, non si può avere vera e propria conoscenza nell'ambito del senso, della norma e del valore. Il soggetto può quindi porre egli stesso ogni genere di valore, con una forte tendenza a porre come valore precisamente se stesso. Manifestazioni tipiche della saldatura moderna tra i due assiomi possono essere, per esempio: lungo la linea individualistica il soggetto onniproprietario di Hobbes, il libertino, l'edonista o l'utilitarista, in genere l'individualista possessivo e aggressivo del '6-700, poi l'Unico o l'unicista stirneriano o il superuomo nietzscheano dell'800, e poi ancora il surrealista, l'avanguardista, l'esistenzialista negativo — e infine l'edonista maltusiano e abortista libertario del '900; lungo la linea collettivistica il Leviatano di Hobbes e dei teorici della ragion di Stato e dello Stato assoluto nel '600, lo Stato etico di Hegel nell'interpretazione riduttiva della destra hegeliana, il proletariato o il partito o lo Stato comunista nel marxismo e nel leninismo, la nazione nel nazionalismo e nell'imperialismo ottocentesco, la razza o il popolo eletto nel nazismo, la grande impresa nel capitalismo, forse il processo economico oggettivo nelle economie consumistiche del benessere.

Accettato come nucleo « duro » del moderno il soggettivismo volontaristico supportato dal fisicalismo tecnologico, il primo problema posto alla Commissione era quello delle eventuali ascendenze cristiane di

questo nucleo. Per definizione esse dovevano essere eresie o presentazioni unilaterali di verità cristiane autentiche, in quanto la Commissione è stata unanime nel ritenere che il cristianesimo autentico è assolutamente incompatibile con una esaltazione irrazionalistica del soggetto assoluto e con una epistemologia riduzionistica quando questa si voglia esclusiva di ogni altra forma di conoscenza, e in particolare della conoscenza mistica, metafisica, teologica, poetica e interpersonale.

Tra le eresie indicabili come ascendenze eretiche del fisicalismo, è stato collocato in particolare il nominalismo medievale, il quale ha anche un'indiretta influenza sul soggettivismo, nella misura in cui appunto riduce l'essere a una somma puramente numerica di individualità ineffabili e, per quanto riguarda i soggetti umani, tendenzialmente incomunicanti.

Di fronte al dubbio se il nominalismo non sia una posizione piuttosto filosofica che teologica, si è risposto che in esso vi è almeno la componente teologica del volontarismo, in particolare francescano, la cui influenza sul volontarismo filosofico moderno è parsa difficilmente contestabile.

Prima ancora del volontarismo teologico, l'antenato forse più significativo del moderno è probabilmente il pelagianismo come quell'eresia secondo cui la natura dell'uomo con i suoi impulsi costitutivi e la volontà dell'uomo con la sua libertà radicale sono sostanzialmente buone e capaci di conferire o meritare all'uomo la beatitudine. Dal pelagianismo attraverso cinghie di trasmissione virtuosisticamente illustrate dalla relazione di Moulin, e per esempio attraverso i sempre rinascenti millenarismi, derivano le più diverse forme di ottimismo naturalistico o storicistico tipiche del moderno e in particolare del rivoluzionario e dell'uomo di sinistra in genere.

Paradossalmente, anche l'avversario speculare del pelagianismo, l'agostinismo, specie in alcune interpretazioni riduttive proprie della Riforma, può sortire in pratica analoghi effetti, assolutizzando il ruolo della grazia e abbandonando quindi la ragione e la natura, come cose « mondane », interamente a se stesse.

Più in generale i due assiomi del moderno sono stati interpretati come deviazioni o assolutizzazioni indebite o secolarizzazioni unilaterali dei seguenti principi ebraico-cristiani autentici:

1) il monoteismo, che — come ha osservato Cottier — spazzando via dal cosmo gli dèi, i semidèi, i *mana*, le potenze, le energie, i folletti ed ogni altro genere di entità numinose e di idoli, in una parola sola desacralizzando il cosmo, ha dato via libera all'intrapresa della sua conoscenza scientifica e del suo sfruttamento tecnologico integrali, supportata e quasi suggerita anche dal mandato biblico di assoggettare la terra;

2) ancora il monoteismo, in quanto concependo Dio come persona e l'uomo a immagine di Dio e in dialogo con Dio, ha posto le basi ontologiche di ogni personalismo, e quindi del riconoscimento del soggetto;

3) la concezione della grazia come partecipazione all'uomo della stessa natura divina, che però non sopprime, come ancora ha sottolineato Cottier, anzi perfeziona la natura umana e le conferma la propria autonomia pur garantendola dai rischi del naturalismo moderno già embrionalmente presenti in alcuni filoni almeno della seconda scolastica, come ha segnalato Todescan;

4) il creazionismo, che esaltando l'atto divino di volontà, può essere visto all'origine delle dottrine della norma come atto di volontà del sovrano. A questo proposito la relazione di Villey ha segnalato come il positivismo giuridico legalista sia di origine storica verosimilmente ebraico-cristiana, pur dovendosi considerare teologicamente eterodosso;

5) il concetto dell'Incarnazione e della natura divino-umana del Cristo, riassunto personale di tutti senza eccezione i livelli del cosmo e dell'essere, Proteo assoluto, che esalta ancora il personalismo fino a un punto logicamente non superabile;

6) per quanto riguarda le soggettività collettive, il concetto ebraico di popolo eletto traslato poi nella ecclesiologia cristiana, e innumerevoli volte ripreso da quelle nazioni, da quei raggruppamenti ideologici, da quei partiti, da quei ceti sociali moderni che quasi senza eccezioni si sono data, o si sono vista assegnare da questo o da quel pensatore, la missione — sempre la stessa — di salvare, assumendone la guida beninteso, l'intera umanità;

7) il messianismo, che evidentemente si collega al concetto di popolo eletto e che anch'esso sostenta i deliri escatologici e soteriologici di cui sopra;

8) la concezione della storia come da un lato affidata alla decisione dell'uomo e, dall'altro, iscritta in un tempo lineare orientato da un'alfa a un'omega secondo una direzione provvidenziale di progresso;

9) a questa concezione della storia e all'ecclesiologia dinamica tipica del cristianesimo si coordina, probabilmente, lo spirito organizzativo e cooperativo che caratterizza i territori cristiani e che porta alla fioritura incredibile delle iniziative monastiche, ma anche all'impresa economica, all'organizzazione industriale della produzione, alla cooperazione in tutti i campi, che sembra davvero un fenomeno moderno e occidentale.

Tutte queste idee cristiane hanno avuto, accanto agli esiti soggettivistici riduttivi e distruttivi già ricordati, anche conseguenze umanistiche in altrettante secolarizzazioni « buone », cioè semplici de-teologalizzazioni, che storicamente possono essere nate anticristiane ed essere state ferocemente o pateticamente contrastate dalla Chiesa, ma che teologicamente possono oggi, col senno del poi, riconoscersi come episodi dolorosi e fecondi di maturazione della stessa coscienza cristiana. Così la dominazione della natura, se congiunta a una nuova consapevolezza

ecologica e disgiunta dal riduzionismo epistemologico. Così tutta la scienza moderna, nel suo aspetto di sterminato e verificabile arricchimento del patrimonio umano di verità anche contemplativamente fruibile nella meraviglia. Così, sul versante del secondo assioma, ogni forma di risveglio della persona alla libertà quando si comprendano insieme le condizioni comunitarie (per es. familiari) di questo risveglio e il suo sbocco, anch'esso comunitario, in una filosofia della solidarietà creativa e della responsabilità.

Sotto questo profilo è risultata particolarmente stimolante la reinterpretazione del capitalismo democratico data da Novak, secondo cui esso è il sistema economico e politico più corrispondente — almeno a livello di esperienza vissuta, se non di concettualizzazione teorica — ai postulati di un'antropologia evangelica.

Vi sono indubbiamente nel liberalismo come dottrina della divisione dei poteri istituzionali e soprattutto come dottrina dell'autonomia dei sistemi economico-politico e morale-culturale, al tempo stesso una generosa simpatia per il nuovo e una sana diffidenza per il potere che bene si coordinano al senso cristiano della personalità, della storicità e del peccato.

In generale è stata contestata con buoni argomenti la tesi per cui le più fruttuose invenzioni dell'esperienza e del pensiero moderni sarebbero state quelle maturate in contesto antireligioso. Sotto questo aspetto non è forse azzardato distinguere tra ambiente inglese e nordamericano da un lato, dove la modernizzazione più creativa, sia in scienza che in politica che in economia, è stata costantemente animata da spirito religioso, e ambiente continentale tedesco e francese, dove essa si è invece svolta, con risultati spesso catastrofici, sotto il segno dell'ateismo.

È risultato poi pacifico — forse troppo pacifico — per la Commissione che tutte le conquiste moderne collocabili sotto il principio umanistico « considera l'altro come fine e mai come mezzo » sono di matrice cristiana autentica oppure pienamente integrabili e da integrare nella sintesi cristiana. Menziono appena, accanto al liberalismo, l'ispirazione solidaristica del socialismo, se separata dall'ateismo anticristiano e dalle degenerazioni materialistiche, collettivistiche e totalitarie dei marxismi rivoluzionari e dei socialismi reali.

Un aspetto su cui ha attirato l'attenzione la relazione Marini è stato il tema della *Erniedrigung* nella cultura idealistica e romantica, la quale ha visto la radice teologica del rispetto infinito dovuto ad ogni altro uomo nell'abbassamento del Verbo divino attraverso l'incarnazione in un singolo uomo. Hegel in particolare ha fondato teologicamente in questo modo la più accettabile delle sue secolarizzazioni, quella cioè per cui al momento di abbassamento e sofferenza del Cristo corrisponde la società civile nella quale a ogni singolo uomo preso per se stesso è riconosciuta una sostanziale infinità. Secondo questa concezione hege-

liana il cristianesimo si secolarizzerebbe sul piano politico nel regime liberale teorizzato da Kant.

Tornando alle secolarizzazioni teologicamente inaccettabili, la relazione di Cosi e numerosi interventi integrativi hanno messo in luce come a ciascuna di esse si accompagni quasi immancabilmente la relativa risacralizzazione, che è poi il termine moderno per l'idolatria.

Sulle religioni secolari che nascono da queste risacralizzazioni ci siamo già sufficientemente soffermati.

A questo punto possono considerarsi sommariamente risposte le prime cinque domande del questionario. Il quadro d'insieme che ne risulta è quello di un'influenza storica quasi ubiquitaria del cristianesimo ortodosso ed eretico e di una piuttosto estesa, ma non certo completa, compatibilità teologica del cristianesimo ortodosso col moderno. Sul piano storico gli avversari principali delle conclusioni della Commissione sembrano essere i critici radicali del concetto di secolarizzazione e teorici del moderno come inizio assoluto alla Blumenberg. Il moderno sarebbe un'essenza radicalmente nuova scaturita dalle esigenze stesse della ragione scientifica e dalla realtà delle cose oppure avrebbe la propria origine in se stesso. A questo si è obiettato variamente che nulla sorge *ex nihilo*, che l'idea di un'origine *ex nihilo* del moderno può a sua volta avere origine solo entro una ben precisa ideologia o teologia, e ancora che se il moderno nascesse per necessità intrinseca dalle cose stesse, non si vede perché il suo luogo di nascita avrebbe dovuto essere proprio l'Europa cristiana. Nella Commissione sulla base di numerosi argomenti storici è prevalsa l'opinione favorevole alla tesi della secolarizzazione, cioè della continuità.

Sul piano teorico gli avversari principali delle conclusioni della Commissione possono essere o i tradizionalisti puri, secondo i quali tutto il moderno dalla scienza e dalla tecnica fino alle forme politiche e giuridiche è opera del demonio, o i modernisti integrali in campo sia cristiano che laico.

Passando all'ultimo gruppo di domande, relativo al futuro, non sempre è stato facile mantenere distinte la previsione e l'auspicazione. Quanto alla previsione, si è constatata una crisi profonda della sicurezza di sé del pensiero moderno e in particolare dello scientismo, crisi dalla quale ci si può aspettare un riavvicinamento degli intellettuali più responsabili e meno « leggeri » (di peso) al cristianesimo. Tuttavia sono discernibili anche tendenze alla divergenza: così l'epistemologia scientista riduttiva, teorizzando l'irrazionalità e l'arbitrarietà di ogni pensiero morale e religioso è compatibile con — se non addirittura favorevole a — un proliferare delle più strane sette cristiane, delle religioni improvvisate sotto la guida di questo o di quel guru o profeta, con la superstizione alchemica o astrologica più sprovveduta, insomma con un generale regresso dello spirito critico nelle questioni di fondo. Una forte probabilità di divergenza tra cristianesimo e mondo moderno sussiste

anche nell'ambito della sessualità, della famiglia, del rispetto per la vita. Qui il moderno, distruggendo il concetto di natura normativa, sembra destinato a fare della morale familiare cristiana una scelta eroica e improbabile per pochi: vera e propria Tebaide in un contesto mondano estesamente individualistico-libertario. Non mancano tuttavia segni di una riscoperta degli impegni e delle fedeltà cristiani proprio sulla base dei più spregiudicati usi della libertà. Oltre che sul piano pratico i rischi di allontanamento tra cristianesimo e mondo moderno possono verificarsi sul piano teorico là dove manchi la capacità di interpretazione e giustificazione culturale di vissuti e di esperienze moderne positive da parte della Chiesa e degli intellettuali cristiani. Un esempio è il caso già ricordato del capitalismo democratico.

Quanto all'auspicazione, la Commissione è stata largamente concorde nel riconoscere come un postulato dello stesso cristianesimo la difesa e anzi l'attiva instaurazione di un ordine laico della vita nel quale tutti gli uomini possano vivere e cercare la verità attraverso la libertà. Quest'ordine, corrispondente nelle sue grandi linee a una sorta di diritto naturale liberale, può considerarsi complessivamente espresso dalle moderne Costituzioni personalistiche e dalle Dichiarazioni dei diritti dell'uomo, qualora queste vengano riformulate non più unilateralmente dal punto di vista del soggetto assoluto e dei suoi diritti, ma bilateralmente o complementarmente dal punto di vista dei *doveri* di solidarietà, senza l'assunzione dei quali le proclamazioni dei diritti sono o logicamente assurde (non potendoci essere diritti senza correlativi doveri) o ideologicamente tendenziose. Rispetto all'ordine di solidarietà personalistica presupposto logicamente dai diritti dell'uomo, il cristianesimo non sembra avere uno specifico apporto quanto alle strutture organizzative della società globale. Qui la collaborazione con i laici seri dovrebbe poter essere piena. Il cristianesimo appare tuttavia indispensabile: sia come fondazione ontologica dei doveri e dei diritti della persona e in particolare dei diritti dei più deboli e dei più poveri, a cominciare dal concepito nel seno materno; sia come stile comunitario e interpersonale dell'adempimento dei doveri di solidarietà ricordati, in particolare per ri-umanizzare e ri-spiritualizzare i servizi minacciati di funzionalismo, burocraticismo, formalismo sindacalistico; sia ancora come antropologia non-riduttiva capace di interpretare principii umanistici del moderno più equilibratamente e soavemente di quanto lo stesso pensiero moderno non possa fare; sia infine come vita spirituale capace di suscitare, a livello di volontariato, esperienze di ricerca sapienziale e di carità fraterna almeno indirettamente significative come micromodelli utopici per l'intera società globale. È soprattutto al di sopra del piano sociale, giuridico e politico che il cristianesimo — o un cristianesimo, ripeto, pleromatico — può apparire necessario a superare i germi di riduzionismo e di nichilismo annidati nella cultura moderna restituendola veramente a se stessa, e può ap-

parire sia come sicurezza ontologica del senso (nel senso di non-nonsenso) della ricerca, sia come compito creativo indefinito. Il cristianesimo pleromatico (che teologicamente coincide senza residui con l'umanesimo pleromatico) è ancora, per ciascuno di noi, credenti e non credenti, una — forse la più grande — cosa da scoprire.

LUIGI LOMBARDI VALLAURI

DISCUSSION-REPORT OF THE FIRST COMMISSION
(« GENERAL CONCEPTS »)

Our Commission set itself the task of examining the relations between Christianity and the form of thought (*Denkform*) « modernity », and left the legal field almost completely to the other Commissions. Therefore it may be that there is a certain division between its results and those of the others and the discussion may perhaps serve to rediscover the connecting tissue that is still lacking.

The extreme complexity of Christianity as an experience that includes all human levels, from mystic ecstasy to philosophic and theologic doctrines, from monastic or family orders of life up to the style and contents of art, of technique, of agriculture or of cooking; and the no less enormous complexity of the modern have caused the work of the Commission to be characterized by an almost irrepressible abundance of observations and creative associations, largely due to the perhaps inexhaustable riches of Léo Moulin's written and oral suggestions, but also to the difficulty of arranging them strategically and at the same time of not reducing them too much.

The first problem was to agree on a definition of Christianity and of modern. As regards Christianity the distinction was accepted from the questionnaire between historical and theological Christianity, which allowed us to keep a place both for Christianity considered orthodox and authentic and for what the Commission judged to be heresy or para-heresy or anyway unilateral visions of total Christian truth: and it can be said at once that heresies have perhaps seemed more capable of generating history than the orthodox, balanced Christian synthesis, which for most of the Commission is sufficiently adequately represented by the theological and philosophical, humanistic and at the same time mystical attitude of St. Thomas Aquinas, an attitude that corresponds to one that in my introductory communication I called non-confessional, « pleromatic » Christianity (St. Thomas, Pico della Mirandola, Maritain).

As regards the second term of comparison — the modern — we asked ourselves whether the term was to be understood in a prevalently chronological sense as « everything that has happened outside the ecclesiastical ambiance broadly speaking starting from the 15th

century », or whether instead a more limited and more typical concept was to be adopted. The second solution prevailed.

The « hard » nucleus characterizing the modern western *Denkform* as compared with all others, ancient and recent, European and extra-European, seems to consist of the welding together of two fundamental axioms: *mensuro ergo possum* and *volo ergo sum*, logically connected with each other.

The first axiom synthesizes the form of thought of technological scientism, started by Galileism with its reduction of knowledge to the measurement of physical quantities and to the mathematical elaboration of experimentally obtained measurements, and later completed, during the 18th century, by the technical and dominating purpose of knowledge, along the line already indicated by Bacon, and, beginning in the 19th century, by the more and more powerful and improved industrial organization of technological dominion over reality.

The second principle — *volo ergo sum* — synthesizes the other characteristic trend of the modern, which is that of establishing an absolute, at first individual subject — perhaps up to the end of the 18th century — and then also collective, which does not recognize above itself as inscribed in being, or revealed by God, any universally binding law.

The two axioms are logically connected, because if the only true and real knowledge is that of physics and technology there can be no true and real knowledge in the ambit of sense, of law and of value. Thus the subject can himself impose any kind of value, with a strong tendency to impose just himself as value. Typical manifestations of the modern bond between the two axioms can be for example: along the individualistic line, the omniproprietary subject of Hobbes, the libertine, the hedonist or the utilitarian, in general the aggressive, possessive individualist of the 17th-18th centuries, then the Stirnerian Unique or the Nietzschean superman of the 19th century and then again the surrealist, the avantguardist, the negative existentialist, and again the Malthusian hedonist and libertarian abortionist of the 20th century; along the collectivist line, the Leviathan of Hobbes and of the theorists of the reason of State and of the absolute State in the 17th century, the ethical State of Hegel in the reductive interpretation of the Hegelian right, the proletariate or the party or the communist State in Marxism and Leninism, the nation in nationalism and in 19th century imperialism, the race or the chosen people in Nazism, the large firm in capitalism, perhaps the objective economic process in the consumistic economy of welfare.

Having accepted as « hard » nucleus of the modern the voluntaristic subjectivism supported by technological physicalism, the first problem facing the Commission was that of possible Christian ancestors of this nucleus. By definition they had to be heresies or unila-

teral presentations of authentic Christian truths, since the Commission was unanimous in holding that authentic Christianity is absolutely incompatible with an irrationalistic exaltation of the absolute subject and with a reductionist epistemology when this is intended to be exclusive of any other form of knowledge, and in particular of mystic, metaphysical, theological and interpersonal knowledge.

Among the heresies that can be indicated as heretical ancestors of physicalism, we can collocate in particular mediaeval nominalism, which has also an indirect influence on subjectivism, to the degree in which it reduces being to a purely numerical sum of ineffable individualities and, as regards human subjects, tendentially incommunicating.

Faced with the doubt of whether nominalism is not rather a philosophical position than a theological one, the answer was that in it there is at least the theological component of voluntarism, especially Franciscan, the influence of which on modern philosophical voluntarism it is difficult to deny.

Even before theological voluntarism, perhaps the most significant ancestor of the modern is probably Pelagianism as the heresy according to which the nature of man with its constituent impulses and the will of man with its radical freedom are substantially good and capable of conferring on man or making him deserving of beatitude. From Pelagianism by means of transmission belts illustrated with virtuosity by Moulin's paper, and for example through the ever reviving millenarianisms; there derive the most various forms of naturalistic or historicist optimism typical of the modern and especially of the revolutionary and of the man of the left in general.

Paradoxically, also the specular adversary of Pelagianism, the Augustinism, especially in some reductive interpretations of the Reformation, may come out with practically analogous effects, making absolute the role of grace and thus abandoning reason and nature, as « worldly » things, entirely to themselves.

More generally the two axioms of the modern have been interpreted as deviations or unjustifiably absolute forms or unilateral secularizations of the following authentic Jewish-Christian principles:

1) monotheism, which — as Cottier has observed — by sweeping the cosmos clean of gods and semi-gods, the ' mana ', the powers, the energies, the elves and all other kinds of deities and idols, in a single word desacralizing the cosmos, has cleared the way for the enterprise of his scientific knowledge and his complete technological exploitation, supported and almost suggested also by the Biblical mandate to subdue the earth;

2) again monotheism, in so much as, conceiving God as a person and man as the image of God and in a dialogue with God, it has con-

structed the ontological bases of all personalism, and therefore of recognition of the subject;

3) the concept of grace as man's participation in the divine nature, which however does not suppress, as again Cottier has emphasized, but on the contrary perfects human nature and confirms its independence while protecting it from the risks of modern naturalism already present in an embryonal state in some trends at least of the second epoch of scholastic theology, as Todescan has pointed out;

4) creationism, which exalting the divine act of will, can be seen at the origin of the rule as an act of sovereign will. With regard to this, Villey's paper showed how legalistic juridical positivism is in all probability of Jewish-Christian historical origin, although it must be considered theologically heterodox;

5) the conception of the Incarnation and of the divine-human nature of Christ, personal assumption of all without exception of the levels of the cosmos and of being, Absolute Proteus, which again exalts personalism to a logically insuperable point;

6) as regards collective subjectivity, the Jewish concept of the chosen people then transferred to Christian ecclesiology, and innumerable times re-assumed by those nations, by those ideological groups, those parties, by those social classes that almost without exception have given themselves, or have been assigned by this or that thinker, the mission — always the same — of saving, becoming the guide of course, all mankind;

7) Messianism, which is obviously connected with the concept of the chosen people and it too supporting the eschatological and soteriological ravings just mentioned;

8) the conception of history as, on the one hand entrusted to the decision of man and, on the other, inscribed in linear time oriented from an alpha to an omega according to a providential direction of progress;

9) with this conception of history and with the dynamic ecclesiology typical of Christianity there is probably coordinated the organizing and cooperative spirit that characterizes Christian territories and that leads to the incredible flowering of monastic initiatives, but also to economic undertaking, to industrial organization of production, to cooperation in all fields, which really seems to be a modern western phenomenon.

All these Christian ideas have had, together with the destructive and reductive subjectivistic results already mentioned, also humanistic consequences in as many « good » secularizations, that is, simple de-theologizations, which historically may have been born anti-Christian and have been ferociously or pathetically opposed by the Church, but that theologically can today, with wisdom after the event, be recognized as painful and fertile episodes in the maturing of the Christian con-

science itself. Thus domination of nature, if connected with a new ecological awareness and separated from epistemological reductionism. Thus all modern science, in its aspect of enormous and verifiable enrichment of the human patrimony of truth also contemplatively enjoyable in wondering, in admiration. Thus, on the side of the second axiom, every form of awakening of the person to freedom when both the community conditions (e.g. family) of this awakening and its outlet, this too of community, are included in a philosophy of creative solidarity and responsibility.

From this point of view the re-interpretation of democratic capitalism provided by Novak is especially stimulating. According to this interpretation it is an economic and political system more in conformity — at least at the level of actual experience, if not of theoretical conceptualization — with the postulates of an evangelical anthropology.

In liberalism as a doctrine of the division of institutional powers and above all as a doctrine of the autonomy of the economic-political and the moral-cultural system, there are undoubtedly at the same time generous sympathy for the new and healthy diffidence towards the power, that are well coordinated with the Christian sense of personality, of historicity and of sin.

In general the thesis according to which the most fruitful inventions of modern experience and thought have been developed in an anti-religious context has been denied with strong arguments. From this point of view it is not perhaps going too far to distinguish between the English and North American ambiance on the one hand, where the most creative modernization, both in science and in politics and in economy was constantly animated by a religious spirit, and the French and German continental ambiance, where instead it has taken place, often with catastrophic results, under the sign of atheism.

It was clear — perhaps too clear — for the Commission that all modern acquisitions that can be collocated under the humanistic principle « consider the other as end and never as means » are of an authentic Christian matrix or fully integratable and to be integrated in the Christian synthesis. I shall just mention, together with liberalism, the solidaristic inspiration of socialism, if separated from anti-Christian atheism and materialistic, collectivistic and totalitarian degenerations of revolutionary marxisms and of real socialisms.

An aspect to which Marini's paper has drawn attention was the theme of *Erniedrigung* in idealistic and romantic culture, which has seen the theological root of the infinite respect due to every other man in the descent of the Word from the divine sphere through the incarnation in a single man. Hegel, in particular, theologically founded on this dogma the most acceptable of his secularizations, that is the one according to which, to the moment of the descent and suffering of

Christ there corresponds the « civil society » which acknowledges the substantial infinitude of every man as an individual being. According to this Hegelian concept Christianity would be secularized on the political level in the liberal regime theorized by Kant.

Returning to the theologically unacceptable secularizations, Cosi's paper and numerous other integrative interventions underlined how each of them is almost invariably accompanied by its relative resacralization, which is then the modern term for idolatry.

We have already adequately dwelt on the secular religions that are born from these resacralizations.

At this point it can be considered that we have briefly dealt with the first five questions of the questionnaire. The general picture that appears is that of an almost ubiquitous historical influence of orthodox and heretical Christianity and of a fairly extended, but certainly not complete, theological compatibility of orthodox Christianity with the modern. On the historical plane the main adversaries of the conclusions of the Commission seem to be the radical critics of the concept of secularization and the theorists of the modern as absolute beginning in the manner of Blumenberg. The modern would be a radically new essence arising from the needs themselves of scientific reason and from the reality of things or it would have its origin in itself. To this various objections have been made: that nothing arises *ex nihilo*, that the very idea of an origin *ex nihilo* of the modern may in its turn have originated only within an ideology or theology of the christian type, and again that if the modern was born by intrinsic necessity from the things themselves, it is not clear why its place of birth should have been Christian Europe. On the basis of numerous historical arguments the opinion prevailed in the Commissiom favourable to the thesis of secularization, that is, of continuity.

On the theoretical plane the main adversaries of the conclusions of the Commission can be either the pure traditionalists, according to whom everything modern from science and from technique up to political and legal forms is the work of the devil, or the integral modernists both in the Christian and the lay field.

Going on to the last group of questions, concerning the future, it was not always easy to keep forecast and auspice distinct. As regards forecast, a serious crisis has been ascertained of self confidence of modern thought and especially of scientism, a crisis from which we can expect a reconciliation of the more responsible and less « light » (in weight) intellectuals with Christianity. However also divergent trends are discernible: reductive scientistic epistemology, theorizing the irrationality and the arbitrariness of all ethical and religious thought, is compatible with — if not even favourable to — a proliferation of the most extraordinary Christian sects, of improvised religions under the guide of this or that guru or prophet, with the wildest alchemistical

and astrological superstition, in short with a general regress of the critical spirit in fundamental questions.

A strong probability of divergence between Christianity and the modern world also exists in the ambit of sexuality, of the family, of respect for life. Here the modern, destroying the concept of normative nature, seems destined to make the Christian family ethic an heroic and improbable choice for the few: a real Thebaid in a widely libertarian-individualistic worldly context. However signs are not lacking of a rediscovery of Christian obligations and loyalties even on the basis of the most unprejudiced uses of liberty. Besides the practical plane, the risks of separation between Christianity and the modern world can occur on the theoretical plane if the capacity is lacking of cultural interpretation and justification of positive modern experiences on the part of the Church and of Christian intellectuals. An example is the case already mentioned of democratic capitalism.

As regards auspices, the Commission generally agreed in recognizing as a postulate of Christianity itself the defence and even the active setting up of a lay order of life in which all man can live and seek truth through freedom. This order, corresponding in its main lines to a kind of liberal natural law, can be thought of as broadly expressed by the personalistic Constitutions and by the Declarations of the rights of man, when these are no longer formulated unilaterally from the point of view of the absolute subject and of his rights, but bilaterally or complementarily from the point of view of the duties of solidarity, without assuming which proclamations of rights are logically absurd (since there can be no rights without correlated duties) or ideologically tendentious.

With respect to the order of personalistic solidarity logically presupposed by the rights of man, Christianity does not seem to have a specific contribution to make as regards the organizational structure of society in general. Here collaboration with serious laymen should be able to be full. However Christianity appears to be indispensible: both as ontological foundation of the duties and rights of the individual and especially of the rights of the weakest and of the poorest, beginning from the child in the mother's womb; and as a community and interpersonal style of the fulfilment of the duties of solidarity mentioned above, in particular for re-humanizing and re-spiritualizing of services threatened by functionalism, bureaucracy, syndicalistic formalism; and again as non-reductive anthropology capable of interpreting the humanistic principles of the modern in a more balanced and gentle way than modern thought itself can do; and finally as spiritual life capable of arousing, on the voluntary level, experiences of sapiential research and of brotherly love at least indirectly significant as utopistic micro-models for society in general. It is especially above the legal and political plane that Christianity — or, I repeat, a pleromatic Christianity — may be

necessary to overcome the germs of reductionism and of nihilism embedded in modern culture truly restoring it to itself, and it may be it both as ontological certainty of the sense (in the sense of non-nonsense) of research, and as an indefinite creative task. Pleromatic Christianity (which theologically coincides without residues with pleromatic humanism) is still, for each of us, believers and unbelievers, a thing — perhaps the greatest thing — to discover.

LUIGI LOMBARDI VALLAURI

DISKUSSIONSBERICHT DER KOMMISSION « ÖFFENTLICHES RECHT »

Der folgende Bericht aus der Gruppe, die nur ungefähr richtig durch die Überschrift « Diritto pubblico » bezeichnet war, ist fragmentarisch und verkürzend. Er enthält nur Teile der Diskussion und auch diese so zusammengefaßt, daß notwendigerweise Nuancen verlorengehen. Andererseits ist es auf diese Weise möglich, zunächst disparat scheinende Fragestellungen wieder in eine gewisse Ordnung zu bringen. Diese Ordnung ist zunächst die der Zeitdimension: der historischen Frage, wie sich Christentum, Säkularisation und modernes Recht in ihrer Entwicklung zueinander verhalten (I), folgt die Frage nach der aktuellen Problematik, vor allem unter den Bedingungen des westlichen Verfassungsstaats (II) sowie die Frage, was normativ « in der Zukunft » zu tun sei (III). Ob die vielfältigen und komplizierten Beziehungen zwischen Christentum und modernem Recht in den christlich geprägten Ländern in eine notwendige, systematische oder « innere » Ordnung zu bringen seien, blieb offen. Skepsis gegenüber derartigen Systematiken war zu beobachten, aber sie war verschieden verteilt. Bei Historikern bestand sie durchweg, während bei den Philosophen die Hoffnung auf Herausarbeitung einer « wahren Ordnung » keineswegs erloschen ist. In schwer bestimmbarer Weise beeinflußte auch die Glaubensgewißheit der Einzelnen, verschieden Denk- und Schultraditionen sowie der verschiedene politische Kontext der französischen, italienischen und deutschen Teilnehmer die Diskussion.

I

1. Was die historische Fragestellung angeht, so bestand zunächst Einigkeit darüber, daß die Beziehungen zwischen Christentum und modernem Recht durch das Stichwort der Säkularisation ihren zeitlichen Rahmen mit den Begriffen « Frühe Neuzeit » und « Entstehung des modernen Staates » erhalten.

Wie selbstverständlich rückten so die Jahrhunderte zwischen dem Spätmittelalter und der Gegenwart in den Blick. Unter Säkularisation wurde dabei — vor allen möglichen Bedeutungsvarianten und Präzisierungen — die Ablösung der irdischen Ordnung von metaphysischen

Begründungen im weitesten Sinn oder, etwas enger, das allmähliche Auseinandertreten von religiöser und politischer Ordnung verstanden. Siese doppelte ideengeschichtliche und institutionelle Sicht von « Säkularisation » war die zunächst einmal vorausgesetzte « façon de parler » für die Zeit von 15. bis zum 20. Jahrhundert.

Um den Prozeß allmählicher Separierung religiösen und weltlichen Denkens anschaulich zu machen, ist es zweckmäßig, sich an bestimmten « Wegmarken » zu orientieren. Als eine solche gilt seit langem die Reformation Luthers und dessen « Zwei-Reiche-Lehre » (*Diesselhorst*). Die erneuerung und Akzentuierung der augustinischen Unterscheidung zwischen Civitas Dei und Civitas terrena begünstigte zweifellos die Zuweisung bestimmter Materien an die staatliche Kompetenze. Auch die von dem Theologen Luther wohl nicht beabsichtigte Tendenz zur innerweltlichen Begründung der Rechtsordnung und zur weiteren Trennung kirchlicher und weltlicher Angelegenheiten erhielt durch die Reformation neuen Auftrieb.

Eine zweite « Wegemarke », ebenfalls am Anfang des 16. Jahrhunderts, ist die Entstehung der neuen Lehre von der Politik, die sich nur noch an der « verità effettuale della cosa » (Machiavelli, Principe, XV) und am Kalkül der Interessen, nicht mehr an normativen Wunschbildern anszurichten versprach. Der antikisierende Realismus des machiavellistischen Denkens fand Anhänger und heftige Gegner in ganz Europa. Republikanismus und aufsteigender Absolutismus, die Vertreter der traditionellen und der neuen Ordnung sowie die Religionsparteien bekämpften sich mit den Stichworten von Machiavelli (und Tacitus). Vor allem die Jesuiten leisteten gegen die « Säkularisierung der Politik » Widerstand.

In Deutschland nahm der ganz Europa erfassende Säkularisierungsprozeß aufgrund besonderer politischer Bedingungen einen langsameren und eigentümlichen Verlauf (*Stolleis*). Offensichtlich ist dieser Prozeß in großen und politisch aktiven Territorien früher abgeschlossen als in kleinen und machtlosen.

2. Die historische Betrachtung ergab weiter, daß der vielzitierte Satz « Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe » (C. Schmitt) nur zum Teil richtig ist. Es gibt viele Beispiele für Transponierungen kirchlicher Begriffe, Rechtsformen, rechtlich geordneter Verfahren und technischer Kenntnisse in den weltlichen Bereich, bei denen man nicht von Säkularisierung, sondern von Adaption oder Analogie sprechen sollte; den es findet hier keine Verdrängung des kirchlichen Elements oder eine Differenzierungz wischen kirchlich und weltlich statt, sondern Übernahme traditioneller Sprech- und Verhaltensgewohnheiten auf neue und « analoge » Problemlagen. Daneben gibt es freilich echte Säkularisierungsphänomene, sodaß man von der Parallelität von Analogien und Säku-

larisierungen auszugehen hat. Besonders eindrucksvoll zeigt sich diese Parallelität bei dem Instrumentarium, das bei der Ausbildung des modernen Staates verwendet wird und durch diese entsteht. Hierzu sei an die Entsprechungen zwischen der Stellung des absolutistischen Fürsten und der Allmacht Gottes, zwischen der Hl. Schrift und dem Gesetz erinnert, ebenso an die Ähnlichkeiten der Interpretation der mit Autorität geltenden Texte durch Priester und Juristen, an die fast blasphemisch wirkende Analogie zwischen « Christus et Fiskus » usw.

Aus diesem Problemkreis wurden zwei Segmente hervorgehoben. Einmal die Modellfunktion der plenitudo potestatis papae für den Souveränitätsbegriff der Neuzeit (*Todescan*) an Hand eines franziskanischen Traktats aus dem 16. Jahrhundert, daneben die kirchenrechtliche Diskussion über die Wahl- und Abstimmungsverfahren (*Luppi*). Soll man « zählen oder wägen ». Welche Möglichkeiten bot das Kirchenrecht der « sanior pars »? Gerade das Problem des Minderheitenschutzes gegen die « Tyrannei der Mehrheit » gehört offenbar zu den großen Konstanten der juristischen Diskussion; denn es findet sich ebenso im mittelalterlichen Kirchenrecht wie in den Entwicklungen der europäischen Parlamente, ebenso im Konstitutionalismus des 19. wie im Antiparlamentarismus des 20. Jahrhunderts. In beiden Beispielen ist der Ausdruck « Analogie » treffender als « Säkularisation ». Die Ausgangsituationen ähneln sich und das kirchenrechtliche Arsenal bietet Argumentationsfiguren, die in neuem Kontext eingesetzt werden. Häufig wird dabei die kirchenrechtliche Herkunft der Figuren vergessen. Den Diskutanten ist nicht mehr bewußt, wie alt ihre vermeintlich neuen Argumente sind.

3. Versucht man, die Ergebnisse der historischen Diskussion zusammenzufassen, so heben sich folgende Punkte heraus: An die Stelle der allumfassenden und von allen christlichen Völkern prinzipiell akzeptierten Glaubenswahrheit tritt nach der Glaubensspaltung der « Friede » als Leitbild. An die Stelle der Fiktion einer Doppelherrschaft von Kaiser und Papst über den Erdkreis treten scharf abgegrenzte « souveräne » staatliche Mächte. Sie verstehen sich zunehmend « neutral » gegenüber der theologischen Wahrheitsfrage und sie fühlen sich verpflichtet, unabhängig davon für den irdischen Frieden zu sorgen. Dies ändert freilich nichts an der fortbestehenden allgemeinen christlichen Fundierung staatlicher Macht.

Charakteristisch ist weiter, daß das staatliche Recht zunehmend innerweltlich und rational legitimiert wird, auch wenn der Staat und die Staatsgewalt als göttliche Stiftung gelten. Zunehmend setzt sich auch die Meinung durch, Gesetzt und Recht müßten gelten, auch wenn es Gott und die lex divina nicht gäbe.

Mit diesen Tendenzen ist nicht unvereinbar die gleichzeitige Tendenz der staatlichen Gewalt zu sakralisierender Überhöhung der eigenen

Position. Das Leitbild des « Princeps christianus » und der « Sacra Politica » zeigen, wie vertraut und selbstverständlich die christliche Metaphorik weiterhin bleibt und welche Kraft der Berufung auf die Verbindlichkeit der Glaubenswahrheit noch innewohnte.

Da das politische Denken und die Praxis dem kirchlichen Bereich — bei aller Säkularisierung — eng verbunden blieben, ist auch die Übernahme von Herrschaftstechniken, Verfahren im Umgang mit Minderheiten, Rechtsfiguren zur Begründung einer zentralen Herrschaft nichts Außergewöhnliches. Dies gilt für die moderne Gesetzgebungsideologie, für Verwaltungspraxis und Beamtentum ebenso wie für die Rechtskultur insgesamt.

Schließlich läßt sich nicht nur eine Art Osmose vom kirchlichen in den weltlichen Bereich beobachten, sondern auch — speziell in der Gegenwart — der umgekehrte Vorgang: der innerkirchliche Bereich gerät unter Anpassungsdruck an staatliche Entwicklungen. So drängt sich heute biespielsweise das staatliche Arbeits- und Sozialrecht in die Kirchen, so werden Kirchenstrafen mit den weltlichen Strafstandards verglichen, so setzen sich vor allem die Postulate der Demokratie und der Gleichheit gegen Berharrungstendenzen der kirchlichen Hierarchie durch. Hierzu darf an die Diskussion über die Frage erinnert werden, ob über Glaubenswahrheiten abgestimmt werden könne, ebenso an die Aufwertung der Synoden und des Laienelements im Kirchenrecht der katholischen Kirche nach dem II. Vatikanum, sowie an die Frage nach der Geltung der Grund- und Menschenrechte im kirchlichen Bereich.

II

Mit den letzten Bemerkungen ist der Übergang zu den aktuellen staatsrechtlichen Fragen bereits vollzogen. Der moderne Staat, dessen Individuen zugleich Staatsbürger und Christen sind, hat mit der in verschiedenen Modellen realisierten Trennung von Kirche und Staat das alte Problem keineswegs gelöst. Die Proklamation staatlicher « Neutralität » oder « Nichtidentifikation » ist kein Patentrezept, allenfalls eine Leitlinie für die stets neu zu erarbeitende Klärung der Beziehungen zwischen religiösem und säkularisiertem Bereich.

Aus diesem Komplex ist nur ein kleiner Ausschnitt behandelt worden. Zunächst unter dem Stichwort « Politische Theologie » ein Fundamentalproblem nach-christlicher allgemeiner Staatslehre: Wenn es richtig ist, daß die moderne Gesellschaft sich spätestens seit dem 19. Jahrhundert über fundamentale Wertprobleme immer weniger einigen kann, wenn es weiter richtig ist, daß nach einer historischen Phase der Distanzierung von der kirchlichen Hierarchie eine Phase der Distanzierung vom Christentum insgesamt folgt (es mag offenbleiben, wie weit dieser Prozeß fortgeschritten ist), dann entsteht die Frage, wie man atomisierte Individuen und Gruppen noch zu einem politischen

Konsens zusammenführen kann. Wenn die Beschwörung verbindender abendländischer Werte zunehmend auf taube Ohren stößt, beginnt die Suche nach anderen Integrationsmitteln (« Friede », « Wohlfahrt », « Freiheit und Gleichheit », « Nation », « Volksgemeinschaft » usw.). Im Zusammenbruch gemeinsamer Werte stützte sich Carl Schmitt auf die gegnüber allen Inhalten gleichgültige « Entscheidung » und auf die Eliminierung des politischen Feindes, um die Einheit wiederherzustellen (*Staff*).

Ein zweiter Gedankengang lenkte über zu staatsrechtlichen Fragen im engeren Sinne. Die Verfassungstexte vieler Staaten enthalten zentrale Normen, in denen Bezug auf metaphysische Grundlagen genommen wird. Beispiele hierfür sind Normen, in denen von Gott die Rede ist, wie etwa in der Präambel des Grundgesetzes der Bundersrepublik Deutschland von 1949 oder in dem Entwurf einer neuen Verfassung für die Schweiz von 1978. Ein anderes Beispiel ist Art. 1 Grundgesetz, in dem « die Würde des Menschen » für unantastbar erklärt wird, der übrigens Parallelen in den Verfassungen von Irland, Spanien, Portugal, Griechenland, Schweden und im genannten Schweizer Entwurf findet (*Starck*).

Die Diskussion drehte sich dabei um folgendes, unschwer auf andere Bereiche übertragbares Problem: Interpretiert man diese Normen innerhalb eines abendländischen christlich-humanistischen Kontextes, dann läßt sich jedenfalls im Kernbereich, Übereinstimmung über den Sinn der Norm erzielen. Die normative Sicherung der Menschenwürde garantiert, daß der Mensch weder körperlich noch geistig oder moralisch als Mittel zu verwerflichen Zwecken gebraucht werden darf.

Was als verwerflich zu gelten hat, darüber besteht im wesentlichen Konsens der Kulturgemeinschaft. — Geht der christlich-humanistische Kontext aber verloren und wird das Wort « Menschenwürde » in einen eventuell vollständig säkularisierten Kontext versetzt, dann wird seine sinnvolle Deutung insgesamt zweifelhaft. Abgeschnitten von seinen historischen Wurzeln, könnte das Wort allmählich in eine Umgebung rücken, in der es nicht mehr verstanden wird. Dieser Zustand ist heute noch nicht eingetreten, aber er ist durchaus vorstellbar.

III

Die in der Gruppe diskutierten philosophischen Fragen und Anregungen waren getragen von einer einheitlichen Grundstimmung. Die aus den Wurzeln der christlichen und humanistischen Tradition lebenden Philosophien sehen sich von den Entwicklungen des « mondo laico » stets von neuem herausgefordert. Sie müssen feststellen, daß das Klima, in dem sie einstmals entstanden sind, sich inzwischen verändert hat, und sie antworten jeweils verschieden auf diese Herausforderung.

Eine der möglichen Antworten bestand in der Forderung, den Begriff der Säkularisierung in normativer Absicht neu zu bestimmen (*Farias*), zwischen einer destruktiven, wertzerstörenden Säkularisation und einer werthaften zu unterscheiden. Auf diese Weise wird der als Realität unbestrittene Prozeß der Entchristlichung aus christlicher Perspektive reflektiert und ein « aggiornamento » mit den philosophischen Richtungen gesucht, die sich von der christlichen Tradition gelöst haben. Die Neubestimmung des Säkularisationsbegriffs soll einerseits die christlichen Grundlagen in die moderne Welt transportieren helfen, andererseits aber auch eine scharfe Abgrenzung gegen die antimetaphysische Wissenschaftstheorie und gegen die utilitaristisch begründete Ethik ermöglichen. Diese fortlaufende Überprüfung des Standpunkts ist eine hermeneutische Aufgabe im historischen Prozeß mit dem Ziel einer erneuerten Verhältnisbestimmung zwischen Christ und Welt.

Als Beispiel einer auf christlicher Grundlage entwickelten praktischen Ethik gilt der « Personalismus » von Mounier. Er richtet sich auf die Bewältigung menschenfeindlicher Tendenzen der modernen Welt und möchte insbesondere der Fremdbestimmung der Person durch technische « Sachzwänge » entgegensteuern (*Monconduit*). Seine Positionen wurden entwickelt an Reformproblemen des Erziehungswesens und an der « Sinnfrage » in der Arbeitswelt. Es besteht wohl kein Zweifel daran, daß gerade im Bereich der Humanisierung der Arbeit zentrale ethische, nicht nur naturwissenschaftlich-technische, Probleme der Gegenwart liegen. Der Personalismus scheint auch insofern von Bedeutung zu sein, als er jedenfalls in Frankreich innerhalb einer geistigen Elite in Verwaltung und Wirtschaft lebendig ist.

IV

Betrachten wir nochmals das gesamte Thema dieses Kongresses, so müssen wir gestehen, daß wir in unserer kleinen Gruppe nur Bruchstücke behandelt haben. Jeder wird die Richtung, in der weitergearbeitet werden soll, aus seiner Perspektive selbständig festsetzen.

Da radikale Agnostiker, Vertreter der analytischen Philosophie und Rechtstheorie unter uns gefehlt haben, blieb eine gewisse negative Grundstimmung bei der Verwendung der Worte « Entchristlichung » und « Säkularisation » erhalten. Andererseits wurden aber auch Gewinne an Freiheit dürch Säkularisation konstatiert, um deren philosophische und staatsrechtliche Absicherung es ganz entscheidend ging und gehen wird.

CHRISTIAN STARCK

MICHAEL STOLLEIS

DISCUSSION - REPORT OF THE « PUBLIC-LAW » COMMISSION

This report of the Commission, whose title « public-law » is only partially correct, is fragmentary and summary in nature. It contains only parts of the discussion, and even these in such a concise form that nuances necessarily get lost. On the other hand this makes it possible to bring questions which at first appear to be unconnected into some kind of order. This order is firstly one of time: the historical question of how christianity, secularization and modern law are related in their development (I), is followed by the question of what the actual problems are, particularly under the conditions of the western constitutional state (II). Finally there is the prescriptive question of what ought to be done « in the future » (III). Whether the numerous and complicated relations between christianity and modern law in the countries under christian influence have to be brought into a necessary, systematical or « inner » order has remained an open question. There was scepticism towards such systems, but differently distributed. It was generally felt by historians, while philosophers had not yet given up their hopes to work out a kind of « true-order ».

It is very difficult to define the influence on the discussion of personal faith, different traditions in thinking and education and the different political backgrounds of the French, Italian and German participants.

I

1. As far as the historical question is concerned, it was unanimously agreed that by application of the keyword « secularization » the relationships between christianity and modern law are placed temporally between the framing notions « early modern ages » and « rise of the modern state ».

Thereby the centuries between the late middle ages and the present time automatically come under review. Secularization was defined in a broader sense (apart from all possibilities of meaning variations and specifications) as the process of separation of the order of life on earth from metaphysical foundations, or, in a slightly more narrow sense, as the slowly expanding gap between the religious and the poli-

tical order. This two folded understanding of secularization, namely from the cultural and from the institutional point of view was the first pre-supposed « façon de parler » for the time period from the 15th to the 20th century.

For the purpose of illustrating the process of separation of the religious and worldly thinking it is helpful to orientate oneself at certain « turning-points ». As one of them has already for a long time been regarded the « reformation » of Luther and his doctrine of the « two Kingdoms » (*Diesselhorst*). The renovation and accentuation of the Augustinian distinction between « civitas Dei » and « civitas terrena » doubtlessly promoted the assignment of certain subjects to the realm of the state. Also the tendency to a worldly foundation of legal order and a further separation of Church and State affairs, probably not intended by Luther, received a new stimulation from the « reformation ».

A second turning-point, also located at the beginning of the 16th century, is the rise of the new concept of politics which promised to be guided only by the « verità effettuale delle cose » (Machiavelli, Principe, XV) and the calculation of interests, but not anymore by normative wishes. The neo-classical realism of Machiavellian thinking found followers and strict opponents all over Europe. Republicanism and rising absolutism, the representatives of the traditional and the new order, as well as the religious parties, disputed amongst themselves referring to Machiavelli (and Tacitus). In particular the Jesuits opposed the « secularization of politics ».

In Germany the process of secularization which took place in the whole of Europe developed more slowly and in a very particular way (*Stolleis*) due to special political circumstances. Apparently this process reached its end earlier in the greater and politically more active territories than in the smaller and less powerful territories.

2. The historical review furthermore showed that the often cited phrase « All pregnant terms of the modern doctrines on the state are secularized theological terms » (C. Schmitt) is only partly correct. There are many examples of the implantation of ecclesiastical concepts, legal forms and procedures as well as technological know-how in the worldly sphere, which cannot be qualified as a product of secularization but rather of adaptation or analogy. For what has happened here is not a suppression of the « church element » or a differentiation between the ecclesiastical and the worldly sphere, but a take-over of traditional ways of speaking and behaving in new and « analogous» situations. Besides that there are, it is sure, real phenomena of secularization, so that one can speak of a parallelism of analogies and secularizations. This is particularly impressive if one looks at ways and means used for the set-up of the modern State as well as its results. One should be reminded of the correspondences between the absolutism of rulers

and the almightiness of God, the Holy Bible and the Law, or of the similarities of interpretation of texts of authority by priests and lawyers, or of the almost blasphemic analogy « Christus et Fiskus » etc.

In this context two aspects received special attention: firstly, the *plenitudo potestatis papae* in its function as a model for the modern notion of sovereignty (*Todescan*) illustrated by a Franciscan tractate from the 16th century; secondly, the canonical discussion on the selection and voting procedures (*Luppi*). Should votes be counted or « weighed »? What possibilities did the canonical law of the « sanior pars » offer? Particularly the problem of the protection of minorities against the tyranny of the majorities belongs obviously to the everlasting topics of legal discussion, since it has its place equally in the medieval law of the church, in the formation of parliaments in Europe, in the constitutionalism of the 19th century and in the anti-parlamentary movements of the 20th century. For both examples the word « analogy » is more correct than « secularization ». The starting points are similar and the existing stock of canon law provides figures of argument which are brought into a new context. Often the ecclesiastical origin of these figures is forgotten. The disputing parties are no longer conscious of the real age of their arguments which are presumed new ones.

3. If one tries to summarize the results of the historical discussion, there are the following to be particularly noted: After the schism the ubiquitous religious truth broadly accepted by all christian peoples is replaced by « peace » as the guiding principle. The ficticious idea of the double rulership of Emperor and Pope over the whole of the earth is substituted by clearly separate « sovereign » worldly powers. These powers aquire a growing « neutral » attitude towards the theological claim for the truth and they feel obliged to care for the earthly peace independently from it. However, this does not mean a change in the general christian foundation as the characteristic feature of the power of the state.

It is furthermore characteristic that the law of the state is given a more and more worldly and rational legitimation despite the fact that the State and its powers are understood as established by God. There is a growing opinion that there must be the rule of Law, even if there was not any God and the lex divina. These tendencies are not irreconcilable with the parallel tendency of the stately powers to adopt a sacralizing attitude regarding their own position. The « princeps christianus » and the « sacra politica » reflect the naturalness and familiarity of christian metaphor and the strength of the reference to the binding authority of what was believed to be true according to christian faith. Since political thinking and practice remained closely related to the church — despite all secularization — it is not surprising that governmental techniques, procedures of dealing with minorities,

figures for the foundation of a central authority were borrowed. This is true for the modern ideology of legislation, for administrative practice, the civil service as well as for legal culture in general.

Finally, one can recognize not only a certain kind of osmosis from the ecclesiastical into the wordly domain, but also — particularly at present times — the reverse process; the inner precinct of the church experiences a pressure to adapt to certain developments of the state. For instance the labour- and social laws of the state penetrate into the churches, the penalties of the church are confronted with wordly penal standards and above all the claims of democracy and equality gain influence against the conservative tendencies of the hierarchy of the church. In this context it is important to note the question whether there can be any voting on what has to be hold as true christian faith. Equally notable is the growing importance of synodes and of the lay-element in the law of the catholic church after the 2nd Vaticanum, and the question of the applicability of fundamental human rights within the sphere of the church.

II

With the immediately preceeding remarks one arrives at the bridge to the present problems of public law. The modern state, whose subjects are citizens and christians at the same time, has not at all succeeded to resolve the old problem by separating church and state in variing modes. The proclamation of « state neutrality » or « non-identification » does not provide a formula for the solution but at most a guideline for the clarification of the relationship of the religious and the secularized sphere, which remains to be a continually new task.

Of these questions only a small aspect has been dealt with. First, under the catchword « political theology » there is a fundamental problem of post-christian theory of state: If it is correct, that modern society has since the 19th century been less and less able to come to an understanding about the fundamental values, and if it is furthermore correct that after a historic period of detachment from the hierarchy of the church a period of detachment from christianity in general is following (it may be left open how far this process has gone), then the question arises how it is yet possible to bring a great number of uncommunicating individuals and groups to a political consensus. When reference to uniting occidental values is less and less likely to be listened to, a search for other means of integration (« peace », « welfare », « freedom and equality », « nation », « people » etc.) begins. Faced by the vanishing of common values, an authoritarian thinker like Carl Schmitt could only appeal to a « decision » which is indifferent towards any content and to the elimination of the political enemy in order to reinstate unity (*Staff*).

A second line of thought was directed towards questions of public law in a narrower sense. The constitutional texts of many states contain central norms which make reference to metaphysical foundations. Examples for these are norms in which God is referred to, as for instance the introductory part of the constitution of the German Federal Republic of 1949 or the draft constitution of Switzerland of 1978. Another example is Art. I of the German constitution in which « the dignity of man » is declared invulnerable, a parallel of which can be found in the constitutions of Ireland, Spain, Portugal, Greece, Sweden und in the Swiss draft (*Starck*).

The discussion concentrated on the following problem which could easily be found in other contexts as well: If those norms are interpretated in an occidental christian-humanitarian way there can be achieved at least on the central issues a consensus on the meaning of those norms. The legal guarantee of the dignity of man makes sure that a human being may not be abused either physically, mentally or morally. On the meaning of abuse there exists essentially a consensus in the culture of occidental societies. But if the christian-humanitarian context gets lost and if the term « human dignity » is understood in a wholly secularized context its interpretation comes into question. Cut off from its historical roots the term can slowly drift into meaninglessness. This situation has not yet been reached today, but it can very well be imagined.

III

The philosophical questions and ideas discussed by the group were supported by a common basic attitude. Philosophical concepts which are rooted in christian-humanitarian tradition are always challenged anew by the developments of the « mondo laico ». The climate in which they developed has changed and the response of the philosophical concepts to their challenge is different for any of them.

One of the possible responses was to demand that the notion of secularization should be defined anew (*Farias*), in order to distinguish between a destructive and subversive secularization and a valuable one. In this way the process of de-christianization, indisputed as a fact, is reflected from a christian perspective, and an « aggiornamento » with the philosophical tendencies, which have separated from christian traditions, is sought. The new definition of the notion of secularization should on the one hand help to carry fundamental christian principles into the modern world, but it should on the other hand also make it possible to clearly separate secularization from anti-metaphysical theories of science and utilitarian ethics. This permanent review of the stand-point to be adopted is a hermeneutical task in the historical process with the aim to come to a renewed definition of the relationship between the christian and the world.

The « personalism » of Mounier is an example of practical ethics developed in accordance with christian principles. It is directed against inhuman tendencies in the modern world and particularly wants to defy the determination of the individual by « technical necessities » (*Monconduit*). His positions were developed with regard to reform problems in the field of education and to questions of « meaning » in the world of labour. It can hardly be doubted that in the sphere of humanization of labour fundamental ethical and not just scientific and technological problems of our present days have to be solved. Personalism also seems to have significance in so far as it is an accepted philosophy at least in France in the sphere of an intellectual elite in public administration and business.

If we once again look at the general subject of the congress, we must admit that in our small group we just dealt with a small portion of it. Every participant will determine from his own point of view how the work shall be continued.

Since radical agnostics, followers of analytical philosophy and jurisprudence were not present in the Commission, a certain negative attitude remained towards the terms « de-christianization » and « secularization ». On the other hand it was recognised that achievements in terms of personal freedom have been made by way of secularization, and presently it is a point of concern to give philosophical and legal guarantees to these achievements.

CHRISTIAN STARCK

MICHAEL STOLLEIS

DISKUSSIONSBERICHT DER KOMMISSION «ZIVILRECHT»

Ich berichte in 3 Ansätzen:

1) ganz kurz und vorab, warum uns unmittelbare und genaue Antworten auf den allen Kommissionen vorgegebenen Fragenkatalog nicht möglich, jedenfalls nicht zweckmäßig erschienen (unter I);

2) über die thematischen zivilrechtlichen Schwerpunkte, in denen sich Probleme finden lassen, auf die unsere Tagung zielt (unter II);

3) über einige Voraussetzungen und Zusammenhänge, die wir gern geklärt sähen, um zu den von uns vertagten Problemen im Namen der Tagungsthematik weiter Stellung zu nehmen (unter III).

Der Bericht ist so angelegt, daß zu allen Einzelheiten gleichsam je ein sachverständiger Zeuge unserer Kommission hier im Saale sitzt.

I

Wir fanden zwei Schwierigkeiten, unsere Arbeit (und diesen Bericht) unmittelbar und präzise auf den Fragebogen zu beziehen.

1) Der Fragebogen geht von einer Reihe begrifflicher Abgrenzungen aus, die im Verlaufe unserer Diskussion in so viele Relativierungen und Differenzierungen gerieten, daß wir die Fragen nur noch äußerst abstrakt oder schlicht im Wege ihrer umfänglichen Veränderung hätten beantworten können;

2) der Fragebogen ist auf eine Linearität hin angelegt, welche sicherlich eine starke strategische Plausibilität enthält, aber weniger zur Reflexivität unserer Arbeitsweise paßt.

II

Der Bereich Zivilrecht wurde in unserer Kommission repräsentiert:

1) *rechtsdogmatisch-rechtshistorisch* durch Kontraktsrecht am Beispiel der Austauschabstraktionen und der Willenstheorien;

2) *rechtshistorisch-rechtspolitisch* durch Familienrecht als Ausprägung von privatem, aber sozial besonders sensiblem und nervösem Recht und als — universalhistorisch interpretationsbedürftiges — Ehescheidungsrecht;

3) *rechtshistorisch-rechtstheoretisch* in Grundelementen von Symmetrie und Reziprozität am Beispiel der regula aurea.

1. *Zum 1. Bereich.*

a) in der älteren Zeit sind in den Begründungsregeln für die Geltung von Verträgen von der Quellenlage wie von der Sozialgeschichte her eindeutig christliche Einflüsse festzustellen: Vertragstreue als Glaubenstreue, Spiegelung eines vorrangigen Bundes in nachrangigen Bünden. Einen Höhepunkt erreicht diese Entwicklung in der justinianischen Gesetzgebung. Sie läßt sich als Verchristlichung der Jurisprudenz, als Sakralisierung des (damaligen positiven) Rechts kennzeichnen. Aus heutiger Sicht ließe sich auch der nüchternere Begriff eines Paradigmawechsels verwenden, weil in einer christenfeindlichen (römisch-rechtlichen) Welt das vorhandene positive Formenrecht einem bestimmten inhaltlichen Rechtswandel unterliegt.

b) Die neuzeitliche formale Geltungstheorie bei Verträgen, die sich in ihrem Vollzug in der Auseinandersetzung R.v. Iherings mit Hegel personalisieren läßt, stellt sich aus heutiger Sicht dar als ein Wechsel in den Begründungen von der politischen Philosophie zur soziologischen Jurisprudenz, freilich ohne theoretisch klare Konzeptualisierung, aber mit Vertrauen auf Korrekturen durch eine jeweilige inhaltliche Vernünftigkeit in praxi. Dieser — vorläufige — Endzustand ist für die Kongressthematik zumindest in allen indirekten Verknüpfungen ein sehr ergiebiges Feld.

c) Je analytischer man die vertragliche Tauschgerechtigkeit als formalisierte inhaltliche Beliebigkeit faßt (als Gleich-Gültigkeit in einem buchstäblichen Sinne), je intensiver man mithin historische Entwicklungen und soziale Verwendungsweisen insoweit ausklammert, desto eher läßt sich ein solches kontraktliches Privatrecht — gleichsam per definitionem — als säkular kennzeichnen. Die Säkularisation sollte und wollte Inhaltsauszeichnungen in Verträgen vermeiden. Ihr Weg der puren Diesseitigkeit, der Positivität als radikaler Verweltlichung der Welt hat aber nicht verhindert, daß sich im positivierten Rechtssystem Löcher und Lücken zeigten, durch die immer wieder und unvermeidlich Inhalte strömen. Insoweit ließe sich reden von Ent-Säkularisierung, freilich mit sehr unsicheren inhaltlichen Konzeptionen und sozialen Legitimationen.

2. *Zum 2. Bereich.*

a) Riskiert man eine christliche und modern-rechtliche Universalgeschichte des Ehescheidungsrechts (und dieses Risiko muß man auf sich nehmen, um überhaupt noch Überblicke zu gewinnen), so lassen sich historisch interessante Beiträge für die Kongressproblematik gewinnen, ohne daß sie sich freilich dem Fragebogen leicht einpaßten:

aa) z.B. zur Ent-christianisierung des Schuldverständnisses durch kirchliche Rechtspraxis selbst;

bb) z.B. zum Ehe- und Familienrecht als zwar sozial nervösem und sensiblem Recht, aber auch sozial-diakonischem und praktisch-folgenreichem Ort kirchlichen Einflusses im christlichen Gebotsnamen;

cc) z.B. (etwa zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Deutschland) zur säkularen bürgerlichen Rechtsvernunft in Überwindung naturrechtlicher Utilitarismen, aber auch im Widerstand gegen alle Kirchen; hierbei interessant und wohl auch repräsentativ vor allem: die Ausfluchtchancen, die inhaltlich umkämpfte Programme in pragmatischen Weisheiten von Gerichtsverfahren und Prozeßgesetzen suchen und finden;

dd) z.B. (jedenfalls im deutschen Recht) zu dem im Ergebnis gescheiterten Versuch einer Resakralisierung (nämlich: 1900 mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch) und zu dem erfolgversprechenden Versuch einer gleichsam säkularen Entrechtlichung in den letzten Jahren, der sich insgesamt als kluge Gesetzgebungsarbeit entfaltet, die selbstverständlich neue und andere Probleme hervorbringt, aber eine sozialverträgliche Pluralität inhaltlich nicht zu stark belastet.

b) Rückt man — neuhistorisch — den Blick eher auf Ehe- und Familienrecht allgemein und hier insbesondere in Ländern wie Spanien oder Italien, so zeigen sich Probleme, die in ihrer Entwicklung ohne angemessene Entwicklungstheorien schwer zu fassen sind; Hauptüberlegungen hierzu waren:

aa) Säkularisationen beginnen, um unerträglich werdende Religionskriege zu überwinden; Säkularisationen kultivieren dabei zunächst allgemeineres Naturrechtsdenken, bis entweder vom Naturrecht nichts übrig bleibt oder dieses naturrechtliche Denken seinerseits neue — unter Umständen jetzt auch säkulare — Religionskriege heraufbeschwört: eine Schichten- und Stufenfolge gleichsam von Säkularisationen.

bb) In säkularen Gesellschaftsordnungen wird deshalb zum Hauptproblem: Wie ist private Autonomie als plurale, aber nicht total permissive möglich? Wie ist soziale Normalität möglich, also eine dauerhafte Vermeidung von Bürger- und/oder Religionskriegen in säkularen Gesellschaften, die ihre Traditionen nicht verraten können/wollen? Einigkeit bestand darüber, daß solche Fragen jedenfalls privatrechtlich nicht zu lösen seien.

3. *Zum 3. Bereich.*

Die aurea regula ist vom Christentum übernommen worden und ist in christlicher Zeit stets als geglückter Ausdruck christlicher Wahrheit und Liebe interpretiert worden. Sie galt als ein selbstverständliches Fundament aller Symmetrie und Reziprozität zwischen Menschen unter den Geboten Gottes und des Evangeliums. Sie ist sprichwörtlich

geworden. Mit der formalrationalen Fassung durch Immanuel Kant (in den verschiedenen Formen des kategorischen Imperativs) wird sie radikalisiert zur obersten Begründungsregel für die Geltung von Normen, und sie wird säkularisiert, weil an die Stelle positiver (inhaltlich bestimmter) Beziehungen zum jeweils anderen Menschen negative treten, als Interferenzverbote gegenüber Freiheit. Für autonome Subjekte ist Recht um der Freiheit eines jeden (nach allgemeinen Regeln) willen da und nicht um irgendwelcher anderen Bedürfnisse. Eine solche autonome Rechtstheorie (als Gesellschaftstheorie) gerät in Krisen, wenn die traditionellen Vernünftigkeits- und Moralgebote mit den apriorischen Geboten der neuen Theorie nicht mehr in Einklang zu bringen sind; anders ausgedrückt: wenn der empirische Mensch dem intelligiblen Rechtssubjekt davonläuft; noch anders ausgedrückt: wenn die Soziologie der politischen Philosophie in den Weg tritt. Fragen und Antworten hier sind ganz sicherlich über den Bereich des Zivilrechts von Bedeutung.

III

Wir haben uns bemüht, einige Probleme so zu kennzeichnen, daß sie — in unserer Hoffnung — auf der Grundlage der drei Eröffnungsvorträge und der vier Kommissionsberichte die restliche Arbeitszeit mitbestimmen könnten. Ich kleide alle diese Probleme in die Form von Fragen.

Ganz allgemein: Wie sind in pluralen und säkularen Gesellschaften Rechtsordnungen möglich, die positives Recht als richtiges Recht legitimieren, als Rechtsimmanenz, die freilich auf irgendeine Transzendenz angewiesen ist?

Nicht ganz so allgemein: Wenn Säkularisationen insgesamt als eine Ablösung von metaphysischen und religiösen Weltdeutungssystemen durch solche Gesellschaften zu begreifen sind, die sich im Wege von Arbeitsteilungen ausdifferenzieren, z.B. in Wissenschaftssysteme, in Moralsysteme, Politiksysteme, Ökonomie-systeme, Kultursysteme usw., dann gibt es in solchen Gesellschaften keine Einheit von Sozialphilosophie, Wissenschaft und Geschichte mehr, jedenfalls keine im traditionellen Sinne. Solche Gesellschaften müssen aber ihrerseits Interessen und Bedürfnisse und Ideen und Werte vermitteln. Wie kann das gelingen? Bestimmt etwa das kulturelle Untersystem die Anforderungen an das ökonomische Untersystem? Oder das politische Untersystem die Anforderungen an das moralische Untersystem? Oder werden alle Untersysteme von Recht bestimmt? Von einem Untersystem Recht oder von einem Obersystem Recht? Oder hat Recht gar keinen Platz als eines unter vielen Untersystemen? Und wo wären systematisch Religion, Christentum, Kirche zu finden? Gibt es ein Ausgleichssystem für alle Untersysteme? Oder eine Hierarchie? Oder eine

Einheit? Diese Fragen zielen darauf, die Zuständigkeiten, die Chancen und die Grenzen für politische Handlungsphilosophie, für administrativ-ökonomische Systemsoziologie, für Moral, für Recht herauszufinden. Von den Antworten hängt es nach unserer Einschätzung ab, was wir Säkularisation nennen können, was modernes *Recht* zu *modernem* Recht macht, ob ein so modernes Recht eigentlich (noch) Recht ist. Von den Antworten hängt es auch ab, ob Säkularisationen als Geschichte von Verfall zu begreifen sind, so daß Erneuerungsbewegungen ihre Chance suchen könnten, oder ob Säkularisationen als Geschichte vernünftiger Entwicklung zu begreifen sind, sodaß sie gegen Verfall geradezu zu verteidigen wären.

Der normative Weg des modernen Rechts begann mit politischen Philosophien und sozialen Bewegungen, die alle ein sehr pessimistisches Bild vom Alltagsmenschen hatten. Das verband Adam Smith und Immanuel Kant. Auf sie gehen jene inhaltlich orientierten Verfahrensvorschläge zurück, welche gleichsam für unvollkommene Menschen in einer unvollkommenen Welt relativ vollkommene Verträglichkeitsspielregeln schaffen sollten. Diese beiden Vorschläge kennen wir als Marktregeln und Rechtsregeln. Der empirische Weg des modernen Rechts ist weithin gut zu erkennen. Märkte scheitern, aber auch Politiken scheitern, die sich an die Stelle von Märkten setzen. Es scheitern auch kunstvollere Beziehungsprogramme von Märkten und Politiken. Das Recht ist zu einem vielseitigen Instrument geworden, ohne klare Konzeption und Legitimation. Wie ist in solcher Lage dafür zu sorgen, daß auf der einen Seite die Gesellschaften ihre Möglichkeiten haben zur ständigen und halbwegs erfolgreichen Anpassung an ebenso ständigen sozialen Wandel? Und daß auf der anderen Seite Bürger als Individuen ihre Möglichkeiten haben zur Selbstbestimmung in Freiheit? Freiheit in sozialen Systemen, die alle sowohl feste historische Strukturen aufweisen als auch ihre offene Zukunft immer mehr als Land und Zeit von begrenzten Unmöglichkeiten empfinden? Vielleicht läßt sich eine Ansatzstelle nennen, die wir übereinstimmend für wichtig halten: das Feld praktisch-politisch-philosophisch-moralischer Theoriearbeit, etwas genauer: Eine Arbeit an Begründungsregeln für die Geltung von Normen, nach denen sich Handeln richten kann und die in dieser Welt und für diese Welt für Gerechtigkeit sorgen, Normen freilich, die nicht lediglich auf einzelne Ebenen treffen (als Rechtsnormen, als Moralnormen usw.), sondern gerade auch auf die Mitte unserer Lebenswelt zielen.

RUDOLF WIETHÖLTER

DISCUSSION-REPORT OF THE « CIVIL-LAW » COMMISSION

I give account of our work in three stages:

1) as a brief introduction I explain why it appeared to us impossible or at any rate inadvisable to give direct and precise answers to all the questions posed to the Commissions by the questionaire (see I);

2) furthermore I consider the focal points of civil law, where problems pertaining to the subject of our congress are to be found (see II);

3) finally I present some preconditions and correlations which we would rather see clarified, before giving further opinions about the points in question now prorogated (see III).

The report is presented in a way as if at every detail there were an expert witness of our Commission present.

I

We found two difficulties in correlating our work (and the present report) precisely and directly with the questionaire.

1) The questionaire presupposes various connotative definitions, which were in the course of our discussion exposed to so many attenuations and distinctions that the questions couldn't have been answered but on a very abstract level or with many alterations.

2) However strong strategic reasons might argue in favour of the straight-lined manner in which the questionaire is held — it was less suitable though to the reflective procedure of our work.

II

The field of civil law was represented in our Commission:

1) under the dogmatic and historical aspect by the law of contract with the examples of the exchange-abstractions (Austauschabstraktionen) and the juristic theories of the will;

2) under the aspect of legal history and legal politics by the family law as phenomenon of private but socially extremely delicate and ner-

vous law, and by the law of divorce as longing for interpretation in the frame of universal history;

3) under the aspect of legal history and legal theory, through the analysis of some fundamental principles of symmetry and reciprocity illustrated by the *regula aurea.*

1. *To the first point*

a) In former times there were obvious christian influences among the rules for establishing the validity of contracts: faith of contract as religious faith, the reflection of a higher covenant in minor covenants. This development reaches a climax in the legislation of Justinian. It can be characterized as christianization of jurisprudence, sacralization of the entire positive law of that time. With an actual approach one could also apply the more prosaic expression of change of paradigma, since the positive formal law undergoes a certain alteration regarding its content in an antichristian world governed by the principles of roman law.

b) Today's formal theory of the validity of contract, which reaches a personalized climax in the discussion between R. V. Jhering and Hegel, can now be identified as a change in foundation from political philosophy to sociological jurisprudence, perhaps without precise theoretical conception but full of confidence in the possible revisions taken by common sense in practice.

c) The more we analize the conception of equity of contractual exchange as the formalization of an adlibitum regarding the content (Gleich-Gültigkeit in the literal sense), thereby excluding historical developments and social fields of application, the more we can address such a contractual private law — also by definition — as secular. The secularization was supposed and willing to avoid any limitation of the contents of contract. In fact, its programm of mere relatedness to « this » side of things, its positivity as radical mundanization of the world, didn't prevent the appearance of gaps and breaches in the system of positive law, which gave continuous and inevitable access to flows of metapositive contents. In this respect one might speak of de-secularization, of course only with very vague conceptions and social legitimations.

2. *To the 2nd point*

a) He who risks a christian and modern universal-history of the law of divorce (and this risk has to be taken, if any synopsis is required), will procure historically interesting contributions to the congress-item, without being easily able to fit them into the questionaire.

aa) For example a de-christianization of the comprehension of guilt advanced by the juridical practice of the church itself has to be remarked;

bb) furthermore the laws of matrimony and family are a socially most sensitive and nervous « place », but also one accessible to clerical influences in the name of christian precepts, which have far-reaching practical consequences and help to mould the « social service » rendered by the family itself;

cc) another example is (at the beginning of the 19th century in Germany) the secular bourgeois juridical reason in its attempt to surmount the utilitarianisms of natural law, and equally its opposition to any church. Interesting in this regard and probably most representative are the loopholes searched and found by contested programmes in the pragmatic maxims of trials and procedure law;

dd) a last example (at any rate in the German Law) could be the finally failed attempt of resacralization of marriage (1900 with the Bürgerliches Gesetzbuch) and the promising attempt of a sort of secular de-juralization during the last years, which appears as a prudent piece of legislation, obviously provoking new and different problems, but lightening the burden which a pluralistic society based on a « social contract » between conflicting ideologies is able to bear;

b) Regarding the actual situation of the family and matrimonial law as a whole, now especially in countries like Spain or Italy, we face problems difficult to seize without adapted development theories. Main reasonings in this direction were:

aa) Secularizations start to surmount religious wars that become unsupportable; in the first phase secularizations cultivate general natural law thought; then either nothing remains from the natural law or this natural law gives rise to new — possibly now secular — religious wars. So to speak a succession of secularizations in levels and gradations.

bb) The main problem in secular organised societies is therefore: how is private autonomy thinkable as at the same time plural, but not totally permissive? How is a normal status quo of society reachable, that is to say the constant avoidance of civil and/or religious wars in secular societies not wanting or being able to abandon their traditions? It became clear though, that those questions couldn't be solved with the means of sheer private law.

3. *To the third point*

The regula aurea was adopted by christianity and in christian times used to be considered as the fortunate expression of christian truth and love. It was looked upon as the obvious basis of all symmetry and reciprocity between men under the laws of God and the Gospel. It even became proverbial.

With the formal rational comprehension of Immanuel Kant (in the different forms of his categorical imperative) it is forced to become the supreme rule for the validity of norms and it is secularized since

positive (in their content precised) relations to fellow-man are substituted by negative ones (inhibitions of interference towards the freedom of others). For the autonomous subject rights are given for the sake of each one's freedom according to general rules and not to satisfy other necessities. Such an autonomous theory of law (as social theory) is sure to be put in crisis, when the traditional principles of commonsense and moral cannot be harmonized anymore with the aprioric commands of the new theory, in other words: when the empirical man diverges from the intelligible subject of law. Or again in other words: when sociology confronts political philosophy. Questions and answers about this point are doubtlessly beyond the range of private law.

III

We endeavoured to point out some problems in such a way, that they could — we hope — contribute to the remaining part of our work, together with the three opening lectures and the other commission reports. I present these problems in the form of questions:

Very generally: in which way are legal orders possible in plural and secular societies, orders legitimating positive law as right law, as legal immanence (of course being related to some kind of transcendence)?

Less generally: if we understand secularizations altogether as the detachment from metaphysical or religious conceptions taking place in those societies that are differentiated by way of division of labour (for example in scientific systems, moral systems, political systems, economic systems, cultural systems etc.), then we won't find in those societies any unity of social philosophy, science and history at least in the traditional sense. But these societies have to mediate between interests and needs and ideas and values. How can they succeed? For example: does the cultural under-system determine the requests directed to the economic under-system? Or does the political under-system determine those directed to the moral under-system? Or are all the under-systems determined by the law? By an under-system or by a super-system « law »? Or has the law no other place than being one under-system among many others? And where would religion, christianity and church systematically find their place? Is there any balance-system for all the under-systems? Or a hierarchy? Or a unity? These questions try to find out the province, the chances and limits of political practical philosophy, of administrative-economic systemic sociology, for moral and for law.

The answers determine, according to us, what can be named secularization, what makes modern law « modern » and if such a modern law still is law. The answers determine also whether secularizations have to be understood as a story of decline, so that innovating movements

could be legitimated, or as a story of reasonable development, so that they even would have to be defended against degeneracy.

The normative way of modern law started with political philosophies and social movements, which all had in common a very pessimistic image of average man. In this point Adam Smith and Immanuel Kant were related. From them originate those propositions of procedure which were created to offer relatively perfect modi vivendi for imperfect men in an imperfect world. We know the two propositions as market rules and legal rules.

The empirical way of modern law is ever easily distinguishable. Markets fail, but also policies fail substituting themselves for markets. Also more sophisticated programmes which relate markets and policies fail. Law has become a versatile instrument, without clear conception or legitimation. Under these circumstances how can it be guaranteed that on the one hand societies have their chances for constant and partly successful adaptation to constant social change, and that on the other side citizens as individuals have their chances of self-determination in freedom? And what is freedom in social systems all possessing tight social structures and perceiving their open future more and more as land and time of limited impossibilities? Perhaps there can be found a starting point on whose importance we all agree: the field of practical-political-philosophical-moral theory-work, somewhat more precisely: a work on legitimation rules for the validity of norms, by which action can be guided and which provide justice in this world and for this world; norms of course, not only adjusted for one section or level (as legal norms, moral norms etc.), but also aiming at the very core of our human world.

RUDOLF WIETHÖLTER

DISKUSSIONSBERICHT DER KOMMISSION « STRAFRECHT » (1)

I

Die Kommission ist von dem *Fragebogen* ausgegangen, den Lombardi Vallauri entworfen hat und der in diesem Band abgedruckt ist. Aus der Sicht des Strafrechts sind aber einige *Präzisierungen* dieses Katalogs wichtig:

1. Für Überlegungen zum Strafrecht ist das Thema: Christentum — Säkularisation — modernes Recht nicht vollständig. Gleichgültig, mit welchem Ziel man Überlegungen zu diesem Thema anstellt, für das Strafrecht darf die *moderne Staatstheorie* oder die moderne Staatslehre nicht fehlen. Strafrecht in moderner Zeit ist öffentliches Strafrecht. Alle prinzipiellen und konkreten strafrechtlichen Erörterungen haben die Staatslehre zum Hintergrund. Für das Strafrecht sollte man daher formulieren: Christentum — Säkularisation — moderner Staat — modernes Strafrecht.

2. Die Kommission plädiert dafür, die Diskussionen zum Sachthema zeitlich nicht zu deutlich einzuengen. Für das Strafrecht ist es jedenfalls *nicht zweckmäßig, die Erörterungen mit dem Christentum beginnen zu lassen.* Es gibt Strafrechtsbegründung und Strafrechtspraxis lange vor dem Auftreten des Christentums. Der Strafrechtler würde seine Probleme zu einfach sehen, wenn er die Kontinuität vor-christlicher, nichtchristlicher, heidnischer Strafrechte durch ein christlich beeinflußtes Strafrecht in das moderne Strafrecht nicht sähe.

3. Die Strafrechtler, die in der Kommission diskutiert haben, dringen darauf, die *Methodenprobleme,* die mit dem Gesamtthema zusammenhängen, ernst zu nehmen. So wichtig und interessant eine Ideengeschichte des Themas ist, diese Ideengeschichte sollte mit großer Distanz betrieben werden. Es kann nicht nur um ein analytisches Verstehen und Erklären einer Entwicklung gehen, die im Gesamtthema des Kon-

(1) Der Kommission haben angehört: Mario A. Cattaneo (Ferrara); Winfried Hassemer (Frankfurt/M); Klaus Lüderssen (Frankfurt/M); Wolfgang Naucke (Frankfurt/M); Mario Romano (Mailand).

gresses angedeutet ist. Nach der Meinung der strafrechtlichen Kommission kann das analytische *Verstehen* und Erklären lediglich eine Voraussetzung für das Bewerten von Entwicklungen sein, die man entdeckt hat; und dieses *Bewerten* wird seinerseits die Voraussetzung für *Handeln* zum Bestätigen oder zum Abbiegen von Entwicklungen sein, die analysiert worden sind. Für das Strafrecht ist die Behandlung des Generalthemas des Kongresses zugleich Analyse, Bewertung und Vorbereitung von Handeln.

4. Im Rahmen der Methodenfragen gibt es ein Unterthema, das große Irritation entfaltet, weil die Art seiner Behandlung erhebliche Folgen haben muß: dieses Problem ist die *Festlegung dessen, was man unter Christentum versteht,* und die Beschreibung der Wege, auf denen dieses Verstehen zustandekommt. Dieses Problem wird im folgenden an Einzelfragen immer wieder aufgegriffen.

II

1. Im Mittelpunkt der strafrechtlichen Überlegungen stand die *historische Frage* nach dem Inhalt einer Entwicklung von einem christlich beeinflußten Strafrecht zu einem Vorgang der Säkularisation und seinen möglichen Folgen (Frage 1 des Fragenkatalogs). Die historische Beschreibung ist jeweils mit den Problemen 2 und 3 aus dem Fragenkatalog von Lombardi Vallauri verbunden. Die strafrechtliche Kommission hat an den historischen Entwicklungslinien, die sie gefunden hat, die in der Diskussion formulierten und diskutierten *Interpretationsmöglichkeiten* erprobt und aus den verschiedenen Interpretationsmodellen, die sich abzeichneten, die verschiedenen *Folgerungen* gezogen. Daraus ergaben sich dann vielfältige Blicke auf mögliche Entwicklungen und vielfältige Anregungen zu Methodenüberlegungen und Forschungsbereichen. Die Überlegungen zu Einzelfragen folgen also jeweils dem Muster: Beschreibung der historischen Entwicklung — verschiedenartige Interpretation dieser Entwicklung — Folgen und offene Probleme. Die Schwerpunkte wechseln von einem Thema zum anderen.

2. Die Kommission hat den Ausdruck « das Strafrecht » als « *die Gebiete der gesamten Strafrechtswissenschaft* » aufgefaßt. Zur gesamten Strafrechtswissenschaft gehören mindestens:

die Begründung (Rechtfertigung) des Strafrechts,
die Diskussion der Strafzwecke,
die Kriminologie,
Fragen der Rechtsgüterlehre und der subjektiven Zurechnung als Hauptteile des materiellen Rechts,
Strafverfahrensrecht,
Strafvollzugsrecht.

Diese Gegenstände werden nacheinander in dem Rahmen abgehandelt, den diese Vorbemerkungen abstecken.

III

1. *Rechtfertigung des Strafrechts.*

a) Die Kommission ist von dem gut belegbaren *Befund* ausgegangen, daß es eine christliche Rechtfertigung des Strafrechts im Staat gegeben hat und daß diese Rechtfertigung verschwunden ist in einer Zeit, die man üblicherweise als Zeit der Säkularisation bezeichnet. Insofern kann man davon sprechen, daß eine christliche Strafrechtsbebründung säkularisiert worden ist.

b) In der strafrechtlichen Kommission hat sich in einer z.T. auch scharf geführten Debatte herausgestellt, daß dieser *Borgang verschieden interpretiert* werden kann, daß die *Modelle der Interpretation* aber nicht beliebig vermehrbar sind.

Zin *erstes Modell* sieht in der Säkularisation einer christlichen Strafrechtsbegründung jedenfalls teilweise die Fortsetzung christlicher Denkweise in neuen Formen. Die christlichen Werte seien in säkularisierter Darstellung weitergeführt worden. Die Diskussion hat gezeigt, daß diese Sichtweise eine durchaus nicht übliche Fassung der Interpretation des Vorgangs der Säkularisation ist. Die Diskussion hat auch gezeigt, daß dieses Interpretationsmodell seinerseits gewichtige Unterschiede enthält. Dieses Modell haben in den Kommissionsberatungen — mit unterschiedlichen Gewichtungen — Dattaneo und Lüderssen vertreten (2).

Ein *zweites Interpretationsmodell* sieht in der Säkularisation einer christlichen Strafrechtsbegründung das Ende einer Begründungsepoche und den Neubeginn einer Entwicklung. Dieses Interpretationsmuster ist in der Diskussion — wiederum mit gewichtigen Unterschieden — von Hassemer und Romano entwickelt und angewandt worden.

Eine *dritte Interpretationslinie* sieht im Strafrecht — in seinen Inhalten und Prozeduren — etwas weitgehend Dauerhaftes, das nicht von christlichen oder weltlichen Begründungssystemen bestimmt wird. Für diese Interpretationslinie ist die Entwicklung von einer christlichen zu einer säkularisierten Strafrechtsbegründung in erster Linie als Erscheinung des Nachdenkens über Strafrecht (und nicht des praktischen Bestafrens) von Bedeutung. Diese Linie ist in der Kommission von Naucke eingebracht worden.

---

(2) Dieser Bericht weist nur bei dem ersten Punkt « Rechtfertigung des Strafrechts » darauf hin, welche Meinungen von welchen Personen in der Kommission vertreten worden sind. Da diese Auffassungen dem Typus nach im folgenden Text immer wiederkehren, ist die Zuordnung zu Personen ohne weiteres möglich. Im übrigen kann mit Hilfe der Texte, die in dem Kongreßbericht abgedruckt sind, die Zuordnung von Auffassung und Person ohne weiteres erfolgen.

c) Die Kommissionserörterungen haben geseigt, daß das Ausformulieren so verschiedener Interpretationsmöglichkeiten *Anlaß zu weitreichenden Fragen* sein muß:

aa) DasAuseinanderfallen dieser Interpretationsmodelle unterstreicht die *Bedeutung genauen Fragens* bei der Untersuchung des Verhältnisses von Christentum, Säkularisation, modernem Staat und modernem Recht. Die Entscheidung zwischen den Interpretationsmodellen ist außerordentlich schwierig und gelingt wahrscheinlich nur mit Hilfe einer Kritik der Reichweite des Verstehens-Begriffs und der Folgen aus diesem Begriff für politisches, und sei es nur: strafrechtspolitisches Handeln.

bb) Wichtiger noch schien der Kommission, darauf hinzuweisen, daß die Entscheidung zwischen den Interpretations-modellen davon abhängt, wer für die Entscheidung dessen, *was unter « Christentum »* in Verbindung mit dem Strafrecht *zu verstehen ist*, zuständig ist, und wie dieser Zuständige das Verfahren der Festlegung wähtl.

An einigen *Beispielen* ist das ein Stück weit verfolgt worden:

Im historisch belegbaren Übergang von christlicher zu weltlicher Begründung von Staat und Strafrecht spielen die Begriffe Freiheit, Würde des Menschen und Autonomie des Menschen eine nachweisbar beträchtliche Rolle. Die Fragen sind dann so formuliert worden:

Mit welcher Begründung könne diese Begriffe als christlich im Rahmen einer christlichen Strafrechtsbegründung reklamiert werden?

Mitwelcher Begründung können diese Begriffe als mit christlichem Inhalt fortwirkende Begriffe im Rahmen einer Strafrechtsbegründung gesehen werden, die in der Säkularisation eine Teilfortsetzung christlicher Traditonen sieht?

Mit welcher Begründung können diese Begriffe als « nur » säkular, d.h. als Begriffe mit einem von ihrer bisherigen christlichen Tradition abgesetzten Inhalt bestimmt werden?

Es ist in der Kommission vorgeschlagen und als ergiebig akzeptiert worden zu überlegen, ob es sich beim Inhalt dieser Begriffe nicht um eine « Gemengelage » (Hassemer) handelt, die nicht zu schnell der einen christlichen oder anderen nur säkularen Seite zugeschlagen werden sollte.

In der Argumentation ist auch immer wieder festgehalten worden, daß bei der Auswahl dessen, was für « christlich » in Rahmen einer christlichen Strafrechtsbegründung gehalten wird, ejdenfalls zu unterscheiden ist zwischen:

> christlich = kirchlich, d.h. zur Argumentation der Kirche gehörig,

und

> christlich = nach den Quellen richtig verstandenes Christentum (wobei sich noch einmal der Unterschied zeigt zwischen dem, was man das richtig verstandene historische, und dem, was man das richtig verstandene moderne Christentum nennen kann).

2. *Strafzwecke.*

a) Es ist sicher, daß eine *christliche Begründung aller Strafzwecke historisch nachgewiesen werden kann,* d.h., daß sowohl Vergeltung als auch Sühne und Prävention in « christlicher Ableiting » auftauchen. Historisch zu untersuchen wäre, ob nicht sogar die Präventionszwecke — als Spezial- und Generalprävention — historisch eine deutlichere chrstliche Begründung erfahren als Vergeltung und Sühne. Es ist wahrscheinlich, daß vor Beginn der Säkularisation die chrstliche Begründung im Schwerpuntkt auf Prävention zielte. Erweist sich das als belegbar, so entsteht die weiter Frage, ob die gegenwärtig eindeutig auffindbare christliche Einformung der Vergeltungslehre nicht eine Reaktion auf die oder eine Parallelentwicklung zu den säkularisierten Vergeltungslehren etwa des 19. Jahrhunderts ist.

Die *Untersuchung des Vergeltungsbegriffs* im Themenzusammenhang: Christentum — Säkularisation — Staat — Strafrecht hat besondere Schwierigkeiten. Zu unterscheiden ist einmal die Vergeltung als Versuch, das Strafrecht positiv zu begründen, und zum anderen Vergeltung als Versuch, ein anderweit begründetes Strafrecht zu begrenzen. Vermieden werden sollte, Vergeltung mit Rache gleichzusetzen. Die Gelichsetzung entsteht wahrscheinlich dadurch, daß der Vergeltungsgedanke sehr oft im Zusammenhang mit dem Problem: Strafe als Rache? auftaucht. Historisch dürfte es aber so sein, daß der Vergeltungsgedanke mit der Strafe als Rache rechnet und diese Strafe als Rache in Grenzen zu halten versucht.

Der historische Befund ergibt weiter, daß alle Strafzwecke — ohne Ausnahme — ihre christliche Begründung abstreifen und in nichtchristlicher Form erscheinen.

b) Die *Modelle für die Interpretation* dieses Vorgangs sind widderum:

Bei der Änderung der Begründung der Strafzwecke von christlichen zu säkularen Ableitungszusammenhängen handelt es sich entweder um eine *Umformung christlicher Gedanken,* dieje denfalls teilweise christliche Inhalte aufrecht erhält, oder um *einen wirklichen Neubeginn* in der Begründung der Sgrafzwecke, oder um eine weitgehend *wirkungslose Begleitung* eines unabhängig von der Diskussion Christentum/Säkularisation laufenden Prozesses.

Die Diskussion in der strafrechtlichen Kommission hat gezeigt, daß diese verschiedenen Interpretationsmodelle der *Zuschärfung vor allem beim Problem der Vergeltung* bedürfen. Man Muß den Prozeß der Säkularisierung der Begründung für Strafzwecke bei der Vergeltung unterteilen in die Vergeltung als positive Begründung einer Stramfmenge und in die Vergeltung als Begrenzung von Strafmengen, die aus anderen Kräften abgelitet sind.

Die Kommission war der Meinung, daß das Problem der Säkularisierung christlicher Strafrechtsbegründungen am deutlichsten an der « negativen » Aufgabe des Vergeltungsbegriffs zu verfolgen ist, daß

also das Problem einer positiven Begründung von Strafen durch den Vergeltungsbegriff eine zu vernachlässigende Nebenlinie der Diskussion betrifft.

c) Die Erörterungen der Kommission haben wiederum und klar belegt, daß die *Entscheidung zwischen den Erklärungsmustern ungewöhnlich schwierig* ist und daß diese Entscheidung eindeutig von der Frage abhängt, wer in welcher Weise den Begriff der « christlichen » Begründung der Strafzwecke, insbesondere der Vergeltung festlegt.

An dieser Stelle ist die Kommission im Inhalt der Diskussion ein Stück weiter gegangen als beim vorangegangenen Gesichtspunkt. Sie hat — anhand der Ausführungen von Lüderssen — versucht festzulegen, *wie man überprüfbar den « christlichen » Inhalt eines Vergeltungsbegriffs festlegen kann.* Die These war: Vergeltung — positiv begründend und negativ begrenzend — ist überhaupt nicht mit biblischen Texten und christlichen Dogmen in Einklang zu bringen. Die Überlegungen der Kommission haben klargemacht, daß diese These mit großem wissenschaftlichen Aufwand erörtert werden sollte.

3. *Kriminologie.*

a) In den christlich orientierten Strafrechtslehren taucht *eine Art « christlicher Kriminologie »* auf, d.h. eine Lehre, die das Straffälligwerden des Menschen erklärt. Ein zentraler Punkt dieser Lehre ist die Auffassung, daß der Mensch durch den Sündenfall den Stand harmonischer Übereinstimmung mit anderen Menschen verlassen hat. Die Folgerungen aus der Vostellung vom Sündenfall liegen weit auseinander. Es wird gelehrt, daß der Mensch durch den Sündenfall völlig der Verderbnis anheimgefallen ist, und es wird gelehrt, daß der Mensch durch den Sündenfall zwar auf den Weg der Verderbnis gelangt ist, daß der Weg in die Verderbnis aber geändert und zum Besseren gelenkt werden kann. Die staatstheoretischen, insbesondere strafrechtlichen Grundsatzentscheidungen, die mit der einen und mit der anderen Auffassung fast notwendig zusammenhängen, sind gewichtig. Ist der Mensch völlig verderbt, so müssen Staat und Recht Zwangsanstalten sein, die das Schlimmste verhüten; ist der Mensch durch den Sündenfall nicht völlig verderbt, so können Staat und Recht auch noch als helfende und leitende Einrichtungen vorgestellt werden.

Dieses « Menschenbild » und die Folgerungen aus diesem Menschenbild für strafrechtliche Lehren verschwinden völlig.

b) Auch hier ist die *Interpretation dieser Entwicklung* schwierig.

In der Kommission ist die Meinung vertreten worden, daß mit dem Aufkommen und Aufblühen der empirischen Wissenschaften vom Menschen ein *völlig neues Bild des Menschen* entsteht, das die älteren christlichen Vorstellungen gänzlich ablöst. Damit entfallen auch alle Anspielungen auf dieses ältere Bild in der Lehre vom straffälligen Menschen, der Kriminologie. Es ist in der Kommission aber auch (in Fort-

setzung von Interpretationslinien zu früher genannten Punkeent) die Meinung vertreten und erörtert worden, daß *die neueren Kriminologien* — wie sie im 18. und 19. Jahrhundert entstehen — *doch noch Verbindungen zur « christlichen Kriminologie »* haben: man könne die neueren Kriminologien auch auffassen als « Empirisierungen » älterer christlicher Dogmen. Anlaß für diese Auffassung könne insbesondere sein, daß auch die neueren empirisch durchgebildeten Kriminologien von der Frage geleitet sind oder zumindest die Frage mitführen, ob der Mensch im Verhältnis zum anderen Menschen als gut oder böse, als frielich oder nicht friedlich gedacht werden müsse.

4. *Probleme der Rechtsgüterlehre* (als Teil der Lehren des materiellen Strafrechts).

a) In der Kommission bestand Einigkeit darüber, daß in einer bestimmt angebbaren Zeit die von Strafrecht geschützten *Rechtsgüter und die Hierarchie dieser Rechtsgüter vom Christentum geprägt* waren. Exemplifiziert worden ist das an den Rechtsgütern: Gott, Leben, Familie, öffentliche Moralität.

Es ist ein deutlich profilierter Vorgang, daß die christliche Prägung der für das Strafrecht maßgeblichen Rechtsgüter (und deren Ordnung) aufhört, welchen Vorgang man als Säkularisierung bezeichnen kann

b) Die Bemühungen um eine *Interpretation dieses Vorgangs* bestätigen die Überlegungen, die die Kommission bis hierher angestellt hat.

Die Änderung in der Einformung der strafrechtlichen Rechtsgüterlehre kann gesehen werden als (teilweise) *Fortsetzung der christlichen Güterlehre* mit neuen, z.B. naturrechtlichen Mitteln. Als Abwandlung dieser Meinung ist das Bild vom « Überwintern » bestimmter, zunächst von christlichen Dogmen abhängiger Rechtsgüter in anderen begrifflichen Gestalten gebraucht worden (Lüderssen). Für die Interpretation des Wandels in der Begründung und Ordnung von Rechtsgütern bietet sich das Modell der « *Säkularisierung von Rechtsgütern* » besonders nachdrücklich an. Dieses Modell muß aber mit Sorgfalt gehandhabt werden. Es muß bei diesem Vorgang der « Säkularisierung » beachtet werden, aß dieser Vorgang nicht lediglich im Auswechseln bestimmter Begründungen für den Schutz von Rechtsgütern besteht. Zur Säkularisierung von Rechtsgütern gehört auch, daß einige Rechtsgüter wegfallen, weil der strafrechtliche Schutz dieser Rechtsgüter nicht mehr plausibel ist (im Bereich der Straftaten gegen die Religion). Andere Rechtsgüter werden inhaltlich neu begründet, damit aber auch zumindest in den Randbereichen veräandert. Insgesamt muß bei diesem Vorgang gesehen werden, daß es zu einer « *Entdramatisierung* » (Romano) des Vorgangs der Bestrafung kommt.

Gerade an diesem Punkt fängt eine andere Argumentationsreihe an, die darauf hinweist, daß dieses Verfahren derr « Säkularisierung »

mit der Unmöglichkeit enden kann, strafrechtlichen Rechtsgüterschutz mit Argumenten noch abzusichern, dieser Rechtsgüterschutz also zur Machtfrage wird.

c) Die Kommission hat die abermalige Diskussion dieser Interpretationsmodelle als Anlaß für den Versuch genommen, die Interpretation zu einer *Progose* und damit zum *Beginn für Handlungsanweisungen* fortzusetzen. Dabei zeigt sich mit Nachdruck, daß die verschiedenen Interpretationsmodelle zu verschiedenen Progosen und zu verschiedenen Handlungsmöglichkeiten führen.

Es sind hauptsächlich folgende Alternativen beschrieben worden:

aa) Im Bereich der Rechtsgüterlehre wird sich die *Säkularisierung fortsetzen,* ohne daß es zu wirklich dramatischen Entwicklungen kommt.

bb) Eine Reihe von Indizien deutet aber darauf hin, daß der Vorgang der *Säkularisation im Bereich der Rechtsgüterlehre zum Stillstand* kommen wird. Von hier aus liegt die Annahme nahe, daß es dann zu einer « *Ent-Säkularisierung* » (Hassemer) kommen wird, die aber nicht zu einer Rückkehr zu christlichen Rechtsgüterbegründungen führen wird, sondern einen Bereich einer « Neu-Moral » abstecken muß.

cc) Weiter ist die Auffassung vertreten worden, daß es in der strafrechtlichen Rechtsgüterlehre, vor allem bei der Hierarchie der Rechtsgüter zu einer *Re-Formulierung christlicher Auffassungen* kommen kann. In der Nähe dieser Meinung steht die Überlegung, daß die in der Rechtsgüterlehre des säkularisierten Strafrechts latent vorhandene christliche Überlieferung wieder aktualisiert wird. In diesem Zusammenhang ist vor allem auf die neuen Rechtsgüter verwiesen worden, die sich im Umweltschutz- und Datenschutzrecht abzeichnen.

dd) Die laufende Entwicklung läßt sich auch so deuten, daß die *Säkularisierung* in keiner Weise rückgängig gemacht und die fortschreitende Säkularisierung *nicht aufgehalten werden kann,* so daß das Machtproblem, das in der Benennung und Hierarchisierung von Rechtsgütern liegt, alsbald sichtbar werden muß.

5. Das *Problem der subjektiven Zurechnung* (als weiteres Zentralproblem des materiellen Strafrechts).

a) Die Kommission hatte keinen Zweifel daran, daß es *christliche Vorstellungen sind, die zu einer weiten Individualisierung der Auffassung vom Menschen* führen und daß erst diese Vorstellungen eine am Einzelnen ausgerichtete Lehre von der subjektiven Zurechnung (Schuldlehre) möglich machen. Die in bestimmten Zeitabschnitten dem Christentum zuzuschreibende Lehre, daß der Mensch für seine bösen Taten sühnen müsse, daß er für diese Taten zur Verantwortung gezogen werden könne, führt zur Verschärfung der Strafen und zur Verfeinerung der Voraussetzungen für die subjektive Zurechnung.

Die Kommission hat die Meinung formuliert, daß die Grundlagen und die Ausformungen der Lehre von der subjektiven Zurechnung im

Strafrecht, soweit Grundlagen und Ausformungen auf das Christentum zurückgeführt werden können, säkularisiert worden sind. *Die Verfeinerung der subjektiven Zurechnung* in christlichen Argumentations- und Handlungszusammenhängen *wird in ein verweltlichtes Strafrecht übernommen.* Die vorher ausgebildeten Lehren ermöglichen eine säkularisierte Lehre von der subjektiven Zurechnung; die Verfeinerung dieser Lehre geht weiter.

b) Die Kommission hat an diesem Beispiel erneut versucht, die *verschiedenen Interpretationsverfahren* zu bewähren.

Einerseits ist in der « Säkularisierung der Schuldlehre » eine *inhaltliche Fortsetzung christlicher Schuldlehren* mit anderen begrifflichen Mitteln gesehen worden. Andererseits ist auch für dieses Beispiel formulier und ausgeführt worden, daß die « säkularisierte » Lehre von der subjektiven Zurechnung (soviel sie and Struktur christlicher Schulddogmatik auch verdanken mag) ein *wirkliches Ernstnehmen des individuellen, aber nur weltlich verstandenen Einzelnen ist.* Weiter und wiederum ist genau beschrieben worden, daß sich der gegenwärtige Stand strafrechtlicher Schuldlehren und die absehbare Entwicklung auch erklären und befördern lassen auf der *Grundlage eines reformulierten Christentums.* Gerade ein neu aufgefaßtes Christentum könne Grundlage einer die Würde des Menschen achtenden Lehre von der subjektiven Zurechnung sein. In diesem Zusammenhang ist in der Kommission aber diskutiert worden, daß man genau auseinanderhalten müsse, ob eine derartige neuformuliete christliche Begründung der Schuldlehre auf die *Tradition oder* auf eine *neue,* den neuen Sozialbedürfnissen entscprechende Begründung gestützt wird. Nicht ausgeschlossen worden ist auch für das Problem der « Säkularisiertung der subjektiven Zurechmung », daß ein *Zu-Ende-Denken dieses Säkularisierungs- prosesses ein Ende der Lehre von der subjektiven Zurechnung im Strafrecht* sein könne.

6. *Strafverfahrensrecht.*

a) Aus den vielen Problemen, die das Kongreßthema dem Strafverfahrensrecht stellt, hat die Kommission die *Frage der Wahrheitsfindung im Strafprozeß* und durch den Strafprozeß eingehender verfolgt. Die Mitglieder der Kommission sind davon ausgegangen, daß ein christlich mitgeprägtes Strafverfahrensrecht das Finden, die « Erkenntnis » der Wahrheit für möglich halten muß; als Folge wird ein solches Verfahrensrecht so gestalter, daß die erkannte Wahrheit als völlig abgesichert erscheint. Daraus erklärt sich der hohe Preis an körperlicher Qual und Menschenunwürdigkeit, den ein solches Verfahren zu bezahlen bereit ist. Bestimmte Formen des Inquisitionsprozesses können ohne diese Zusammenhänge nicht erklärt werden.

b) Für diese Fragen meint die Kommission, daß « *Säkularisierung* » *einen viel eigenständigeren Charakter* hat als bei den vorher abgehandelten strafrechtlichen Problemen. Säkularisierung findet für die Fra-

gen der Wahrheitsfindung einen *neuen Anfang*. Dieser Anfang besteht in der Einsicht und in der Umsetzung der Einsicht, daß Wahrheit im Strafverfahren nur mit großen Mühen und unter Ausnutzung aller Informationsquellen und Informationsbereitschaften zusammentragbar ist. Damit muß ein ganz neuer Verfahrenstyp entstehen, den man nicht als säkularisierten älteren Verfahrenstyp auffassen kann. Das Neue ist abzulesen insbesondere an der Subjektstellung des Beschuldigten und an der Bedeutung, die der Verteidigung des Beschuldigten beigemessen wird.

c) Die Kommission war sich darüber einig, daß gerade am Problem des Strafverfahrensrechts sichtbar wird, wie *abhängig von verschiedenen Begriffen des Christentums die Interpretation bestimmter Entwicklungslinien im Strafverfahrensrecht ist.* Hier gerade muß untrrschieden werden zwischen « christlich » als « organisierter christlicher Kirche » und « christlich » als « richtig verstandenes Christentum ».

7. Strafvollzug.

a) Die Versuche, *im Strafvollzug*, insbesondere im Vollzug der Freiheitsstrafe, *christliche Vorstellungen einzubeziehen* und durchzusetzen, sind nach der Quellenlage gut belegbar. Insbesondere ist in den Kommissionsüberlegungen verwiesen worden auf den Zusammenhang zwischen Schuldvergeltung und Einzelhaft, die zur inneren Umkehr, zur Läuterung führen soll. Gerade die Betonung dieses Punktes war noch einmal Anlaß zu betonen, daß in der Strafzwecklehre, soweit sie sich auf christliche Ableitungzusammenhänge beruft, gelungene Schuldvergeltung und gelungene Resozialisierung eng beieinanderliegen.

In der Kommission ist dann festgestellt worden, daß *gegenwärtig der « säkularisierte » Präventionsvollzug Realität* ist.

b) Zur *Interpretation dieses Ablaufs* sind alle Mitglieder der Kommission davon ausgegangen, daß es beim Fortgang von einem christlich motivierten, schuldvergeltenden Strafvollzug zum aktuellen Präventionsvollzug keine Fortwirkungen und Umformungen christlicher Vorstellungen oder Analogien zu solchen Vorstellungen gegeben hat.

c) Dieser Befund hat die Kommission zu der *Frage* veranlaßt, *ob hier nicht einer der Punkte ist, an dem in absehbarer Zeit neue, bisher nicht für möglich gehaltene Einflüsse des Christentums spürbar werden sollten.* Die Frage muß nach der Meinung der Kommission mit Disziplin und Zurückhaltung erörtert werden.

Dabei spielt wiederum das Problem eine Rolle — und diesmal verstärkt —, *wie der Begriff « christlich » gefaßt wird.* Im Zusammenhang mit dem Strafvollzug besteht die Besonderheit, daß eine Rückkehr zu traditionellen christlichen Einflüssen völlig auszuschließen ist. Es muß zu Aktualisierungen kommen, deren Konturen kaum zu sehen sind. Die Kommission hält es nicht für ausgeschlossen, daß in einem

Präventionsvollzug Schuldverdeutlichung möglich ist und daß diese Schuldverdeutlichung christliche Vorstellungen (neu durchdachte christliche Vorstellungen) einbezieht.

Historische Forschung und vollzugspolitische Überlegungen können Anregungen aus der Frage beziehen, wie die Stellung des Pfarrers im Strafvollzug gestaltet war und gestaltet werden kann, ob der Pfarrer Teil der strafvollziehenden Justiz oder — die deutliche Alternative — der Gegenspieler der strafvollziehenden Justiz ist (Cattaneo).

d) Die Meinungen über die Inhalte, die als christlich bezeichnet werden können und die unter Berufung auf das Christentum in die strafvollzugspolitische Diskussion eingeführt werden können, waren in der Kommission sehr verschieden. Eine ausdrückliche Prüfung hat freilich ergeben, *daß keiner dieser Inhalte einen Schluß auf die Zulässigkeit der Vollstrekung einer Todesstrafe ergibt.*

IV

Das *Hauptergebnis* ihrer Arbeit sieht die strafrechtliche Kommission in der *Formulierung folgenden Problems*:

Für den Bereich der gesamten Strafrechtswissenschaft ist die Entwicklung eines begrifflichen Rahmens nötig, der die Erforschung der Frage ermöglicht, *ob der Verlauf der Säkularisation an einen Punkt gelangt ist, von dem aus ein unbedenkliches, nicht neu kontrollierendes Fortschreiten zum strafrechtspolitischen Drama werden kann.* In der Kommission sind viele Argumente dafür genannt worden, daß dieser Punkt in der Tat erreicht ist.

Falls sich das bestätigt, braucht man neue Begriffe, *zusätzliche Begriffe zu den bekannten, um den erreichten Stand analysieren und bewerten* und die bevorstehende Entwicklung beshreiben und beeinflussen *zu können.* In diesen zusätzlichen Begriffen sollte *« das Christentum » eine hervorgehobene Rolle* spielen. Dies kann jedoch nur gelingen, wenn die folgenden *Fragen* untersucht sind:

1. *Welches Christentum* ist gemeint?

Die hauptsächlichen *Alternativen* sind: das historische, das in der Kirche institutionalisierte, das reformulierte Christentum.

2. Nach welchem *Verfahren* wird das festgelegt?

3. Welche *Inhalte* genau und im einzelnen ergeben sich dann?

WOLFGANG NAUCKE

DISCUSSION-REPORT OF THE « CRIMINAL-LAW » COMMISSION

I

The Commission made the questionaire, which was drafted by Lombardi Vallauri and which is printed in this volume, the basis for its discussions. However, from the criminal law point of view it was necessary to make some points of that catalogue more precise:

1. To consider the criminal law a working title like « Christianity - secularization - modern law » is not complete. Regardless of the object of the considerations on this subject, for criminal law the modern theory or doctrine of state cannot be left out. In modern times criminal law is public criminal law. All general and concrete criminal law discussions have as their background the doctrine of state. Consequently for the criminal law the formulation should be: Christianity - secularization - modern state - modern criminal law.

2. The Commission takes the view that the subject matter should in terms of time not be too narrowly defined. For criminal law it is not appropriate to commence the discussions with christianity. Establishment and application of criminal law can be found much earlier than the commencement of christianity. For the criminal-lawyer it would be an oversimplification to ignore the continuity of pre-christian, non-christian criminal law systems and the criminal law influenced by christianity up to our modern criminal law.

3. The criminal lawyers, who took part in the Commission's discussion emphasized that the methodical problems which are connected with the general subject must be taken seriously. As important and interesting as a history of the ideas on the subject may be, it should be approached with a proper distance. The concern cannot just be an analytical comprehension and explanation of a development which is referred to in the general theme of the congress.

In the view of the criminal law Commission the analytical comprehension and explanation cannot be anything but just a presupposition for the evaluation of developments, which one has discovered; and this

evaluation becomes itself a presupposition for the action to be taken to affirm or shift developments, which have been analized. For criminal law the consideration of the general theme of the congress is at once analysis, evaluation and preparation for action.

4. Amongst the methodical questions there is a sub-problem which causes great irritation because the way of dealing with it must have far-reaching consequences: this problem is to determine what has to be understood as « christianity » and the description of the way on which this notion is reached. This problem will repeatedly be taken up when particular questions are dealt with in the following.

II

1. In the centre of our considerations stood the *historical question* about the contents of the development from criminal law influenced by christianity to a process of secularization and for its possible consequences (question 1 of the questionaire). The historical description is respectively connected with the problems 2 and 3 as stated in the catalogue of Lombardi Vallauri.

The criminal law Commission, basing on the historical lines of development that were ascertained, has evaluated the *possibilities of interpretation* as defined and considered in the discussion, and outlined the *consequences* of each model of interpretation, which occured. From this have risen manifold points of view on possible developments and numerous stimulations to methodological considerations and further research. The considerations of particular questions are therefore guided by the following pattern: description of the historical development — differing interpretations of this development — consequences und unresolved questions. The emphasis shifts from theme to theme.

2. The Commission looked up on the notion of « the criminal law » as « the different domains of the whole science of criminal law », which includes at least:

the legitimation of criminal law
the discussion of the purposes of punishment
the criminology
questions of the legal doctrine of values and of imputation as main subject of material criminal law
the law of procedure
and the execution of sentence.

These subjects are successively dealt with following the schedule previously stated.

III

1. *The legitimation of criminal law*

a) The Commission started from the finding, which can easily be substantiated, that there has been a christian legitimation of criminal law in the state and that this legitimation has vanished in a period usually described as period of secularization. In so far it may be said, that a christian legitimation of criminal law has been secularized.

b) In the course of a sometimes passionate discussion it appeared, that this process can be interpreted in different ways, though the number of models of interpretation cannot be increased at liberty.

A *first model* reveals the secularization of christian legitimation of criminal law at least in parts as the continuation of christian ways of thinking in other forms. Christian values had been carried on in a secularized representation. The discussion has shown that this point of view was not at all the usual way of approaching the process of secularization. The discussion showed furthermore that this model of interpretation comprises important differences. This model was supported in the discussion — with differing points of emphasis — by Cattaneo and Lüderssen (*).

A *second model* of interpretation regards the secularization of christian legitimation of criminal law as the end of one period of legitimation and as the beginning of a new development. This pattern has been developed and followed — again with considerable distinctions — by Hassemer and Romano.

A *third line* of interpretation looks upon criminal law — in its contents and procedures — as something basically enduring, that is not determined by christian or worldly systems of justification. For this way of interpretation the development from christian to secularized legitimation is mainly of interest as a phenomenon of legal thought (and not of practical punishment). This line was brought into the discussion by Naucke.

c) The debate has shown that the precise formulation of so greatly differing ways of interpretation necessarily gives birth to wide-reaching questions:

aa) The divergence of these models of interpretation underlines the importance of exact questioning while analysing the connexions between christianity, secularization, modern state and modern law.

(*) This report indicates only in the first title (Legitimation of criminal law) which opinions have been held by which persons in the Commission. Since these opinions, in their typical features, appear in the following text continuously, they can easily be assigned to the respective representatives. Furthermore, the attribution of opinions to persons can be undertaken with the aid of the texts that are printed above in this volume.

To choose one of the models of interpretation is extremely difficult and probably can only be achieved by the means of a critique of the reach of the notion of « the comprehension » (*Verstehen*) and of the consequences of this notion for political action (and if it was only: political action regarding criminal law).

bb) It appeared even more important to the Commission to point out, that this decision depends too on the persons, who are authorized to define what is to be understood in terms of « christianity » in its relation to criminal law — and how those persons chose the procedure of definition.

The consideration was developed with several examples:

For the process of conversion from christian to worldly foundation of state and criminal law, a process which can be historically substantiated, notions such as liberty, human dignity and autonomy of man have been of considerable importance. The questions are formulated therefore as follows:

In which way can these notions be seen as christian notions pertaining to the christian legitimation of criminal law?

How can it be established that these notions have continuing christian content regarding the comprehension of criminal law, which regards the secularization as a partial continuation of christian traditions?

What are the reasons for considering these notions as merely « secular », that is to say as notions that are clearly distincted from the previous christian traditions?

It has been suggested, and this suggestion has found approval, to consider whether the contents of these notions should be conceived of as a co-mingling (« Gemengelage » - Hassemer) which could not easily be adjoined to either the christian or the secular side.

During the discussion it was also constantly affirmed, that while deciding which to consider as « christian » in the logical frame of a christian legitimation of criminal law, the distinction should be made between:

Christian = ecclesiastical, that is to say belonging to the definition given by the church

and

Christian = Christianism correctly understood according to the sources

(though even here appeared a difference between what can be considered as correctly conceived historic - and correctly conceived modern christianity).

2. *Purposes of punishment*

a) It can be taken for granted that *a christian foundation for all purposes of punishment can historically be proved*, that is to say that

as well retaliation, as expiation and prevention appear in « christian deduction ». It remains to be scrutinized whether the aims of prevention — as special or general prevention — have historically been subject to a more accentuated christian foundation, than retaliation or expiation. It is probable that yet before the commencement of secularization the christian emphasis was aimed at prevention. Can this be proved, so occurs consequently the question whether the present obvious christian effort to incorporate the retaliation is not a reaction or a parallel development to the secular doctrines of retaliation in the 19th century.

The *exploration of the notion of retaliation* in the connection of the topics: christianity - secularization - state - criminal law involves special problems; retaliation has to be conceived on one hand as the endeavour to legitimate criminal law positively - on the other hand as the effort to give limits to a criminal law that finds its foundation elsewhere.

Anyway - the identification of retaliation with revenge has to be avoided. This identification has probably orginated from the fact that the notion of retaliation appears frequently in connection with the question: Is criminal law a form of revenge? Regarding the historical development it is more probable though that retaliation presupposes punishment as revenge and tries to provide limits to this punishment as revenge.

From the historical evidence results furthermore that all aims of punishment — without exception — detach from their christian foundation and ever after appear in non-christian form.

b) The *models of the interpretation* of this process are again: the change of legitimation of purposes of punishment consisting either of a transformation of christian notions, which are in this way at least partly sustained as far as the contents are concerned, or of a real renewal of the foundation of the aims of punishement, or of a largely futile accompanying phenomenon of a process, which develops independently from the discussion christianity/secularization.

The discussion of the criminal law Commission has shown that the different modes of interpretation have a special need for precise definitions where retaliation is involved. Where retaliation is concerned, the process where doctrines about the purposes of punishment are secularized has to be decided in terms of retaliation as positive legitimation of a certain punishment — and retaliation as restriction of punishment, which is based on other forces.

The Commission agreed that the problem of secularization of christian foundations of criminal law can better be traced by regarding the negative function of the notion of retaliation, and that therefore the problem of positive legitimation of punishement provided by the

notion of retaliation concerns only a negligible side-problem of the discussion.

c) The debate showed once more clearly that the decision for one of the patterns of interpretation is an extremely difficult one and that this decision obviously depends on the question, by whom and in what manner the notion of « christian » foundation of punishing-purposes, and especially the notion of retaliation is defined.

On this topic the discussion has gone a little bit further than at the precedent point. It has been endeavoured, on the basis of the explanations of Lüderssen, to point out in which verifiable way the « christian » content of a notion of retaliation could be defined. The thesis was brought out: retaliation — positively legitimating or restricting — cannot however be accorded with biblical texts or christian dogma. The consideration of the Commission has shown that it is worthwhile to examine this thesis with great scientific effort.

3. *Criminology*

a) In criminal law theories orientated towards christianity appears *a kind of « christian criminology »*, that is to say a doctrine explaining how man becomes criminal. A central point of this doctrine is the view that man through his Fall has left the land of harmonic accord with fellow-man. The consequences of this view of the Fall are broadly diverging. There exists the idea that man with his Fall is completely lost to his doom — and also that man with the Fall has tread on to the road of perdition, but that this way can be changed though and guided to betterment. The principle-decisions for any theory of state, and especially for criminal law that are implied by either of the two views are considerable. Is man depraved, state and law have to furnish compulsory institutions to avoid the worst. But if man is not completely lost, state and law can be conceived of as aiding and guiding institutions.

This conception of man and its consequences for criminal law themes vanish completely.

b) Even here the *interpretation* of this development causes problems.

In the Commission appeared the opinion that with the emergence and the rise of the empiric human sciences a completely new image of man has been created, that has taken the place of older, christian conceptions entirely. Consequently every allusion to the older conception is cancelled in the science of the criminal human being: criminology. It has been maintained though (in continuation of lines of approach as already shown previously) and has been discussed that the newer systems of criminology that emerged in the 18th and 19th century surely have connections to « christian criminology »: these newer theories could be regarded as the « empirical versions » of older christian

dogmas. This opinion was said to be supported by the fact that newer and empirically modeled criminologies were guided by the question (or could at least consider the question) whether man had to be looked at as basically good or bad, as peaceful or not.

4. *Problems of the legal theory of values* (as a part of the doctrines of the material criminal law)

a) It was agreed in the Commission that in a certain, definable period the *values* that had been protected by criminal law and their hierarchy were *marked by christianity.* This could be exemplified by legal values like: God, life, family, public morals.

It is a very evident and noticeable process in which christianity looses this influence on the choice of the values relevant to criminal law; a process which can be comprised as secularization.

b) The endeavours for an *interpretation* of this process affirm the considerations, carried out by the Commission so far.

The alteration of the doctrine of values in criminal law can be considered as the continuation of the christian doctrine of values with new means, for example with the means of natural law. In a derivation of this view comes the image of « hibernation » of certain values of christian origin which find themselves henceforth used in different connotations (Lüderssen).

For the interpretation of the change in foundation and hierarchy of legal values the pattern of « secularization of legal values » is especially helpful. This pattern must be dealt with carefully, though. One must pay attention to the fact that the process of « secularization » does not merely consist of the change of certain legitimating principles for the protection of legal values. The secularization of legal values includes equally the cancelling of certain values, the legal protection of which has lost its sense (for example in the field of religious offences). Other values are newly founded in their contents and thereby are subject to at least marginal alterations. Finally it should be noted that the process of punishment as a whole is « de-dramatized » (Romano). Exactly at this point originates another line of thought, that is concerned with the fact, that this process of secularization might end up unable to give argumentative foundation to the protection of values by criminal law and that consequently the protection of legal values becomes a mere question of power.

c) The repeated discussion of these models of interpretation caused the Commission to undertake the attempt to pursue the interpretation to the point of a *prognosis* and hereby to the commencement of *proposals for action.* It becomes most apparent now that the different models lead to different prognoses and therefore to different possibilities of action.

The following main alternatives have been described:

aa) In the field of the doctrine of legal values the process of secularization will carry on without any foreseeable dramatic change.

bb) A series of circumstances indicates though, that the process of secularization in the field of the doctrine of legal values might come to a standstill. This leads to the assumption that at that point there might commence a process of « de-secularization » (Hassemer), which does not mean a return to christian foundation of legal values, but the finding of a « new moral ».

cc) Furthermore, it has been considered that the christian doctrine of legal values in criminal law might experience a re-formulation, especially as far as the hierarchy of values is concerned. This assumption is related to the consideration that christian traditions being latent in the doctrine of legal values of secularized criminal law might be actualized. In this regard a reference was made to the new coming legal values appearing in the field of protection of environment and protection of computer datas.

dd) Current developments can well be interpreted to indicate, that secularization will by no means rescind and that the progressive secularization cannot be reversed. Then the role of power in designation and array of protectable values will become visible soon.

5. *The problem of individual liability* (as a further central problem of material criminal law).

a) The Commission had no doubt, that only *christian ideas* are able to lead to a further *individualisation* of the conception of man and that only these ideas make a doctrine of individual liability (theory of guilt) possible that is adjusted to the individual. The doctrine that man has to atone for his evil deeds and that he was responsible for these deeds — a doctrine which can in certain periods be assigned to christianity — leads to aggravation of sentences and to refinements of the suppositions for individual liability.

The Commission has formulated the view that the basis and the shaping of the doctrine of individual liability in criminal law, as far as it can be traced to christianity, have been secularized. The refinement of individual liability in christian argumentation and action is transposed into a secularized criminal law. The previously developed theories render a worldly theory of individual liability possible. The refinement of this theory continues.

b) Again the Commission has tried to verify the different *models of interpretation* using this example.

At one hand the secularization of the theory of guilt was regarded at as the succession of christian theories of guilt » with other means ». On the other hand it has been formulated and emphasized that the se-

cularized theory of individual liability (how much ever it may owe to the structure of the christian dogma of guilt) is based on the serious recognition of a completely worldly comprehended individual.

Furthermore it was described precisely how the present situation of penal-law theories of guilt and their foreseeable development could be explained on the basis of a reformulated christianity. A newly comprehended christianity would be able to provide the basis for a theory of individual liability observing the dignity of man. In this connection, it has been discussed in the Commission, that it should be clearly distinguished whether such reformulated christian foundations of the theory of guilt are based on the tradition or on a new foundation according to the social necessities.

The possibility could not be eliminated that also for the problem of secularization of individual liability, a thorough examination of this process of secularization could mean the end of the theory of individual liability in Penal law.

6. *Criminal procedure law.*

a) Out of the numerous problems imposed by the theme of the congress to the law of criminal procedure, the Commission has examined more thoroughly the *question of the finding of truth* by criminal proceedings. The members of the Commission agreed that a procedure law that is based on christianity has to consider the recognition of truth as possible and consequently tends to mould the proceedings in a way that the recognized truth appears to be absolutely assured. This explains the degree of pain and humiliation that this procedure is willing to allow. Certain forms of the procedures of « inquisition » can only be comprehended in this connection.

b) The Commission has been of the opinion that in regard to this point the « secularization » has a more eminent importance than within the other penal law problems treated so far.

Secularization provides for the questions of the finding of truth *a new beginning*. This new beginning consists in the understanding (and in the realization of this understanding) that truth in criminal proceedings can be achieved only with great effort and by using all sources of information. This leads consequently to a new type of procedure, which cannot be comprehended as a mere secularized ancient type of procedure.

The novelty can easily be perceived regarding the position of the plaintiff as a subject and considering the importance that is laid on the defence of the plaintiff.

c) The Commission agreed unanimously, that the problems of criminal procedure law make most evident, how much the interpretation of certain lines of development in criminal law depends on the different notions of christianity. Here before all it has to be distinguished between

« christian » in the sense of « organized christian church » and « christian » as « correctly comprehended christianity ».

7. *The execution of sentences.*

a) The endeavours to include and carry through *christian conceptions in the infliction of punishment,* especially in the execution of imprisonment, can easily be shown out by the sources at hand.

The Commission's considerations have placed special emphasis on the relation between retaliation of guilt and solitary confinement, which is supposed to lead to rectification and purging. Before all the relevance of this point gave once more occasion to emphasize, that in the theory of the aims of punishment, as far as built on christian derivations and correlations, successful retaliation and successful resocialization are strongly related.

Furthermore it has been observed by the Commission, that at present the *secularized execution* with purely preventive function is reality.

b) Regarding the *interpretation* of this process, the whole Commission agreed, that in the development from the christian motivated retaliating execution of punishment to the actual preventive execution no enduring and remodeling of christian conceptions or analogies to such conceptions can be found.

c) This finding has induced the Commission to the question, whether here couldn't be seen one of the points where in the near future new christian influences, which up to the moment have not been considered as possible, should enter. According to the Commission this question has to be treated with discipline and reticence.

In this connection the problem gains again importance — this time even intensified — how the notion of « christian» has to be defined. In connection with the execution of punishment it is notable that a return to traditional christian influences can be excluded completely. There have to be actualisations, the outlines of which are hardly discernable. The Commission considered it possible that preventive execution could help to elucidate guilt and that this elucidation of guilt comprises christian conceptions (newly thought out christian conceptions).

Historical research and considerations of execution policy can draw stimulants out of the question how the position of the priest in the execution of punishment has been and can be organized, whether the priest is part of executing justice or — the clear alternative — the opponent of the executing justice (Cattaneo).

d) The opinions about the contents, which can be regarded as christian and which can be induced in to the execution of punishment under reference to christianity, were often quite diverging in the Commission. A thorough examination however has led to the result that none of these contents allows to conclude for the admissibility of the execution of *death penalty.*

IV

The Commission has formulated the *main result* of its work with the *following problem*:

For the entire science of penal law the development of a notional frame is needed, which makes the examination of the question possible, whether the course of *secularization* has reached a point, going on from which unhesitatingly and uncontrolled *might lead to a dramatic crisis of penal law policy*. The Commission has discovered many arguments that this point has indeed been reached.

If this has to be confirmed, *new notions are needed*, additional notions to the already known ones, to be able to analyse the current situation, to estimate it and to be able to describe the expected development and to influence it. In these additional notions « *christianity* » *should play an eminent role*. This can only be achieved after the following questions have been examined:

1) Which definition of « christianity » is accepted? The main alternatives are: the historic christianity, the christianity as institutionalized in the church, the reformulated christianity.

2) According to which procedure is this determined?

3) Which contents do result precisely and concretely from that? (*)

WOLFGANG NAUCKE

(*) The translations of the German reports are a revised edition of a draft kindly submitted by Herr Refer. Ulrich Seibert (Hamburg) and Herr Kurt Clausius.

Riassunti - Zusammenfassungen

(Original/English)

UN PROLOGO (FILOSOFICO-TEOLOGICO)
PHILOSOPHISCH-THEOLOGISCHER PROLOG

L. Lombardi Vallauri, *L'orizzonte problematico « Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno »*.

L'articolo si propone di tracciare una panoramica dei problemi sollevati dal tema « Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno », problemi solo in parte trattati nei presenti volumi.

1. *Motivazioni della ricerca.*

Le motivazioni scientifiche sono evidenti. Tra quelle « politiche » viene indicata soprattutto la verifica dell'ipotesi che esista una solidarietà, storica e in parte anche essenziale, tra cristianesimo e civiltà giuridica occidentale moderna; ipotesi suggerita, tra l'altro, dal fatto che a partire dal 1965 circa l'uno e l'altra insieme hanno subìto un attacco eversivo in grande stile da parte delle *stesse* forze, quelle dell'individualismo libertario (« liberazione » morale) e quelle del collettivismo rivoluzionario (« liberazione » politica), forze al tempo stesso antigiuridiche e anticristiane.

2. *Quale cristianesimo.*

L'insieme dei problemi sollevati dal tema della ricerca viene diviso in otto sottoinsiemi più semplici (sebbene ancora assai complessi). Il primo è dato dal problema (teologico puro, o di filosofia della religione): quale cristianesimo considerare, sia sul piano storico-fattuale, sia sul piano teologico-normativo. Sul piano storico, possono dirsi cristiani tutti coloro che hanno percepito Gesù Cristo come il Decisivo, o/e si sono autodenominati cristiani. Sul piano teologico, due caratteri principali sembrano contrassegnare il cristianesimo autentico: dev'essere « realistico » (ossia non vanificare la portata ontologica dei misteri maggiori), dev'essere « pleromatico » (ossia concepire se stesso non come una particolare confessione, ma come la pienezza della verità). Quest'ultimo carattere implica un atteggiamento tendenzialmente recettivo, piuttosto che esclusivo o difensivo, nei confronti delle realtà « esterne », quali per esempio il pensiero filosofico e scientifico e l'esperienza giuridica e politica moderni.

3. *Cristianesimo e diritto.*

Il secondo sottoinsieme problematico è quello teologico-giuridico: inteso come pienezza della verità e della comunicazione umana, il cristianesimo sembra mettere radicalmente in questione il diritto: non è chiaro se esso debba essere conservato e perfezionato, oppure abolito e sostituito con la sapienza e la carità. Alla domanda viene data una risposta differenziata, sulla base delle teologie del diritto del '900 e di un confronto strutturale tra diritto e carità. La conclusione principale è nel senso di salvare sia l'esigenza di una progressiva « cristianizzazione » del diritto (in senso non integralistico, rispettando l'autonomia relativa del giuridico, la sua « laicità »), sia l'esigenza di una progressiva « de-giuridicizzazione » dei rapporti umani.

4. *Cristianesimo e pensiero moderno.*

Per chiarire (terzo sottoinsieme problematico) i rapporti tra cristianesimo e pensiero moderno, occorre ora definire il secondo termine del confronto. Positivamente, la conquista essenziale del moderno è la scienza-tecnica postgalileiana, organizzata industrialmente e finalizzata alla sicurezza materiale delle persone nei rapporti con la natura e tra loro. Negativamente, l'essenza del moderno può riassumersi in due princìpi chiave: lo scientismo tecnologico (*mensuro, ergo possum* come unico programma o modello di conoscenza valida e di rapporto con l'essere) e il soggettivismo assoluto (*volo, ergo sum* come rifiuto di ogni essenziale o divino, normativo per il soggetto individuale o collettivo). Entrambi i princìpi sono cristianamente inaccettabili, e nelle diverse combinazioni tra loro sono responsabili di buona parte dei mostri storici generati dalla modernità, oltre che del riduzionismo complessivo dell'antropologia moderna. Figlio, per molti aspetti, del cristianesimo, il moderno è sospeso tra umanesimo e nichilismo senza avere in sé (nella scienza-tecnica) il criterio di scelta. Il cristianesimo è chiamato a recepire criticamente gli aspetti umanistici del moderno, fornendo la fondazione, le correzioni, le integrazioni richieste da un umanesimo « pleromatico ».

5. *Cristianesimo e secolarizzazione.*

Il quarto sottoinsieme problematico non è che una particolare prospettazione del terzo, la secolarizzazione non essendo altro che l'affermarsi del moderno visto dal lato degli effetti esercitati sulla precedente civiltà d'impregnazione religiosa. Vengono distinti un concetto generico e quattro concetti specifici di secolarizzazione. Il più interessante per noi è quello della secolarizzazione non come decristianizzazione integrale, ma come semplice de-teologalizzazione: contenuti storicamente cristiani subiscono una traduzione, a volte anche molto libera, in un linguaggio secolare, perdendo il fondamento e l'inglobante

teologale. Ne risultano dei contenuti laici, umanistici-atei, che « non possono non dirsi cristiani » quando anche la traduzione sia avvenuta, storicamente, sotto segno anticristiano o anticlericale. Se l'originale che subisce la traduzione è un'eresia cristiana, abbiamo, teologicamente parlando, una secolarizzazione « cattiva » (una « pseudomorfosi » cristiana); se l'originale è cristianamente autentico, abbiamo una secolarizzazione « buona » (una « metamorfosi » cristiana).

Viene fornita una valutazione teologica dei principali episodi della modernizzazione senza prendere partito sulla questione — storica — se essi costituiscano delle secolarizzazioni cristiane o delle « novità radicali » nel senso di Blumenberg.

6. *Cristianesimo storico e diritto moderno.*

Il quinto sottoinsieme problematico (il più trattato nella nostra ricerca) è storico-giuridico in senso avalutativo. Si tratta di accertare le influenze esercitate di fatto dai cristianesimi reali (ortodossi o eretici, autentici o inautentici non importa) sulla formazione del diritto moderno. Queste influenze possono essere di tipo puntuale o di tipo strutturale: documentabili le prime attraverso l'opera di concreti soggetti cristiani storici, argomentabili le seconde in base a omogeneità oggettive tra contenuti moderni e antecedenti cristiani. Il termine « secolarizzazione » viene riservato alle seconde, nel quadro di una più ampia tipologia delle possibili figure di rapporti tra cristianesimo e diritto, figure tra le quali meritano particolare attenzione le « recezioni successive » e le « risacralizzazioni ».

Vengono segnalate tre ipotesi o quasi-conclusioni storiografiche, in ordine d'importanza crescente: 1) la modernizzazione avverrebbe con segno diverso in contesto anglosassone e in contesto continentale: gli aspetti cristianamente inaccettabili della modernizzazione si manifesterebbero prevalentemente nel secondo contesto, in corrispondenza con altrettante specifiche forme dell'ateismo dogmatico; 2) spesso la modernizzazione riprenderebbe princìpi cristiani medievali al di sopra dei vari *anciens régimes* principeschi, sia pure « cristianissimi »; 3) esisterebbe effettivamente, almeno sul piano storico, un grado piuttosto alto di solidarietà oggettiva tra civiltà giuridica moderna e cristianesimo, malgrado l'anticristianesimo soggettivo di non pochi protagonisti della formazione del diritto moderno almeno nel contesto europeo continentale.

7. *Secolarizzazione (per innovazioni radicali e decristianizzazioni) e diritto moderno.*

Sotto questo titolo (sesto sottoinsieme problematico) si tratterebbe di accertare, sempre sul piano storico avalutativo, in che misura nel diritto moderno ci siano novità radicali, non propiziate da influenze

cristiane puntuali e prive di precedenti cristiani strutturali. La tesi della maggior parte del laicismo filo-moderno è che tali novità siano molte (e prevalentemente « buone », umanistiche). Sembra invece risultare che esse sono frequenti nell'ambito dei nichilismi, rare in quello degli umanesimi moderni; e che le forme moderne del tutto prive di precedenti cristiani sono state complessivamente emarginate dalla civiltà giuridica occidentale.

8. *Cristianesimo autentico e diritto moderno.*

Il settimo sottoinsieme problematico nel quale si analizza il nostro tema di ricerca è di ordine valutativo. Spetta in particolare ai teologi valutare, alla luce del cristianesimo autentico come umanesimo « pleromatico », pregi e difetti del diritto moderno, la cui solidarietà storica parziale, ma significativa, coi cristianesimi reali si suppone accertata. La conclusione principale è che sia da operare un severo discernimento, in base al quale risultano cristianamente inaccettabili tutte le forme giuridiche riconducibili allo scientismo tecnologico e al soggettivismo assoluto, al nichilismo e al totalitarismo, accettabili i princìpi di un « diritto naturale liberalsocialista », di un « umanesimo giuridico moderno laico-cristiano » riassumibile nelle forme del liberalsocialismo personalista, dello Stato sociale di diritto e di una comunità internazionale governata dal rifiuto della guerra e dal riconoscimento dei diritti dell'uomo. Questa legittimazione teologica di una parte del diritto moderno viene fatta con le riserve e le relativizzazioni del caso, tuttavia consente anzi suggerisce l'elaborazione di una « dottrina giuridica cristiana » a base induttiva, finora trascurata a favore della « dottrina sociale » o di un « diritto naturale cristiano » prevalentemente deduttivo. Nucleo principale di una simile dottrina (che viene rapidamente schizzata per accenni) sarebbe una selezione cristiana del diritto giurisprudenziale. Viene anche attirata l'attenzione sulle convergenze tra cristianesimo e diritto moderno quanto alla filigrana antropologica, per esempio quanto alla concezione dell'intelligenza e della volontà da entrambi presupposta: entrambi testimoniano per un personalismo spiritualistico, per la presenza nell'uomo di un nucleo inviolabile e irriducibile di razionalità e di libertà.

9. *Cristianesimo autentico, pensiero giuridico moderno e diritto futuro.*

L'ottavo e ultimo sottoinsieme problematico concerne la *docta spes*, le possibili linee (cristiane, laiche, laico-cristiane) di superamento dello stesso umanesimo giuridico moderno di cui al paragrafo precedente. Queste linee (prefiguranti un diritto-per-la-sapienza, un diritto-per-l'amicizia, un diritto-per-la-fantasia) vengono sommariamente tratteggiate, sempre tenendo presente la sobrietà imposta dai limiti ontologici del giuridico. I rapporti tra cristiani e laici sembrano, in prospet-

tiva cristiana, conclusivamente definibili, riprendendo la *Lettera ai Romani*, da una dialettica teologica che umilia gli uni e gli altri per far risaltare la duplice misericordia del piano di Dio.

The problematic horizon « Christianity, secularization and Modern Law ».

The article aims at tracing a general outline of the problems raised by the theme « Christianity, Secularization and Modern Law ». These problems are only partially dealt with in these volumes.

1. *Motivations of the Research.*

The scientific motivations of this research are obvious. Among the « political » ones is above all the verification of the hypothesis that an historical and, in part, essential solidarity exists between Christianity and modern Western legal civilization. This hypothesis has been suggested, among other things, by the fact that beginning from round about 1965 both the one and the other have undergone a destructive attack, on a grand scale, by the *same* forces, that of anarchic individualism (moral « liberation ») and that of revolutionary collectivism (political « liberation »); forces both anti-legal and anti-Christian at the same time.

2. *What kind of Christianity?*

The complex of problems raised by the theme of this research is divided into eight simpler sub-headings (even if they are still very complex). The first concerns the following problem (pertaining to general theology, or to philosophy of religion): what kind of Christianity are we talking about, whether on an historical-factual level or on a theological-normative level. On an historical level all those that have accepted Jesus Christ as « the Decisive » can be called Christians and/or those that have defined themselves Christians. On a theological level, two main characteristics seem to identify authentic Christianity: it must be « realistic » (i.e.: it must not vanify the ontological significance of the most important mysteries), it must be « pleromatic » (that is see itself not as a particular confession but as the whole truth). This latter characteristic implies a fundamentally receptive rather than an exclusive or defensive attitude when faced with « external » realities, such as, for example, modern philosophical and scientific thinking, modern legal experience and politics.

3. *Christianity and the Law.*

The second problematic sub-heading is a theological-legal one: if Christianity is thought to be the fullness (*pléroma*) of truth and of human

communication, then it seems to radically put the law into question: it is not clear if it must be preserved and perfected or abolished and substituted with wisdom and charity. An articulated reply is given to this question according to the different theologies of law of this century and on the ground of a structural confrontation between law and charity.

The main conclusion is found in the double need of a progressive « christianization » of the law (in a non-integralistic sense, respecting the relative autonomy of the law, its « laity ») and of a progressive « delegalization » of human relations.

4. *Christianity and Modern Thought.*

In order to clarify the relationships between Christianity and modern thought (third problematic sub-heading), the second term of comparison, « modernity », now needs defining. In a positive sense, the fundamental achievement of modernity is post-galileian, technics-oriented organized industrially and aimed at man's material security both in his relations with nature and with other men. In a negative sense, the essence of modern philosophy can be summarized in two main points: the technological scientism (*mensuro, ergo possum* as the only programme or model of valid knowledge and of man's relationship with being) and absolute subjectivism (*volo, ergo sum* as a denial of every order, whether natural-essential or divine, as a norm for the individual or the collective). Both these principles are unacceptable from a Christian point of view, and the various combinations between them have been largely responsible for the historic monsters generated by modernity, as well as for the global reductionism of modern anthropology. Modernity itself a product, in many aspects, of Christianity, is suspended between humanism and nihilism without having any internal (scientific-technological) criterion of choice. Christianity is called upon to « receive » the humanistic aspects of modernity critically, providing the foundations, corrections and integrations required by a « pleromatic » humanism.

5. *Christianity and Secularization.*

The fourth problematic sub-heading is merely a particular way of looking at the third. Secularization is no other than the process of self-asserting of modernity seen from the point of view of the effects exercised on the preceeding religiously impregnated civilization. A generic and four specific concepts of secularization are distinguishable. The most interesting for us is that of secularization seen not as a total « de-christianization », but rather as a simple « de-theologicalization »: historically Christian contents undergo, sometimes even very loosely, a « translation » into a secular language, losing their foundation and integration in the theological totality. The results are lay, humanistic-atheistic contents that « cannot not call themselves Christian » even when

the « translation » has occured, historically, under an anti-Christian or anti-clerical sign. If the original concept which undergoes this « translation » is a Christian heresy, we have, theologically speaking, a « bad » secularization (a Christian « pseudomorphosis »); if the original concept is authentically Christian, we have a « good » secularization (a Christian « metamorphosis »).

A theological valuation is given of the main episodes of modernization without taking up a position on the question — historically — whether they are to be considered Christian secularizations or « radical innovations » according to Blumenberg's definition.

6. *Historic Christianity and Modern Law.*

The fifth problematic sub-heading (the most dealt with in our research) is legal-historical in an only descriptive, un-evaluative sense. It is a question of ascertaining the influences exercised by factual Christian faiths (whether orthodox or heretical, authentic or unauthentic is unimportant) on the formation of modern law. These influences can be of an episodic or of a structural type:

the former are capable of documentation as having been exerted by concrete historic Christian subjects; the latter are arguable on the basis of objective homogenities between modern contents and Christian antecedents. The term « secularization » is only appropriate to the latter, within the framework of a wider typology of the possible « figures of relationships » between Christianity and the law, of which « successive receptions » and « resacralizations » deserve special attention.

Three historiographic hypotheses or quasi-conclusions, in order of increasing importance, are worth pointing out:

1) modernization would come about under different signs in the Anglo-Saxon context and in the continental context: the aspects of modernization being unacceptable from a Christian point of view would manifest themselves prevalently in the latter context, corresponding with as many specific types of dogmatic atheism;

2) often modernization would take up medieval Christian principles again over and above the various princely *anciens régimes*, even if these defined themselves as « *christianissimi* »;

3) a rather high level of objective solidarity would effectively exist, at least on an historical level, between modern legal civilization and Christianity, despite the subjective anti-Christianity of many of the protagonists of the formation of modern law, at least in the European continental context.

7. *Secularization (through radical innovations and « dechristianizations ») and Modern Law.*

Under this heading (the sixth problematic sub-heading) we would deal with ascertaining, always on a descriptive historical level, to

what extent there are radical innovations in modern law, not due to precise Christian influences and lacking structural Christian precedents. The thesis of the majority of those belonging to philo-modern laicism is that such innovations have been many, and predominantly « good » and humanistic. Instead, the result seems to be that they are frequent in the ambit of modern nihilisms, rare in that of modern humanisms; and that the modern aspects totally lacking in Christian precedents have been, on the whole, marginalized by western legal civilization.

8. *Authentic Christianity and Modern Law.*

The seventh problematic sub-heading of our research is a matter of valuation. It is up to theologians, in particular, to evaluate, in the light of authentic Christianity as « pleromatic » humanism, the merits and defects of modern law, whose partial but significative historical solidarity with factual Christianities is supposed to have been ascertained. The main conclusion is that a strict discernment is to be made, on the ground of which all legal aspects going back to technological scientism, to absolute subjectivism, to nihilism and to totalitarianism are unacceptable to Christian way of thinking; acceptable are, instead, the principles of a « liberal-socialist natural law », of a « modern lay-Christian legal humanism » capable of being summed up in the aspects of personalist liberal-socialism, of a synthesis between *Rechtsstaat* and *welfare state* and of an international community governed by the rejection of war and by the recognition of human rights. This theological legitimation of part of modern law with the necessary reservations and precautions nevertheless enables, or rather suggests the elaboration of a « Christian legal doctrine », on an inductive basis, up until now neglected in favour of the « social doctrine » or of a « Christian natural law », predominantly deductive. The main nucleus of such a doctrine (briefly hinted at here) would be a selection in Christian terms, of the based on legal doctrine (jurists' law) and on legal decisions (judge-made law). Attention is even drawn to the convergences between Christianity and modern law concerning the anthropological filigree, as for example the concept of intelligence and of will presupposed by both: both testifying for a spiritualistic personalism, for the presence in man of an inviolable and irreducible nucleus of rationality and of freedom.

9. *Authentic Christianity, Modern Legal Thought and the Law of the Future.*

The eighth and last problematic sub-heading deals with the *docta spes*, i.e. the corrective and creative developments (Christian, lay, lay-Christian) possible even in the modern legal humanism discussed and accepted in the preceeding paragraph. These developments (prefiguring a law-for-wisdom, a law-for-friendship, a law-for-fancy) are briefly

outlined, always keeping in mind the sobriety imposed by the ontological limits of the law. The relationships between Christianity and laity seem, from a Christian viewpoint, to be conclusively definable, taking up the *Letter to the Romans*, from a theological dialectic which humbles both the one and the other in order to emphasize the twofold mercy of the plan of God.

CONCETTI GENERALI
IDEENGESCHICHTLICHER UND BEGRIFFLICHER RAHMEN

J. ELLUL, *Recherches sur le droit et l'Evangile.*

1. Dans la mesure où l'Evangile est la proclamation de la grâce, de la gratuité, et nous demande d'établir la gratuité dans les rapports humains, il ne peur fonder des droits. Il est impossible de revendiquer des droits, ni devant Dieu ni devant les hommes, et tant que chrétien. La formule « avoir des droits » qui devient tellement importante dans notre société est impossible à fonder bibliquement. Et si l'on prétend avoir des droits, on établit alors un autre style de relations avec les hommes, on exclut par là même la grâce. Il est donc fondamental de reconnaître (avec, par exemple, le Sermon sur la Montagne) qu'il existe un ordre de relations issu de la grâce de Dieu en Christ qui ne peut être confondu avec celui qui est l'ordre du monde et qui ne peut être proposé à ceux qui ne reconnaissent pas la divinité de Jésus.

2. Mais par contre nous avons à reconnaître le droit des autres. Dans la relation hiérarchique, le supérieur doit reconnaître le droit de l'inférieur, ne doit jamais imposer son propre droit par contrainte. Mais l'inférieur est appelé justement alors à reconnaître les droits justes de son supérieur. Bien plus, nous avons aussi en tant que chrétiens à affirmer le droit de ceux qui paraissent démunis, offensés, humiliés, les pauvres de toutes les façons: pour eux, nous avons à proclamer leur droit à vivre, à la liberté, à la justice. Mais dans cette « attribution » de droits, nous avons à les protéger contre les puissants sans jamais transformer notre action en un système ni faire fonctionner l'ordre politique à notre profit.

Law and the Scripture.

1. In so much as the Scripture is the proclamation of grace, of gratuitousness, and asks us to establish gratuity in human relations, it cannot create rights. It is impossible to claim rights, either before God or before man, as Christians. The formula « to have rights » which be-

comes so important in our society, cannot have a biblical foundation. And if we claim to have rights, then we establish another type of relationship with men; this in itself excludes grace. Therefore it is essential to recognize that (with, for example, the Sermon on the Mount) there exists an order of relations originating in the grace of God in Christ that cannot be confused with that which is the order of the world and that cannot be proposed to those who do not acknowledge the divinity of Jesus.

2. Vice versa, we must recognize the rights of others. In the hierarchical relationship, the higher must recognize the rights of the lower, without ever imposing its own right by force. But the lower is thus rightly called on to recognize the just rights of its superior. Moreover, as Christians we must sustain the rights of those who are weak, offended, humiliated, the poor of every kind: for these, we must proclaim their right to life, to freedom, to justice. But in this « attribution » of rights, we must protect them against the powerful without ever transforming our action into a system or making the political order operate to our advantage.

M. DIESSELHORST, *Zur Zwei-Reiche-Lehre Martin Luthers.*

A.

Um die Zwei-Reiche-Lehre Luthers zu verstehen, scheint es nützlich, sich sein theologisches Grundanliegen vor Augen zu halten: es ist die in seelischen Kämpfen gewonnene Einsicht in das menschliche Unvermögen, sich der göttlichen Gnade zu versichern. Dem Menschen bleibt nur die gläubige Annahme der göttlichen Heilstat, die mit Leben, Sterben und Auferstehung Jesu Christi umrissen ist. Selbst dieser Glaube bzw. der ihm korrespondierende Unglaube ist von Gott von Ewigkeit her bestimmt: es scheiden sich die Kinder des Lichtes und der Finsternis.

B.

Die Interpretation der wesentlichen Texte Luthers zur Zwei-Reiche-Lehre ergibt folgendes:

I. Zur Schrift von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig ist: Hier beschäftigt sich Luther mit der Antinomie, die mit dem radikalen Liebensgebot der Bergpredigt einerseits, der schriftgemäßen Befestigung des Amtes der Obrigkeit « die das Schwert nicht zu Unrecht führe » gegeben scheint. Luthers Auskunft: die wahren

Christen bedürften des weltlichen Regimentes nicht, wohl aber die Menschen im Status des Unglaubens, die auch in ihrem Verhältnis zueinander verkehrt und verderbt seien. Es sei eine wohlverstandene Liebespflicht des Christen, demgegenüber der Obrigkeit zu helfen.

Weiter betont Luther, daß sich die weltliche Gewalt in der Rechts- und Friedenswahrung zu erschöpfen habe. Zum Heil der Seelen tauge allein das geistliche Regiment; hier habe die weltliche Gewalt nichts zu schaffen: so dürfe sie insbesondere nicht zu einer bestimmten religiösen Überzeugung zwingen. (Hier wird der Toleranzgedanke religiös begründet). Abschließend sucht Luther die Frage zu beantworten, wie ein Fürst, der Christ sein wolle, zu regieren habe und gibt hier differenzierende Regeln, wobei er vor allem die christlich verstandene Billigkeit betont.

II. Die Flugschrift «Eine treue Vermahnung Martin Luthers zu allen Christen, sich zu hüten vor Aufruhr und Empörung» ist besonders deshalb interessant, weil Luther sich in ihr wehrt, das geistliche Anliegen, den rechten Glauben, mit kriegerischen Mitteln durchzusetzen oder zu verteidigen, - also auch im Konfessionsstreit eine Trennung des geistlichen und des weltlichen Regiments.

III. Die beiden hier skizzierten Schriften Luther bringen auch im Bauernkrieg diese Auffassung Luthers zum Ausdruck.

1. Bei der Schrift «Ermahnung zum Frieden auf die zwölf Artikel der Bauernschaft in Schwaben» handelt es sich um eine Äußerung Luthers, bevor der Funke das Pulverfaß zum explodieren brachte. Luther ist denn auch bemüht, Herren wie Bauern ins Gewissen und zur Verständigung zuzureden. Beide seien im Unrecht, sofern sie auf ihrem Standpunkt beharrten, die Bauern aber besonders, sofern sie das Evangelium für den Streit um weltliches Gut heranzögen; dasselbe Evangelium, das doch den Rechts*verzicht* gebiete.

2. Die Tonart, nicht die Grundeinstellung Luthers, ändert sich nach offenem Ausbruch des Bauernaufstandes. In seiner Schrift «Wider die räuberischen und mörderischen Rotten der Bauern» erklärt Luther die aufständischen Bauern samt und sonders des Teufels, besonders, sofern sie den Schein des Evangeliums in Anspruch nähmen. Selbstverständlich hätten sie auch ihr Leben verwirkt; - eine für einen Prediger des Evangeliums m.E. befremdliche Aussage.

IV. Die Abhandlung Luthers «Ob Kriegsleute auch im seligen Stand seinen können», lenkt in gewisser Weise auf die hier eingangs genannte Schrift zurück. Luther fragt zunächst, ob sich der Kriegsdienst mit dem christlichen Glauben vertrage und bejaht dies mit dem Argument: es sei ein recht verstandenes Werk der Liebe, Unrecht

un Böses zu bestrafen. - Luther zieht vergleichsweise die Amputation eines Gliedes, um den ganzen Körper zu erhalten, heran. -

In der Folge wendet sich Luther der - auch nach seiner Auffassung wichtigen Frage zu, wann das Kriegführen recht sei. Keinesfalls der Krieg der Untertaten gegen ihre Obrigkeit, sei diese auch noch so verderbt: dem Pöbel dürfe man nicht pfeifen. Zwischen Gleichen sei der Krieg dagegen erlaubt, doch nur als Verteidigungskrieg. Für den Höheren gegen den Niederen sei der Krieg jedenfalls statthaft.

V. Luthers Auslegung des 101. Psalms gehört — vielleicht überraschenderweise — in den Umkreis seiner Zwei-Reiche-Lehre. Überraschenderweise: denn David singt diesen Psalm als Dank für die Gnade Gottes, die sich in Davids Art und Weise zu herrschen, niederschlage. Hat also der Psalm m.E. theokratischen Charakter, so teilt Luther ihn in den ersten Teil, der vom geistlichen Regiment handele, und in einen zweiten Teil, der vom weltlichen Regiment berichte. Der erste Teil erwähnt, wie man Gott auf jede Weise ehren und die Gottesverächter von sich weisen solle; der zweite, der vom weltlichen Regiment handelt, führt überraschend das Gelingen von Davids Herrschaft auch auf Gottes Gnade zurück (vor allem in Anbetracht der Schlechtigkeit der Menschen). - Insgesamt zeigt Luthers Auslegung — wenngleich zu diesem alttestamentarischen Text wohl zugespitzt — die Einheit des theologischen Grundansatzes Luthers zur Zwei-Reiche-Lehre.

C.

I. Eine abschließende Zusammenfassunt der Gedanken Luthers kann nicht systematisch vorgehen, sondern hat sich an den Gang der Schriften Luthers anzuschließen.

1. Die Schrift « Von weltlicher Obrigkeit » dürfte ein Dilemma, das sich Luther stellte, Ernst nehmen. Dieses Dilemma scheint mir in seiner pessimistischen Sicht des unerlösten Menschen und andererseits im Ernstnehmen der Begnadung der Auserwählten zu liegen. Beides ist indessen anfechtbar: sowohl Luthers pessimistische Anthropologie, als auch die Auffassung, die (auserwählten) Christen würden dadurch in den Status der Heiligkeit erhoben. Wäre nicht angesichts dessen eine Art Interimsethik notwendig?

2. Die Schriften Luthers zum Konfessionsstreit wie zum Bauernkrieg charakterisieren sich von der Auffassung her, daß der rechte Glaube Gnadengabe sei, und insoweit mit weltlichen Angelegenheiten nichts zu schaffen habe. - Ein durchaus christlicher Beitrag zum Toleranzproblem einerseits, eine erschreckende Radikalität im Ziehen der Konsequenzen den aufständischen Bauern gegenüber.

3. Die Schrift « Ob Kriegsleute auch in seligen Stande sein können » ist in ihrer Grundeinstellung der Schrift « Von weltlicher Obrigkeit » eng verwandt. Zugleich zeigt sich Luther hier als streng konservativer politischer Denker.

4. An der Auslegung des 101. Psalms befremdet zunächst das enge Ineinanderübergehen von geistlichem und weltlichen Regiment. Auf der anderen Seite ist Luther doch um Differenzierungen bemüht: Davids Reich sei ein Spiegel und eine Vorahnung des ewigen himmlischen Reichs gewesen; auf der anderen Seite müßten die Christen, wie schon Petrus und Paulus, auf dieser Welt viel Not und Elend leiden. Luther hat die darin liegende Antinomie nicht ausdrücklich thematisiert: einerseits ist es Sache des Gemeinwesens, das Leiden zu minimieren, andererseits wohnt ihm — nach Luther — Heilsnotwendigkeit inne.

II. In einen gewissen Maße wird man bei Luther — obwohl der Befund nicht eindeutig ist — von einer Säkularisierung des Staates und auch des Rechtes sprechen können. Indessen findet der Umstand, daß dem Recht keine Heilsbedeutung mehr innewohnt, und daß der Staat Notordnung ist, im übergreifenden theologischen Denken Luthers seine Begründung.

Der Lutheraner Pufendorf, der rund 150 Jahre später wirkte, möchte wesentliche Komponenten seines Luthertums in sein Naturrechtsdenken eingebracht haben, obwohl er inhaltlich stark von Grotius, methodisch von der Wissenschaftstheorie seiner Zeit beeinflußt ist. Seine zergliedernde Wesensbestimmung des Menschen spricht zwar nicht von Pessimismus, aber von ausgeprägter Nüchternheit: der Selbsterhaltungstrieb, die Hilflosigkeit des auf sich gestellten Menschen und modern gesprochen, der menschliche Aggressionstrieb, führen zur socialitas, dem menschlichen Grundnaturgesetz. Zwar gebietet Gott, als der Schöpfer des Menschen, es zu befolgen, aber das ewige Heil wird *hierdurch* nicht erlangt.

Martin Luther's Two-Kingdoms Doctrine.

A.

In order to understand Luther's Two-Kingdoms Doctrine it would appear useful to bear in mind his basic theological concern: the insight, won in the struggles of the soul, into human inability to ascertain divine grace. For man there remains only the believing acceptance of the divine saving act which is outlined in the life, death and resurrection of Jesus Christ. Even this faith, or the unfaith which corresponds

to it, is determined by God from eternity: here are distinguished the children of light and of darkness.

B.

The interpretation of the essential texts of Luther on the Two-Kingdoms Doctrine yields the following:

I. On the writing concerning worldly authority, to what extent one owes obedience to it: Luther occupies himself here with the antinomy which seems given with the radical commandment of love in the Sermon on the Mount on the one hand, and with the scriptural fortification of the office of civil authority « which wields the sword not unjustly » on the other hand. Luther's conclusion: true Christians have no need of worldly government, rather those in the status of unbelief who are perverted and corrupt also in their relationship to one another. Well understood, it is a duty of Christian love to help the civil authority in this state of affairs.

Furthermore, Luther emphasizes that worldly power is to be exercised in the preservation of justice and peace. Only the spiritual government is of use for the salvation of souls; here the worldly authority has nothing to perform: thus in particular, she may not coerce toward any definite religious persuasion. (Here the concept of tolerance is established according to religious principle). In closing, Luther seeks to answer the question, how a prince who wants to be a Christian ought to rule; he gives differentiating guidelines, whereby he stresses above all the idea of equitableness as understood in a Christian fashion.

II. The pamphlet « A True Admonition of Martin Luther to All Christians, That They Should Keep Themselves From Rebellion an Uproar » is especially interesting because in it Luther refuses to enforce or defend his spiritual concern, the true faith, with warlike means, thus also in the controversy over confession a separation of the spiritual and worldly governments.

III. The two writings discussed here express this conception of Luther also in the Peasants' War.

1. The writing « Admonition to Peace Concerning the Twelve Articles of the Peasantry of Schwaben » is a declaration made by Luther before the spark detonated the powder keg. Luther is concerned at this time to speak to the consciences of both the lords and peasants and urge them toward agreement. They are both in the wrong as long as they persist in their standpoint, but especially the peasants insofar as they claim the authority of the Gospel for a struggle concerning

worldly goods; the same Gospel which commands the *waiver* of one's own rights.

2. Luther's tone and not his fundamental outlook changes after the outbreak of the Peasants' Rebellion. In his writing « Against the Robbing and Murdering Hordes of Peasants » Luther declares the rebellious peasants altogether the devil's possession, especially insofar as they would use the Gospel as pretence. Naturally they would forfeit their life; in my opinion, an astonishing statement for a preacher of the Gospel.

IV. Luther's treatise, « Whether Soldiers Can Also Be in the State of Blessedness » refers back to certain themes of the here initially aforementioned writing. First of all Luther asks whether military service is compatible with the Christian faith and answers affirmatively with the argument that it is a rightly understood work of love to punish injustice and evil. Luther illustrates with the analogy of the amputation of a limb to save the entire body.

Subsequently Luther handles the — also in his opinion — important question, when the waging of war is proper. Never the war of subjects against their government, no matter how corrupted: one can't trust an inflamed mob. Between equals, however, war is allowed, but only a war of defense. War is in any case admissible for those in higher positions against those below them.

V. Luther's exposition of Psalm 101 belong — perhaps surprisingly — within the scope of his Two-Kingdoms Doctrine. Surprisingly: for David sing this psalm as thanksgiving for God's grace which precipitates in David's manner of ruling. Since the psalm has, in my opinion, a theocratic character, Luther therefore divides it into part one, which is concerned with spiritual government, and part two, which is concerned with worldly government. The first part explains how one shall honor God in every way and rebuff those who despise him; the second part, which treats of worldly government, surprisingly attributes the success of David's rule to God's grace (above all in view of the wickedness of humanity). — Altogether, Luther's interpretation shows the unity of his basic theological approach to the Two-Kingdoms Doctrine — if indeed sharpened to this Old Testament text.

C.

I. A closing summary of Luther's thinking cannot proceed systematically but must rather conform to the course of Luther's writings.

1. The treatise « Concerning Wordly Authority » would seem to take seriously a dilemma which Luther poses himself. This dilemma

seems to me to lie in his pessimistic view of the unredeemed man on the one hand and on the other in the taking seriously of the inspiration of the chosen people. Both are, however, contestable: Luther's pessimistic anthropology and also the opinion that the (chosen) Christians would be exalted through a concept of inspiration to the status of holiness. In view of this problem, would not a kind of interim ethic be called for?

2. Luther's writings to the confessional controversy as also to the Peasants' War are characterized by the opinion that right faith is a gift of grace and hence has nothing to do with worldly affairs. A thoroughly Christian contribution to the problem of tolerance on the one hand, on the other hand a frightening radicality in drawing the consequences over against the revolting peasants.

3. The writing « Whether Soldiers Can Also Be in the State of Blessedness » is in its basic attitude closely related to the writing « Concerning Worldly Authority ». Luther simultaneously shows himself here to be a strictly conservative political thinker.

4. The manner in which spiritual and worldly government narrowly flow into one another in the exposition of Psalm 101 is at first surprising. On the one hand, Luther is nevertheless concerned with differentiating: David's kingdom was a mirror and a foretaste of the eternal heavenly kingdom; on the other hand, Christians must suffer much need and misery in this world, as Peter and Paul had done.

Luther did not thematise the antinomy which lies in this formulation: on the one hand, it is the responsibility of the community to minimize suffering; nevertheless suffering is inherently necessary for salvation.

II. To a certain degree one could speak of a secularization of the state and of law in Luther - although the results are not unequivocal. Yet the fact that there is no inherent saving significance in law and that the state is an emergency order has its basis in Luther's allencompassing theological thinking.

The Lutheran Pufendorf, who worked some 150 years later, may well have brought essential components of his Lutheranism into his thinking on natural law, although he is strongly influenced in content by Grotius and methodically by the scientific theory of his time. His dismembering categorization of the nature of man implies, to be sure, not pessimism but rather a marked sobriety: the drive of self-preservation, the helplessness of man on his own and, in modern terms, the human aggressive drive lead to socialitas, the basic human natural law. To be sure, God as creator of man commands this law to be followed, but eternal salvation is not obtained *through this*.

M. VILLEY, *Le positivisme juridique moderne et le Christianisme.*

Le positivisme juridique visé par l'article est celui dont les lignes ont été fixées par Hobbes: il n'y a d'autre droit que la loi posée impérativement par l'Etat souverain. Ce positivisme est historiquement un produit du christianisme, tout en étant théologiquement très peu orthodoxe.

Les sources historiques de la pensée juridique de Hobbes sur des points tels que la loi, la liberté chrétienne, le concept de loi civile, l'autorité, sont bien plutôt théologiques, que philosophiques et profanes. Il suffit de songer à des notions judéo-chrétiennes comme celle d'un Dieu souverain absolu et personnel, auteur de la loi religieuse et morale, ou celle de l'obéissance due aux autorités et temporelles et religieuses.

Tout en ayant des bases historiques chrétiennes, le positivisme juridique moderne est cependant hétérodoxe, comme on peut vérifier en reprenant sur le plan théologique les mêmes points examinés précédamment.

Historiquement, le positivisme juridique à la Hobbes est fils d'une théologie hérétique de type protestant qui dérive d'Occam et qui se situe dans la ligne de l'augustinisme, c'est à dire d'une sorte d'intégrisme caractérisé par un attachement exclusif à l'Ecriture. Mieux que Hobbes, saint Thomas avait accompli cette oeuvre de sécularisation du droit et de la politique, qui était requise par l'Evangile.

Legal Positivism and Christianity.

The legal positivism discussed in this article is that defined by Hobbes: there is no law outside that law which has been mandatorily set down by the sovereign State Historically, this positivism is a product of Christianity, even though it is far from being theologically orthodox.

The historic origins of Hobbes' legal philosophy on matters such as statute law, Christian liberty, the concept of civil rights, power, are theological rather than philosophical or secular. It is sufficient to refer to Jewish-Christian ideas such as that of an absolute and personal sovereign God, the author of religious and moral laws, or that of obedience being due to temporal and religious authority.

Whilst having historically Christian origins, modern legal positivism is nevertheless heterodox, as we can verify by looking at the same matters examined above on a theological level.

Historically, legal positivism à la Hobbes is the product of a protestant-type heretic theology which derives from Occam and can be aligned with Augustinism, in other words with a kind of « integrism »

characterized by exclusive adherence to the Scripture. Better than Hobbes, Saint Thomas had achieved a work of secularization of the law and of politics, as demanded by the Gospel.

G. COTTIER, *Bilan chrétien de la sécularisation.*

1. Précisions sur le vocabulaire de la sécularisation et de la désacralisation, notamment chez les historiens des religions.

2. Le processus de désacralisation interne du christianisme.

a) Le passage du *sacré* au *saint* opéré par le monothéisme judéo-chrétien. La possibilité du projet scientifico-technique s'inscrit dans cet horizon.

b) L'homme à l'image de Dieu et la sainteté participée. Le sacré, le profane et le péché. La révélation chrétienne de la grâce. Le trinôme: nature, péché et grâce. Le profane comme valeur chrétienne. Application au domaine politique: le concept de *chrétienté.*

3. La sécularisation comme processus d'opposition au christianisme. Le pélagianisme et le pessimisme théologique comme préparant le phénomène de sécularisation de *rupture.* Le naturalisme et l'humanisme athée. Les idéologies de la sécularité destructrice du sacré. L'homme de la *praxis* dominatrice du monde.

4. En conclusion: *convivium* social et loi naturelle dans une société pluraliste. La place des chrétiens.

Christian Estimate of Secularization.

1. Statements on the vocabulary of secularization and of de-secularization, especially as regards the historians of religion.

2. The processus of de-secularization within Christianity.

a) The passage from *sacred* to *holy* effected by Jewish-Christian monotheism. The possibility of the scientific - technical project appears on this horizon.

b) Man in the image of God and shared holiness. The sacred, the secular and sin. The Christian revelation of grace. The trinominal: nature, sin and grace. The secular as a Christian value. Application to the political field: the concept of *Christianity.*

3. Secularization as a processus of opposition to Christianity. Pelagianism and theological pessimisms as preparing the secularization

phonomenon of *rupture*. Naturalism and atheistic humanism. The ideologies of destructive secularity of the sacred. Man of the dominating *praxis* of the world.

4. Conclusion: social *convivium* and natural law in a pluralistic society. The place of Christians.

G. Cosi, *Secolarizzazione e risacralizzazioni. Le sopravalutazioni post-illuministiche dell'immanentismo.*

L'A. esamina alcune delle principali figure post-illuministiche della risacralizzazione. Ogni secolarizzazione è anche de-sacralizzazione, e se l'epoca moderna ha visto Cartesio in campo filosofico e Galileo in quello scientifico rescindere il legame « sacro » che univa l'uomo a Dio e alla natura, è però con l'illuminismo che viene portato a fondo il tentativo di de-sacralizzazione, affermandosi il primato della ragione sulla rivelazione. Durante la rivoluzione francese, quella ragione che aveva costituito il principale strumento di de-sacralizzazione dell'illuminismo, viene sacralizzata in Assoluto. A questa prima, faranno seguito nel corso dell' '800 altre due importanti sacralizzazioni in forma di religioni secolari — quella dello Stato e quella della Storia — accompagnate a loro volta da altri numerosi moderni' oggetti di culto ': la politica e il diritto, come strumenti liturgici dello Stato sacralizzato; la dialettica e il positivismo, come ' sette ' del culto della Ragione; la nazione e la razza dei totalitarismi del nostro secolo, il partito e la classe delle ideologie materialiste, come prodotti della sacralizzazione della Storia.

L'A. rileva che la Ragione sacralizzata dell'illuminismo non era più — a causa della cesura cartesiano-galileiana — ' razionalità secondo il valore ' (ragione oggettiva), ma ' razionalità secondo lo scopo ' (ragione strumentale); come tale, attaccando la religione, la Ragione distrusse anche la metafisica, che tentava di proporsi come sistema alternativo di ragione oggettiva, e ridusse il pensiero — insieme all'individuo che lo esprime — a puro ' organo ' degli scopi. La sacralizzazione della Ragione trova quindi compimento nella filosofia dell'identità di Hegel: nella identificazione di razionalità e realtà è la seconda che detta le condizioni alla prima, giustificando così la sacralizzazione dello Stato rispetto al quale la Storia — anch'essa elevata ad assoluto — assume le vesti di ' teologia ' della sacralizzazione politica.

Un ruolo essenziale rispetto alla sacralizzazione dello Stato, riveste l'elevazione a nuovo assoluto del concetto di Nazione operata dall'idealismo romantico. Nato come nuova fonte di legittimazione del potere politico il luogo della vecchia autorità religioso-dinastica degli Stati assoluti, il concetto di Nazione si eclissa temporaneamente nel contesto

dello Stato liberale ottocentesco a base legalitaria, per poi riemergere con tutto il suo carico sacrale nei totalitarismi del nostro secolo.

Ultima delle tre sacralizzazioni esaminata dall'A., è quella della Storia in forma di ' storicismo ', che diviene teologia dello Stato sacralizzato nella filosofia hegeliana dell'identità. Se per Hegel il presente è incriticabile in quanto ' razionale ', il successivo storicismo materialista non farà che spostare nel futuro (come tale anch'esso incriticabile perché inconoscibile) la pretesa razionalizzazione del reale ad opera della palingenesi rivoluzionaria.

L'A. conclude valutando criticamente i recenti tentativi di desacralizzazione integrale della dimensione politica operati soprattutto dal c.d. ' razionalismo critico ', e affermando insieme la necessità della presenza di una qualche forma di ' sacro ' in ogni azione umana che non voglia essere priva di senso e preda dell'irrazionalità.

Secularization and Resacralizations.

The A. examines some of the principal figures of the Post-Enlightenment of resacralization.

Every secularization is also de-sacralization, and if modern times have seen Descartes in the philosophical field and Galileo in the scientic one cut the « sacred » bond that united man to God and to nature, it is hawever with the enlightenment that the attempt at de-sacralization was completed, establishing the supremacy of reason over revelation. During the French revolution, that reason which had formed the main instrument of de-sacralization of the Enlightenment, was sacralized in Absolute. To this first one, will follow during the 19th century two other important sacralizations in the form of secular religions — that of the State and that of History — accompanied in their turn by numerous other modern « objects of worship »: politics and law, as liturgical instruments of the sacralized State; dialectics and positivism, as « sects » of the worship of Reason; the nation and the race of totalitarianisms of our century, the party and the class of materialistic ideologies, as products of the sacralization of History.

The A. notes that the sacralized Reason of the Enlightenment was no longer — owing to the Descartian-Galileian caesura — « rationality according to value » (objective reason), but « rationality according to purpose » (instrumental reason); as such, by attacking religion, Reason also destroyed metaphysics, which attempted to proposed itself as an alternative system to objective reason, and reduced thought — together with the individual who expressed it — to a pure « organ » of purposes. The sacralization of Reason thus finds fulfilment in the philosophy of identity of Hegel: in the identification of rationality and reality it is the latter that dictates the conditions to the former,

thus justifying the sacralization of the State with respect to which History — it too raised to absolute — assumes the guise of « theology » of sacralized politics.

An essential role as regards the sacralization of the State, is the elevation to a new absolute of the concept of Nation achieved by romantic idealism. Born as a new source of legitimation of political power in place of the old religious-dynastic authority of absolute States, the concept of Nation is eclipsed temporarily in the context of the nineteenth century liberal State with legalitarian basis, to then re-emerge with all its sacred baggage in the totalitarianisms of our century.

The last of the three sacralizations considered by the A., is that of History in the form of « historicism », which becomes the theology of the sacralized State in the Hegelian philosophy of identity. If for Hegel the present is uncriticizable since it is « rational », the following materialistic historicism will simply move into the future (as such it too uncriticizable because unknowable) the pretended rationalization of the real thanks to revolutionary palingenesis.

The A. concludes by critically evaluating recent attempts at integral de-sacralization of the political dimension effected by the so-called « critical rationalism », and also affirming the need of the presence of some « sacred » form in every human action that does not wish to be senseless and in prey to irrationality.

A. BIANCHI, *Secolarizzazione e « società di atei » nell'illuminismo francese.*

Può sussistere una società composta di tutti e soli atei? L'illuminismo francese eredita la questione da Pierre Bayle, e ne fa, in alcuni suoi esponenti significativi, termine di riferimento della discussione sui rapporti tra religione, morale e società. La distinzione principale, interna al pensiero illuminista, è quella tra i deterministi (d'Holbach, La Mettrie, Helvetius ecc.) e tutti i non deterministi:

— quanto alla sostenibilità dell'ipotesi, i primi affermano che ogni società umana è, in quanto umana, società ' neutra ' atea in senso depotenziato, nella quale è del tutto indifferente la qualifica atea o religiosa dei soggetti; i secondi tendono ad escludere la possibilità di società di atei perché giudicano (più o meno) rilevante l'influsso della credenza sul comportamento, e dunque socialmente utile, talvolta socialmente necessario, sfruttarne le capacità reprimenti;

— quanto al rapporto tra morale e vita associata, deterministi e non deterministi tendono ad escludere una fondazione religiosa e metafisica dell'etica, e a far coincidere l'apprezzamento etico con l'apprezzamento sociale. Ma i primi evacuano l'importanza e il senso della morale, che risulta di fatto non praticabile e di fatto ininfluente; i secondi, al-

l'opposto, recuperano la credenza religiosa per la garanzia che essa offre alla pratica della morale tra la « populace ».

Sembra dunque che la scissione tra morale e religione e la fondazione utilitaristica della morale rivelino *in teoria* la loro prevalente natura di semplicemente e puramente decristianizzante, che si traduce in pratica in accantonamento del significato della morale per la vita associativa (determinismo) o in ritorno al cristianesimo, o ad aspetti del cristianesimo, perché la morale sia diffusamente rispettata (non-determinismo).

La riflessione sulla società di atei è caratterizzata dalla commistione equivoca della riflessione antropologica e morale sulla natura della convivenza e della riflessione giuridica e parasociologica sulla natura della convivenza *in società.*

Quest'ambiguità produce confusione sul concetto stesso di ' società ' in gioco: e genera fraintendimenti nella polemica tra sostenitori illuministi ed oppositori apologisti della società di atei che spesso ritengono di discutere delle stesse cose perché usano gli stessi termini, mentre sotto gli stessi termini pensano e dicono in realtà di cose diverse.

Complessivamente considerata, la discussione sulla società di atei assolve nel corso del secolo a tre funzioni fondamentali:

— scindere la morale dalla religione e il comportamento virtuoso dalla credenza religiosa. La difesa della morale naturale, e dell'ateismo virtuoso confluisce nell'immagine della società di atei virtuosi;

— affermare la necessità della rinuncia all'impostura religiosa, cioè operare per un radicale risanamento sociale, per l'unico radicale risanamento sociale. Il ' lancio ' della società di atei si lega, come l'effetto si lega alla causa, alla critica al cristianesimo e alla società di cristiani. È dunque un modo, talvolta paradossale, talvolta no, di esprimere e di focalizzare la polemica anticristiana e direi soprattutto la polemica anticattolica. È ovvio che i giudizi specifici sulla sostenibilità della società di atei e della società di cristiani sono tanti quante le ragioni di polemica e le posizioni polemiche verso il cristianesimo: e sono sfumati in proporzione alla complessità e alla varietà di quelle;

— riconoscere il carattere complessivamente ' neutro ' dell'effettività, anche ed in particolare di quella sociale: riconoscere cioè sia la tendenzialmente assoluta indipendenza dell'azione dal principio, dalla ragione normativa, dalla fede religiosa, sia soprattutto la tendenzialmente assoluta dipendenza della società dall'intreccio di comportamenti individuali largamente irrazionali, abitudinari, istintivi, condizionati.

Secularization and « Society of Atheists » in the French Enlightenment.

Can a society exist composed only of atheists? The French Enlightenment inherits this question from Pierre Bayle, and certain of its major representatives take up the issues as a central point of reference

in the debate on the relations between religion, morality and society. The chief distinction within Enlightenment thought is between the determinists (d'Holbach, La Mettrie, Helvetius, etc.) and all the non-determinists:

— with regard to the tenability of the hypothesis, the first group claims that human society, in so far as it is human, is a « neutral » atheist society — in a weakened sense — in which the religious or atheistic standing of its members is altogether indifferent; the second group tends to exclude the possibility of a society of atheists, since it argues that faith is a (more or less) relevant influence on behaviour, and thus that it is socially useful, and indeed socially necessary at times, to exploit its restraining potential;

— with regard to the relations between morality and communal life, both determinists and non-determinists tend to exclude a religious and metaphysical foundation for ethics and to equate ethical value judgements with social value judgements. But the first group would drain morality of its sense and importance, claiming that it proves in fact both impracticable and uninfluential; the second group, on the contrary, upholds religious faith on the grounds of the guarantee that it offers with respect to moral practice among the « populace ».

It would seem, therefore, that the separation of morality from religion and the utilitarian foundation for morality display, *in theory*, a prevailing de-Christianizing quality, translated in practice into the denial of the significance of morality to communal life (determinism) or into a return to Christianity, or aspects of Christianity, in order that morality be widely respected (non-determinism).

The discussion on the society of atheists is characterized by an equivocation between the anthropological and moral reflection on the nature of living together and the legal and parasociological reflection on the nature of living together *in society*. This ambiguity leads to a confusion concerning the very concept of « society » at stake: and it produces misurenderstandings in the polemic between Enlightenment supporters of the faith and opposing apologists for a society of atheists, who often claim to be discussing the same things simply because they use the same terms, while in reality under the same terms they think and say quite different things.

Considered as a whole, the debate on the society of atheists fulfils three basic functions over the course of the century:

— the separation of morality from religion and of virtuous behaviour from religious faith. The defence of natural morality and the defence of virtuous atheism meet in the image of a society of virtuous atheists;

— the affirmation of the need to abandon the religious imposture, i.e. to work towards a single radical cleansing of society. The « launching » of the society of atheists is tied, as an effect to a cause, to the

critique of Christianity and of the society of Christians. It is thus a means, at times paradoxical, at times not, of expressing and focussing the anti-Christian — and above all, I would suggest, the anti-Catholic — polemic. It is obvious that specific judgements as to the tenability of a society of Christians are as numerous as the reasons for the different polemical positions towards Christianity: and the shades of opinion are proportionate to the complexity and variety of these positions;

— the recognition of the overall « neutral » character of reality, and in particular of social reality: i.e., the recognition both of the tendentially absolute independence of action from principle, from normative reason, from religious faith, and above all the tendentially absolute dependence of society on the network of largely irrational, habit-based, instinctive and conditioned individual behaviour.

G. MARINI, *Tra due secolarizzazioni: il « mistero della filosofia hegeliana » e la critica di Marx al § 262 della « Filosofia del diritto ».*

Un'analisi critica del § 262 della *Filosofia del diritto* di Hegel, e del commento di Marx a questo paragrafo, pone in luce gli aspetti metafisici presenti nelle argomentazioni della filosofia politica dei due pensatori. Nel § 262 possiamo vedere la trasposizione secolarizzata del ritmo cristologico di incarnazione-passione e morte-risurrezione, un ritmo che diviene, in termini filosofici, concetto-oggettivazione-idea, e, in termini politici, famiglia-società civile-stato. Il secondo momento di questa successione, cioè la società civile, corrisponde all'esperienza politica dello stato kantiano-liberale, basato sulla legge. Sopra il momento della società civile, la teoria politica hegeliana pone lo stato, il supremo momento della vita etica, nel quale è realizzata la compiuta libertà.

Nella sua *Critica* dell'estate 1843, Marx critica il procedimento teologico del pensiero hegeliano, con particolare riguardo al contenuto del § 262. Ma egli non vede tutto il retroterra teologico e cristologico del modo di ragionare hegeliano. Marx è ora sotto l'influenza della critica religiosa di Feuerbach, e vede la dialettica hegeliana nella luce dei termini opposti soggetto-predicato. Ai suoi occhi, famiglia e società civile sono i soggetti concreti, e lo stato è la somma dei predicati di questi soggetti. Come nella critica religiosa di Feuerbach, Marx afferma che il soggetto deve divenire possessore dei suoi predicati infiniti. E così, nel campo politico, gli uomini che vivono nella famiglia e nella società civile devono divenire possessori dei predicati infiniti che sono stati trasferiti nel cielo dello stato da Hegel e dal suo modo di pensare speculativo. Se in quest'opera Marx afferma la necessità di una demo-

crazia politico-rappresentativa come strumento più adeguato per questa riappropriazione, nelle opere immediatamente seguenti, cominciando dall'articolo sulla questione ebraica, egli affermerà che anche la democrazia politico-rappresentativa è cristiana nella sua essenza e che in tal modo essa è uno strumento di alienazione e di una falsa universalità e liberazione. Lo strumento della completa e reale liberazione dell'uomo sarà visto da Marx, in un articolo della fine dell'anno 1843 (ancora una critica della *Filosofia del diritto* di Hegel), nella nuova classe universale del proletariato.

La filosofia politica hegeliana « risacralizza » lo stato come momento universale e infinito sulla terra, ma afferma che l'ultimo — e più alto — momento dello spirito assoluto (arte, religione, filosofia) è al di sopra della vita etica. Così la filosofia hegeliana, malgrado i suoi elementi di « risacralizzazione », conserva indubbi elementi della tradizione cristiana. Marx e il marxismo al contrario sviluppano una completa « secolarizzazione » in quanto « de-cristianizzazione », poiché trasferiscono l'infinito nei soggetti umani, riducendolo ai loro predicati, e così negano ogni dimensione trascendente nella vita umana.

Between two secularizations: the « Mystery of Hegel's Philosophy » and the marxian critique to § 262 of Hegel's « Philosophy of Right ».

A critical analysis of § 262 of Hegel's *Philosophy of Right*, and of Marx's comment on that paragraph, brings out the metaphysical aspects present in the argumentations of the political philosophy of the two thinkers. In § 262 we can see the secularized transposition of the christological rhythm of incarnation-passion and death-resurrection, a rhythm which turns, in philosophical terms, into concept-objectivation-idea, and, in political terms, into family-civil society-state. The second moment of this succession, i.e. civil society, corresponds to the political experience of the kantian-liberal state, based on the law. Above the moment of civil society, hegelian political theory sets the state, the supreme moment of ethical life, in which complete freedom is realized.

In his *Critique* of summer 1843, Marx criticizes the theological proceeding of hegelian thought, with particular regard to the content of § 262. But he does not see all the theological and christological background of Hegel's way of reasoning. Marx is now under the influence of Feuerbach's religious critique, and he sees the hegelian dialectic in the light of the opposite terms subject-praedicate. To his eyes, family and civil society are the concrete subjects, and the state is the sum of the praedicates of these subjects. Like in the religious critique of Feuerbach, Marx points out that the subject must become the owner of his infinite praedicates. And so, in the political field, men who live in fa-

mily and civil society must become owners of the infinite praedicates which have been transferred into the heaven of the state by Hegel and by his speculative way of thinking. If in this work Marx affirms the necessity of a political-representative democracy as the most adequate instrument to this reappropriation, in the immediately later works, beginning from the article on the Jewish question, he will affirm that also political-representative democracy is Christian in its essence and that so it is an instrument of alienation and of a false universality and liberation. The instrument of complete and real liberation of man will be seen by Marx, in an article of the end of the year 1843 (again a critique of Hegel's *Philosophy of Right*), in the new universal class of the proletariate.

Hegelian political philosophy « resacralizes » the state as an universal and infinite moment on the earth, but affirms that the last — and highest — moment of absolute spirit (art, religion and philosophy, in spite if its elements of « resacralization », maintains undoubtful elements of Christian tradition. Marx and marxism on the contrary bring on a complete « secularization » *qua* « de-christianization », since they transfer the infinite into the human subjects, reducing it to their praedicates, and so deny every transcendent dimension in human life.

P. PASQUALUCCI, *La secolarizzazione del tempo.*

L'emancipazione del pensiero moderno dalla teologia e dalla fede ha la sua vetta teoretica nell'Idealismo, che proclama l'autocoscienza fondamento assoluto del sapere. *Sapere* significa allora esser coscienti del significato temporale del rapporto del soggetto con l'oggetto. Questo significato è duplice: del tempo, mediante il quale si forma nel soggetto l'immagine dell'oggetto; del tempo, come ciò che ha prodotto il soggetto e l'oggetto, ossia come il *tutto* di un mondo che contiene entrambi, del tempo come epoca. Per l'Idealismo il tempo si risolve nel tutto organico, come totalità dell'epoca storica, in cui ciò che è *nel* tempo viene *dal* tempo. Ma questa totalità si fonda a sua volta sull'essenza atemporale, che non precede la realtà nel tempo ma solo logicamente. Il fondamento del tempo storico non è quindi nel tempo stesso ma rinvia all'*essenza*, che costituisce il principio razionale del reale ed è lo spirito o il divino stesso, attuantesi ex natura nel mondo come tutto.

Il significato del tempo, dell'epoca come tutto, è perciò nell'essenza, nello spirito che si attua nel mondo, conoscendo se stesso in questo attuarsi. Conoscere il proprio tempo significa allora sapere in che modo lo spirito ci conosce, poiché noi siamo materiale da costruzione dello spirito, che è a sua volta coscienza. Il principio della coscienza si applica sia nel conoscere del soggetto che a quello dello spirito: lo spirito conosce se stesso nella storia ossia è coscienza di ciò che esso è. Gli eventi

nel tempo sono allora momento della coscienza, dell'autocoscienza universale del logos. Ma lo spirito non si esaurisce mai negli eventi, l'epoca stessa non lo contiene, è sempre in marcia verso una nuova epoca. Il tempo contiene lo spirito come suo principio, ma ne è dominato e travolto. Le epoche del tempo si succedono nel tempo, sono la storia, e la coscienza attende un'epoca che non verrà mai, in cui lo spirito dovrebbe rivelarsi acquietandosi. C'è così una attesa messianica, dove il messia è però l'epoca non un individuo divino; è un messianesimo del tempo. Nel mondo si instaura una attesa per l'epoca dell'Assoluto, per una conclusione della storia dall'interno del mondo. Questa attesa non può essere però soddisfatta dall'Idealismo, poiché per esso il fine della storia è la contemplazione di sé dello Spirito, non un'epoca di palingenesi finale dell'umanità.

Il messianesimo idealistico del tempo fa intravedere una secolarizzazione del tempo stesso o meglio della concezione messianica del tempo tipica del Cristianesimo. Esposizione della nozione di secolarizzazione come possibile teologia negativa. Analisi del messianesimo cristiano del tempo. Sua differenza con il messianesimo idealistico del tempo. Inconciliabilità dei due messianesimi. L'immanentismo idealista applica al concetto di Dio il principio dell'identità cosciente di soggetto e oggetto e fa di Dio lo Spirito che si attua necessariamente nel mondo, senza poterne decretare la fine con un'intervento futuro della sua volontà, come invece nella fede cristiana dell'Avvento. Il messianesimo idealistico del tempo è una secolarizzazione apparente della visione cristiana del tempo: è invece il messianesimo marxista ad apparire come una secolarizzazione dell'Idealismo, della sua visione epocale del tempo. Analisi della periodizzazione marxiana del tempo storico, del suo significato epocale. Rispetto a Hegel, Marx introduce un soggetto collettivo, la classe, quale messia che risolve il tempo nel secolo, lo secolarizza nell'epoca post-rivoluzionaria in cui non vi sarà più storia ma solo l'eterna apoteosi della materia pensante. I messianesimi, ateo e religioso, si contendono il nostro tempo, però il significato dell'epoca resta per noi incerto. Per tutti quanti, non esistono infatti veri *segni* dei tempi.

Secularization of Time.

The emancipation of modern thought from theology and from faith has its theoretical summit in Idealism, which proclaims self consciousness to be the absolute basis of knowledge. Knowledge thus means being conscious of the temporal meaning of the relation of the subject with the object. This meaning is twofold: of time, by which the image of the object is formed in the subject; of time, as that which has produced the subject and the object, that is as the *whole* of a world that

contains both, of time as epoch. For Idealism time is resolved in the organic whole, as totality of the historical epoch, in which what is in time comes from time. But this totality is in its turn based on the atemporal essence, which does not precede reality in time but only logically. The foundation of historical time is not therefore in time itself but goes back to *essence*, which constitutes the rational principle of the real and is the spirit or the divine itself, realizing itself ex natura in the world as a whole.

The meaning of time, of the epoch as a whole, is therefore in *essence*, in the spirit that realizes itself in the world, knowing itself in this realization. To know one's own time therefore means to know in what way the spirit knows us, since we are material constructed by the spirit, which is in its turn consciousness. The principle of consciousness is applied both to the knowledge of the subject and to that of the spirit: the spirit knows itself in history, that is it is conscious of what it is. Events in time are thus a moment of the consciousness, of the universal self-consciousness of the logos. But the spirit never exhausts itself in events, the epoch itself does not contain it, it is always in motion towards a new epoch. Time contains the spirit as its principle, but it is dominated and overcome by it. Epochs of time follow one another in time, they are history, and consciousness awaits an epoch that will never come, in which the spirit should reveal itself by appeasing itself. There is thus a Messianic expectation, where however the Messiah is the epoch not a divine individual; there is a Messianism of time. In the world expectation is created for the epoch of the Absolute, for a conclusions of history from within the world. This expectation cannot be satisfied by Idealism, since for it the end of history is the contemplation of itself of the Spirit, it is not an epoch of the final palingenesis of humanity.

Idealistic Messianism of time gives a glimpse of a secularization of time itself or rather of the Messianic conception of time typical of Christianity. Exposition of the notion of secularization as possible negative theology. Analysis of Christian messianism of time. Its difference from Idealistic Messianism of time. Irreconcilability of the two Messianisms. Idealistic immanency applies to the concept of God the principle of the conscious identity of subject and object and makes of God the Spirit that necessarily realizes itself in the world, without being able to decree the end by a future act of its will, as is the case in the Christian faith of the Second Advent. Idealistic Messianism of time is an apparent secularization of the Christian vision of time: on the contrary Marxist Messianism appears as a secularization of Idealism, of its epochal vision of time. Analysis of the Marxist periodization of historical time, of its epochal meaning. With respect to Hegel, Marx introduces a collective subject, the class, as a Messiah who resolves time within time, the secularization in the post-revolutionary

epoch in which there will be no more history but only the eternal apotheosis of heavy matter. Atheistic and religious Messianism contend for our time, however the meaning of the epoch remains uncertain for us. For everybody, in fact there exist no true *signs* of the times.

F. De Sanctis, *Religione necessaria e libertà sufficiente. Considerazioni su « La democrazia in America ».*

Il contributo, che si occupa esclusivamente de *La democrazia in America,* cerca di mostrare i diversi livelli a cui emerge nell'opera il problema della religione. Dopo aver sbozzato nel complesso il soggetto come leit-motiv (non secondario né rapsodico) per la comprensione de *La democrazia* (§ 1), il contributo si sofferma sui due fenomeni (§ 2) connessi da Tocqueville al possibile deterioramento della religione in una democrazia moderna: 1) la disintegrazione del corpo sociale (§ 3); 2) l'impossibilità di definire uno spazio completamente secolarizzato (in cui possa esprimersi la libertà politica) senza uno spazio correlato di sicurezze di base (= religiose) sostenute dall'autorità (§ 5).

In relazione a questi, viene preso in considerazione anche il problema-chiave della famiglia democratica. In questo tipo di famiglia l'elemento femminile e materno è strettamente a confronto con quello maschile e paterno (§ 4), il cui indebolirsi, tuttavia, non affievolisce ma cambia il campo d'azione del principio d'autorità, che è fisiologico per la democrazia (§§ 5 e 6). Tesi principale di questo contributo è che Tocqueville vede la libertà fruibile in una democrazia come radicalmente limitata (§ 8). All'interno dei suoi limiti, questa libertà è possibile soltanto se l'uomo democratico si libera dell'insolubile problema di Dio con i mezzi della fede (non essendo capace di usare mezzi diversi). Connesso al desiderio di Tocqueville di una liberazione definitiva dell'uomo democratico dal problema religioso, troviamo il problema della neutralizzazione ideologica della religione (§ 6); quest'esigenza è tuttavia un tipico ed esclusivo prodotto della democrazia moderna, poiché la religione sembra a Tocqueville essere stata nel passato in accordo con le più diverse ideologie politiche (§ 7).

Necessary religion and sufficient freedom: about « The Democracy in America ».

This article, which exclusively takes into account *Démocratie en Amérique,* ains at showing the different levels involved in this work by the problem of religion. After having outlined the subject on the whole as a leit-motiv (and not a secondary or rhapsodic one) for the understanding of the *Démocratie* (§ 1), the article tries to stress the two

topics (§ 2) linked up by Tocqueville with the possible deterioration of religion in a modern democracy: 1) the disintegration of the social body (§ 3); 2) the impossibility to define a wholly secularized space (in which the political freedom can be expressed) without a related space of basic (= religious) securities handed on by authority (§ 5).

In relation to these, also the key-topic of the democratic family has been considered. In this kind of family the womanly and motherly element is strengthened in comparison with the manly and fatherly one (§ 4), whose weakening, however, does not weaken, but changes the field of action of the principle of authority, which is physiologic for democracy (§§ 5 and 6). The main thesis of the present work is that Tocqueville looks upon the freedom enjoyable in a democracy as a radically limited one (§ 8). Within its limits, this freedom is only possible if the democratic man gets rid of the unsolvable problem of God by means of faith (not being able to use different means). Coupled with Tocqueville's wish of a final liberation of the democratic man from the religious problem, we find the requirement of the ideological neutralization of religion (§ 6); this requirement is, however, a typical and exclusive feature of the modern democracy, since the religion seems to Tocqueville to have been in the past in agreement with the most different political ideologies (§ 7).

L. MOULIN, *Infrastructures religieuses et superstructures idéologiques.*

1. Nos options politiques fondamentales, notre *Weltanschauung* et donc nos espoirs, nos conduites, nos réactions profondes ne sont que les reflets suprastructurels des infrastructures religieuses que vingt siècles de christianisme ont inscrites dans le patrimoine socioculturel de l'Europe.

2. Aucune société n'a jamais été radicalement a-religieuse. Même la société du XIXe siècle qui se disait anti-religieuse et scientifique s'est vécue, a agi religieusement.

Les idées-force du siècle dernier, celles qui ont présidé à la naissance de la « révolution » industrielle, sont des valeurs chrétiennes laïcisées.

Les mythes de l'antiquité (Icare, Prométhée, Sisyphe, etc.) ne vivent que dans la mesure où ils ont été assimilés par la civilisation chrétienne.

Le pélagianisme dessine une préfiguration de l'homme de « gauche », sans péché, sans limites et sans faiblesses. Il serpente tout au long du Moyen Age jusqu'à la Renaissance et au-delà, grâce aux millénarismes, aux utopies, aux prophétismes, à la philosophie des Lumières, aux idéologies du Progrès.

Ayant la même perception du temps, refus du passé, condamnation absolue du présent, investissement total dans l'avenir, les millénarismes, les utopies et les idéologies du Progrès ont les mêmes prises de position et les mêmes espoirs dans la venue de l'Homme nouveau et dans le Paradis (enfin) retrouvé.

3. Le facteur religieux est la variable, de loin, la plus prégnante. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer les pays sociologiquement protestants et les pays sociologiquement catholiques dans les domaines de la politique, de l'économie, de la recherche scientifique, de la vie culturelle, de la cuisine.

Au sein même des sociétés protestantes, les diverses sectes, confessions, églises, etc., tracent des lignes de démarcation très nettes entre les appartenances, la variable religieuse s'imposant nettement comme le facteur primordial d'explication de ces différences.

Le facteur religieux est à l'origine de l'économie monastique du Moyen Age: à l'encontre du théorème de Marx, selon lequel la religion n'est que le reflet suprastructurel de l'infrastructure des classes sociales et économiques.

4. Les origines religieuses de nos options et idéologies politiques expliquent, outre la religiosité profonde des sociétés dites laïques, *a*) les tentations politiques du monde chrétien devant les idéologies progressistes modernes dont il perçoit la « consanguinité » avec la foi; *b*) la tendance des églises à fonctionner comme idéologies (de l'ordre social établi, de la libération, etc.).

5. Les processus de sécularisation et de rationalisation sont dans la logique même du christianisme: contre l'émotivité populaire, les effervescences prophétiques et mystiques, les invasions de l'irrationnel et des superstitions.

6. Ce qui fait problème c'est que les sécularisations ont poussé leur logique jusq'à abolir toute transcendance. On passe ainsi de la mort de Dieu à l'Homo Homini Deus de l'athéisme marxiste et, de là, à la mort de l'Homme.

7. Mais une sécularisation totale et radicale est exclue: les religieux est partout présent, depuis toujours et plus que jamais. L'homme est un animal essentiellement religieux. Toute société est et ne peut qu'être religieuse. Par essence.

Religious infrastructures and ideological superstructures.

1. Our fundamental political opinions, our Weltanschauung, and thus our deep hopes, reactions, and ways of behaving are only the

secularised and democratised superstructural reflections of the religious infrastructures which for 20 centuries Christianity has imbedded in the socio-cultural heritage of Europe.

2. No society has ever been radically a-religious, not even 19th century society which called itself anti-religious, secular, and scientific.

The leading ideas of the last century — those which led to the birth of the Industrial Revolution — were themselves secularised Christian ideas.

The myths of antiquity (Icarus, Prometheus, Sisyphus) live today only in the measure that they have been assimilated by Christian civilisation.

Communism is a perfect example of a modern secular religion.

Pelagianism sketches a prefiguration of the « man of the left » as being sinless, limitless, and without weakness. The thread of Pelagianism winds through the whole span of the Middle Ages, to the Renaissance, and beyond to the messianisms, the utopias, the prophets, the Philosophy of Light, and the ideologies of Progress. Sharing a perception of *time* that is now widely held in society in general, — that is, rejection of the past, radical condemnation of the present, and a total investment in the future — the messianisms, the utopias, and the ideologies of Progress include the same condemnation of the present and hopes in the future, where the « New Man » will be found at last in Paradise Regained.

3. The religious factor is by far the most heavily consequential variable in analysing the facts of history. One need only compare the sociologically Protestant countries with those nations that are sociologically Catholic to see the striking differences in political mores, economic behaviour, and attitudes toward scientific research, cultural life, and even cuisine.

Even within Protestant societies, the religious variable imposes itself with remarkable clarity as the primordial factor in analysing differences of political, economic, and cultural attitudes and behaviour.

The religious factor is at the source of the monastic economy of the Middle Ages; for Marx, the inverse is true — religion is no more than the superstructural reflection of the infrastructure of economic and social classes.

4. Even societies which call themselves a-religious do not escape their religious origins. The religious infrastructure tends always to reassert and reaffirm itself, for example: *a*) the attraction of large sections of Christian believers to new, progressive ideologies with which these believers feel a consanguinity with their religious faith; *b*) the tendency of many churches to battle like ideologues in their determination to change and improve the existing social order.

5. The processes of secularisation and rationalisation are in the logic of Christianity. Its centuries-old insistence on the value of human reason, self-control, and rational conduct is the natural foe of modern mass emotions, prophetic and mystic effervescences, and the invasion of the irrational and the superstitious.

6. The problem is that this secularisation has pushed its logic to the point of abolishing the transcendental aspects of Christianity. Thus does one see the passage from « God is Dead » to *Homo Homini Deus* to Marxist atheism and, from these, to the death of man himself.

7. But a totally successful secularisation is impossible. Religion has always been present everywhere, and is now more than ever. Man is an essentially religious animal. Every society, in its essence, can only be religious.

M. NOVAK, *On the governability of democracies: the economic system. The evangelical basis of a social market economy.*

The most grievous problems in the governability of democracies today appear in the economic order of society. Official documents of the churches give increasing attention to the problem of defining and nurturing economic justice. Yet there is hardly a less developed area in the tradition of Christian philosophy and theology than the relation of Christianity to economics.

In his little classic *Christianity and Democracy* (1948), Jacques Maritain demonstrated that democracy has its roots in the Jewish-Christian tradition of thought and practice. In *Reflections on America* (1958), Maritain hinted that the same principle of a gospel-inspired humanism could be extended to the analysis of the economic system. He saw in the American experience a newly emerging industrial regime « beyond capitalism and socialism » traditionally defined, one in which the labor movement, free enterprise, and private ownership were functioning in an increasingly *social* context.

Democratic capitalism, or « economic humanism » as Maritain called it, is a triune system in which politics, economics, and culture operate with a relative autonomy. Each component has its own institutions, procedures, and social base. Each requires a certain balance and coordination with the other two. Each has a tendency to seek its own aggrandizement and must, therefore, be checked by the other two. In a healty society there are these three different channels for the exercise of the will-to-power.

The system of sustained economic development was invented a mere 200 years ago by Adam Smith. His seminal work, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), was aimed

at assisting all nations to achieve unprecedented levels of prosperity through the use of incentives and free markets. Although his ideas were first applied within the individualistic and utilitarian *ethos* of Great Britain, his system is in fact far more communal, sympathetic, and benevolent than our stereotypes of it. Maritain saw in the American application of Smith's ideas a « new reality ». In this new system, he said, « men move forward together, working together, building together, producing always more and more, and sharing together the rewards of their increased production ».

Thus, democratic capitalism — an economic system based on markets and incentives — has, like democracy, evangelical roots. Both democracy and capitalism breathe vital air from a moral-cultural system based on powerful ideas about the communitarian individual, the social nature of human life, the pervasity of sin, and the openness of history.

A. ZANFARINO, *Secolarizzazione e pluralismo.*

Il problema della secolarizzazione riguarda l'attività critica e creativa delle idee laiche nei confronti della trascendenza, ma è rilevante anche per le idee religiose che devono impegnarsi nella definizione di dimensioni sociali nelle quali l'esperienza umana abbia le sue possibilità di realizzazione. Lo spirito religioso non può tuttavia accettare che la secolarizzazione attribuisca un potere incondizionato alla libertà umana e che affermi la società come una totalità indecomponibile. Ne consegue che la prospettiva pluralista è più adeguata all'esperienza religiosa perchè implica il rifiuto della socializzazione integrale delle attività umane. Ma anche la secolarizzazione che valorizza una certa autonomia della realtà umana nei confronti della trascendenza deve limitare la presunzione assolutistica dell'individuo e il potere egemonico della società, per consentire allo spirito critico di contrastare l'arbitrio e l'intolleranza. Questi limiti sono condizioni fondamentali del pluralismo sociale, che è quindi compatibile con la religiosità ed è insieme garanzia per lo spirito laico. Per quanto diversa possa essere la valutazione degli elementi ideali e materiali, qualitativi e relativistici che costituiscono il pluralismo, sia l'ispirazione religiosa sia le idee laiche possono trovare certe concordanze nella considerazione della società come realtà incompiuta che affida il progresso e l'emancipazione non a valori assoluti imposti dal potere, ma alla esperienza della libertà.

Pluralism and secularization.

The problem of secularization concerns the critical and creative attitude of freedom in relation to trascendence, but it also concerns

the religious ideas which must give a possibility of social realization to human experience. The religious consciousness however, cannot accept secularization as unconditioned power of freedom and as social totality. It follows that pluralism is more adequate to religious experience because it refuses a complete socialization of human activities. But the secularization that emphasizes a certain autonomy of human reality must also limit the absolutism of the individual and the egemonic power of society in order to oppose intolerance. These limits are the essential conditions of social pluralism, which is therefore compatible with religiousness and is a guarantee to the laical consciousness.

However different may be the evaluation of the ideal and material elements that constitute pluralism, both religiousness and laicism may find convergency in considering society as an inachieved reality which bases progress and emancipation not on absolute values of power but on the experience of freedom.

M. JORI, *Alcuni cristiani di fronte al diritto moderno.*

L'A. ritiene che l'operazione culturale consistente nel tentativo di sintesi fra ' vero ' cristianesimo e ' umanesimo laico moderno ', possa essere accolta solo a patto di superare tre ostacoli principali: il problema del nome di posizioni culturali; l'argomento *ex auctoritate*; il rapporto fra princìpi e conseguenze.

Per quanto riguarda il primo punto, l'A. sospetta che l'impostare fin dall'inizio una questione servendosi di nomi di posizioni culturali (come ' laicismo ' o ' cristianesimo '), suggerisca l'idea indimostrata che le « cose » di cui si parla abbiano un qualche tipo di unità o coerenza; inoltre, ritiene che si debba guardare con diffidenza alle contrapposizioni fra due categorie culturali espresse con semplici nomi. In generale, simili operazioni culturali si fondano inevitabilmente su una qualche forma di *olismo metodologico.*

Al secondo punto — l'uso dell'argomento *ex auctoritate* (l'autorità della parola di Cristo, nel caso specifico) come giustificatorio in via ultimativa della posizione culturale ' cristiana ' — l'A. si sofferma in particolare sul problema del ricorso all'autorità a fondamento di operazioni e/o discorsi, come quello etico e quello conoscitivo. L'argomento *ex auctoritate* viene rifiutato come possibile argomento fondante di scelte etiche e conoscitive, in quanto il pensiero laico e moderno non ritiene di potersi fondare su una autorità qualunque in via ultimativa; inoltre il ricorso all'autorità presuppone una scelta, e non la giustifica.

Ciò comporta, sul piano del terzo problema relativo ai rapporti tra princìpi (etico-giuridici) e conseguenze, che il progetto ambizioso di presentare il solo cristianesimo come solidamente fondante le con-

quiste ' umanistiche ' del diritto moderno, offrirebbe una fondazione irrilevante per i ' laici '. Non solo, ma anche al livello meno ambizioso della auspicata convergenza di ' laici ' e ' cristiani ' intorno alla difesa di alcuni aspetti ' umanistici ' del diritto moderno, permangono non pochi dubbi e ambiguità; legati soprattutto alla constatazione dell'A. che i due princìpi proposti come fonti dell'anti-umanesimo (« misuro quindi posso » e « voglio quindi sono »), sono sufficientemente vaghi da ammettere *qualunque* conseguenza, ed appaiono incontrovertibili perché sostanzialmente vuoti.

Se convergenza può esservi, essa è data intorno ad alcuni determinati aspetti del diritto contemporaneo, di cui è però mancato l'approfondimento almeno dal punto di vista teorico o teologico.

Some Christians confronted with modern law.

The A. considers that the cultural operation consisting in the attempt at a synthesis between ' real ' Christianity and ' modern lay humanism ' can be accepted only if three main obstacles are overcome: the problem of the name of cultural positions, the *ex auctoritate* argument; the relation between principles and consequences.

As regards the first point, the A. suspects that to set out a question from the beginning making use of names of cultural positions (such as ' laicism ' or ' Christianity '), suggests the undemonstrated idea that the ' things spoken ' of have some kind of unity or coherence; moreover he considers that we must look with diffidence at the contrapositions between two cultural categories expressed by simple names. Usually similar cultural operations are inevitably based on some form of *methodological olism.*

As regards the second point — the use of the *ex auctoritate* argument (the authority of the word of Christ, in the specific case) as ultimate justification of the ' Christian ' cultural position — the A. dwells in particular on the problem of recourse to authority on the basis of operations and/or discourses, such as those of ethics and cognition. The *ex auctoritate* argument is refuted as a possible argument based on ethical and cognitive choices, since lay and modern thought does not consider that it can found itself on any ultimate authority; moreover recourse to authority presupposes a choice, and does not justify it.

This involves, on the level of the third problem concerning the relation between principles (ethical-juridical) and consequences, that the ambitious project of presenting Christianity alone as the solid basis of the humanistic acquisitions of modern law, would offer an irrelevant foundation for laymen. Not only this, but at the less ambitious level of the augured convergence of ' laymen ' and ' Christians ' for the defence of some ' humanistic ' aspects of modern law, there remain not

a few doubts and ambiguities. These are above all connected with the A.'s finding that the two principles suggested as sources of anti-humanism (« I measure therefore I can » and « I wish therefore I am »), are sufficiently vague to allow any consequence, and seem to be incontravertible because substantially empty.

If there can be a convergence, it is to be found around some determining aspects of contemporary law, of which however careful study is lacking at least from the theoretical or theological point of view.

DIRITTO PUBBLICO
PUBLIZISTIK

F. TODESCAN, *Fermenti gallicani e dottrine anticonciliariste al Concilio Lateranense V. Un capitolo della teologia politica del secolo XVI.*

Non v'è tema della moderna filosofia giuridica e politica, forse, quanto quello della sovranità, che più intenso e costante abbia esercitato, e tuttora eserciti, il suo fascino e la sua attrattiva. Ed è un dato di fatto che, durante il sec. XVI, il concetto « moderno » di sovranità emerge e matura nel ribollente *humus* europeo dei nuovi Stati nazionali. In questa prospettiva, la ricerca sul dibattito, nel corso del Concilio Lateranense V, sulla *plenitudo potestatis* pontificia presenta indubbiamente motivi di profondo interesse per intendere la genesi dell'intera tematica. In particolare, la recente « riscoperta » del *De auctoritate Papae et Concilii*, inedito teologico di Antonius Tubeta, consente di gettare un più intenso fascio di luce non solo sugli interessi speculativi dello scotista padovano, ma sull'intera polemica gravitante intorno al Lateranense V. Analogamente al teologo « tomista » Cajetanus, lo « scotista » Tubeta sostiene il primato del Papa sul Concilio, contro gli attacchi di Decio, di Mair, di Almain, in profonda sintonia con quell'orientamento che gradualmente, ma inesorabilmente, stava affermandosi sul terreno laico. *Plenitudo potestatis*, nelle mani del Tubeta e del Cajetanus, appare come strumento di sconcertante modernità. La Chiesa viene concepita, così come il nascente Stato moderno, sotto il segno di una gerarchia di posizioni di potere, culminante in un vertice che possiamo ben definire sovrano. Il loro concetto di sovranità appare come l'immediato precursore della nozione che, da Machiavelli a Bodin, verrà assumendo plastica configurazione nella sua veste secolarizzata.

Gallicanism and Anti-Conciliarism during the Vth Lateran Council.

Perhaps no topic in modern juridical and political philosophy has been, and still is, more actractive than the problem of the sovereignty. It is a matter of fact that, during XVIth century, the « modern » idea of sovereignty emerges in the fermenting european *humus* of the new national States. Therefore, in this perspective, a research on the debate during the Vth Lateran Council about the Pope's *plenitudo po-*

testatis, will be undoubtly deeply interesting to understand the origins of the whole problem. In particular, the newly discovered *De auctoritate Papae et Concilii*, a theological work by Antonius Tubeta, allowes a clearer consideration not only of the paduan Scotist's philosophical mind, but of the whole Vth Lateran Council controversy. In the same way as the « Thomist » theologian Cajetanus, the « Scotist » theologian Tubeta supports Pope's primacy above the Council against Decius's, Mair's, Almain's censures, according the advancing laical trend. In Cajetanus's and Tubeta's thought, « *plenitudo potestatis* » seems to be an amazingly modern instrument, as they conceive the Church like a gerarchical order under a sovereign power, just in the same way as the rising modern State. Thus their idea of sovereignty appears to be an immediate anticipation of Machiavelli's and Bodin's secularized politics.

M. STOLLEIS, *Säkularisation und Staatsräson in Deutschland um 1600.*

Zum Einführung in die Probleme wird die relativ unbekannte Schrift eines deutschen Anhängers von Justus Lipsius vorgestellt (Michel Kreps, Teutsche Politick, 1620). Ihren Hintergrund bilden die großen Fragen des 16. Jahrhunderts: die Zweiteilung der Welt in Diesseits und Jenseits, die Befreiung der Politik von den Bindungen der Religion, die Entstehung einer Theorie der Politik (Machiavelli, Tacitus, Lipsius) und der zentralen Formel « ragione di stato ». Im letzten Abschnitt werden die Bedingungen genannt, unter denen die Diskussion jener Fragen in Deutschland um 1600 stattfand.

Secularization and Reason of State in Germany about 1600.

For the introduction into the problems, the relatively unknown treatise of a german scholar of Justus Lipsius is represented (Michel Kreps, Teutsche Politick, 1620). Its background are the great questions of the 16th century: the bipartition of the world into secularity and eternity, the deliverance of politics from the ties of religion, the development of an independent theory of politics (Machiavelli, Tacitus, Lipsius) and of the central formula « ragione di stato ». In the last part the conditions are mentioned under which the discussion of those questions took place in Germany about 1600.

S. LUPPI, *Secolarizzazioni del principio sanioritario.*

L'argomento trattato in questo scritto è duplice: *a*) il problema del principio maggioritario e la sua connessione con i princìpi del costituzionalismo moderno nel pensiero di alcuni eminenti pensatori poli-

tici contemporanei; *b*) il confronto fra il pensiero contemporaneo su questa materia e le teorie e le istituzioni deliberative della Chiesa medievale.

Parte I. La filosofia politica contemporanea ha posto in risalto le lacune e i pericoli legati all'applicazione indiscriminata del principio maggioritario. La conclusione unanime degli autori contemporanei, da Burke a Proudhon, da J. S. Mill a Adorno, Horkheimer, Hayek, è che il principio maggioritario deve essere equilibrato da limiti costituzionali posti a garanzia dei diritti fondamentali della persona e dei gruppi sociali minori come le famiglie, le corporazioni e le unità storico-territoriali. Questi vincoli costituzionali si identificano sostanzialmente con la separazione e la dispersione dei poteri, la revisione giudiziaria degli atti legislativi, il diritto di resistenza. In altri termini, secondo questa dottrina unanime, il principio maggioritario non può essere considerato come criterio ultimo di legittimità di una decisione collettiva, quando siamo in presenza di diritti fondamentali della persona e dei gruppi sociali naturali e liberamente costituiti. Il peso del numero deve, in questo caso, essere bilanciato da elementi qualitativi, legati al valore intrinseco e alla ragionevolezza della decisione.

Parte II. Le istituzioni deliberative della Chiesa, sia nell'ambito della dottrina, sia nell'ambito dell'elezione di persone, sono dominate dal principio di sovranità del diritto e dal pluralismo.

Il solo criterio del numero non può essere considerato come fonte ultima della legittimità di una decisione. Una decisione è infatti considerata legittima solo quando è perfetta sotto il profilo formale e sostanziale: una pluralità di requisiti concorre a formare questa perfezione. Le tecniche ecclesiastiche, di conseguenza, furono elaborate per dare attuazione a questo principio. Le elezioni dei vescovi e degli Ordini religiosi sono così ispirate al principio della *sanior et maior pars*, che risulta strettamente legato alla concorrenza simultanea del numero e della qualità (*sanitas*) e al diritto di ricorrere.

Le tecniche decisionali della Chiesa, fondate sul principio della *sanioritas*, debbono essere considerate, da un punto di vista più generale, come prototipi delle istituzioni moderne fondate sul principio del costituzionalismo. È dunque possibile, secondo questo confronto fra strutture, stabilire la stretta dipendenza dello spirito e delle tecniche presenti nelle teorie del potere limitato dallo spirito e dalle istituzioni della Chiesa medievale.

Secularizations of « sanioritarian » principle.

This paper has a two-fold concern: (a) The problem of majority rule and its relation to the principles of modern constitutionalism in

the thought of some eminent contemporary political philosophers. (b) The comparison between contemporary thought on that matter and theories and institutions on decision-making of the Church in the Middle Ages.

Part one: Contemporary political philosophy pointed out some incongruence and dangers connected with the absolutness of pure-majority rule. The unanimous conclusion of these contemporary authors, from Burke to Proudhon, from J. Stuart Mill to Adorno, Horkheimer and Hayek is that majority rule must be balanced by constitutional bonds which guarantee the fundamental (i.e. natural) rights of human person and of minor social groups like families, corporations and historical-territorial units. These constitutional bonds consist of separation and dispersion of powers, judicial review, right of resistance. In other words, according to this unanimous doctrine the majority rule cannot be considered as the ultimate criterion of legitimacy, when fundamental rights are concerned. The weight of number must be balanced by qualitative elements, related to the intrinsical value and righteousness of the decision.

Part two. The institutions of the Church on decision-making, both in the field of doctrines and of elections, during the Middle Ages are dominated by the principle of sovereignty of law and of pluralism.

A single criterion like number cannot be considered as the ultimate source of the legitimacy of a decision. A decision is regarded as legitime only if it is perfect in form and substance: the concurrence of a plurality of elements is required to state this perfection. Techniques, consequently, were worked out in order to state this perfection. The elections of Bishops and of superiors in the religious Orders, as well as the decisions on doctrinal matters, are inspired by the principle of *sanior and major pars* which is closely related with the concurrence of number and quality (*sanitas*) and with the appeal-right in case of violation of the law in form and substance.

The techniques on decision-making, founded on the principle of *sanioritas*, are, generally speaking, prototypical forms of the modern institutions founded on the doctrines of constitutionalism. It is possible, according to this structural comparison, to state the close dependence of the spirit and techniques of modern theories of limited power from the spirit and institutions of Middle Ages Church.

I. STAFF, *Zum Begriff der politischen Theologie bei Carl Schmitt.*

Der Begriff der Politischen Theologie wird von Carl Schmitt eingesetzt als Kennzeichnung eines Säkularisierungsprozesses, der die moderne Staatslehre geprägt hat und noch prägt. Alle staatsrechtlichen

Begriffe sind für ihn säkularisierte theologische i.S. einer im Verlauf geschichtlicher Entwicklung vollzogenen Umbesetzung unter Beibehaltung einer metaphysich begründeten Struktur-Identität. Im Hinblick auf diese Säkularisierungsthese ergibt eine Untersuchung der Staatslehre Carl Schmitts folgendes:

1) Staat ist für ihn substantielle Einheit i.S. einer Gleichartigkeit aller ihm Zugehörigen; Recht ist existentielle Ordnung. Staat und Recht werden insofern nicht durch normative, sondern durch faktische Kategorien bestimmt.

2) Staatliche Einheit ist für Carl Schmitt eine totale; sie ist gekennzeichnet durch die absolute Werthaftigkeit der Nation und ihre Abgrenzung gegenüber dem Unwert des (äußeren und inneren) Feindes. Durch diese « Totalität des Politischen » wird die von Carl Schmitt behauptete Parallelität zwischen seiner eigenen Politischen Theologie und der von Hobbes widerlegt, weil Hobbes, anders als Schmitt, den Bereich des forum internum dem staatlichen Zugriff entzieht.

3) Der zentrale Begriff in der Staatslehre Carl Schmitts ist der des Werts als bestimmender absoluter Instanz. Da in der Neuzeit ein allgemeiner Konsens über absolute Werte nicht vorhanden ist, bedeutet die Berufung staatlicher Instanzen auf absolute Werte eine Ideologie, mit deren Hilfe individuelle Wertvorstellungen unterdrückt werden.

Aus Punkt 1)-3) folgt, daß Carl Schmitts Staatslehre dem Begriff des Säkularisierung i.S. einer Umbesetzung vakant gewordener theologisch-christlicher Begriffe nicht unterfällt, weil der geistige Gehalt christlicher Begriffe nicht verändert, sondern durch ein existentielles Moment: die Macht des Faktischen ersetzt wird.

On C. Schmitt's Concept of « Political Theology ».

The concept of political theology is used by Carl Schmitt as a characteristic for a process of secularization which has impressed and still impresses modern political science. All concepts of political law are for him secularized theological concepts in the sense of a redesignation that has occurred in the course of historical evolution with the maintenance of an identity of structures based in metaphysics. In the light of this secularisation a research into the political theory of Carl Schmitt leads to the following:

1) For him « Staat » is a substantial unity in the sense of all those who belong to him; law is existential order. So far « Staat » and law are not determined by normative but by actual categories.

2) For Carl Schmitt unity of state is a total unity which is characterised by the nation and its demarcation from the unworthiness of the (exterior and interior) enemy. By this « Totalität des Politischen » the parallelism alleged by him between his own political theology and

that of Hobbes is refuted, because Hobbes, other than Schmitt, distracts the sphere of the « forum internum » from the grip of the state.

3) The central concept in the political theory of Carl Schmitt is that of worth as a determinant, absolute authority. As in modern times there is no common consent on absolute values, the appeal of political authorities to absolute values means an ideology with the help of which the plurality of individual conceptions of value is suppressed.

The result of points 1 to 3 is that the political theory of Carl Schmitt does not belong into the concept of secularisation in the sense of a transformation of vacated theological christian concepts, as the spiritual contents of christian concepts is not changed but is substituted by an existential factor: the power of facts.

E. CASTRUCCI, *Teologia politica e dottrina dello Stato. Note sull'attualità del decisionismo giuridico.*

Dall'affermazione secondo cui la teologia politica pone il problema dei rapporti tra la dimensione del ' politico ' e la *Veritas* trascendente, l'A. cerca di far discendere alcune considerazioni in favore della legittimità scientifico-teorica di questa forma di sapere, distinguendo vari livelli semantici di essa.

In particolare, teologia politica può significare: 1) politicizzazione del teologico, ovvero la concezione della verità che ha il sovrano del momento; 2) teologizzazione del politico, ovvero quel che la teologia dice sulla natura del potere politico; 3) teoria della trasformazione, sulla base del principio di analogia, di concetti teologici in concetti giuridici (specialmente di diritto costituzionale e di dottrina dello Stato) e politici; 4) concezione generale della *fondazione ultima della legittimità* in politica.

Così, secondo l'A., la necessità di rinnovare l'attenzione per una meta-politica, contro i riduzionismi della metodologia scientifica neopositivistica, è confermata dall'urgenza di porre un freno alla tendenza relativistico-nichilista all'auto-autorizzazione indiscriminata di *qualsiasi* comportamento umano.

L'A. formula quindi alcune tesi sulla natura della teologia politica, osservando che: I) la religione è elemento insostituibile ai fini della legittimazione sociale degli ordinamenti; II) è un postulato di teologia politica anche il considerare la *democrazia* (alla pari di ogni altro valore) come valore supremo: III) una teologia politica, sul piano della filosofia della storia, è collegata ad una dottrina dell'« armonia dell'irregolare »; IV) una teologia politica implica la seria riconsiderazione delle tematiche relative ad un'« etica materiale » (nel senso di Max Scheler).

Political Theology and Theory of the State.

From the statement according to which Political Theology poses the problem of the relationship between the dimension of 'Political' and transcendent *Veritas*, the A. attempts to relate some considerations in favour of the scientific-theoretical legitimacy of this form of knowledge, distinguishing various semantic levels of it.

In particular, Political Theology may mean: 1) politizing of the 'theological', that is the conception of the truth that dominates at the moment; 2) theologizing of the 'political', that is what theology has to say on political power; 3) theory of transformation, on the basis of the principle of analogy, of theological concepts into legal concepts (especially in constitutional law and in the theory of the State) and political concepts; 4) general conception of the *latest foundation of legitimacy* in politics.

Thus, according to the A., the need to renew to attention on a metapolitics, against the reductionisms of neopositivistic scientific methodology, is confirmed by the urgency of putting a brake on the relativistic-nihilistic trend towards indiscriminate self-authorization of any kind of human behaviour.

The A. therefore formulates some theses on the nature of Political Theology, observing that: I) religion is an irreplaceable element for the purpose of social legitimization of the legal (and moral) orders; II) it is a postulate of Political Theology also to consider *democracy* (all other ideological values being equal) as the supreme value; III) a Political Theology, on the level of philosophy of history, is connected with the doctrine of the «harmony of the irregular»; IV) a Political Theology implies the serious reconsideration of the themes relating to a «material ethic» (in the sense of Max Scheler).

D. FARIAS, *Costituzione scritta e religiosità civile.*

De Maistre rifiuta le costituzioni scritte (egli ha presenti quelle francesi del suo tempo) soprattutto per due ordini di ragioni. 1) La complessità dei fenomeni politico-sociali è tale da rendere impossibile quella razionalizzazione che le costituzioni scritte si prefiggono senza accorgersi del pericoloso semplicismo del loro procedere. 2) C'è un rapporto molto intimo tra costituzione reale e religione, ma la scrittura in linea ordinaria arreca danno alla religione, perciò la formalizzazione scritta della costituzione è sconsigliabile. Noi ci soffermiamo soprattutto su questo secondo argomento. Esso fa leva su due rapporti, uno di connessione tra religione e costituzione, l'altro di incompatibilità

tra religione e scrittura e ne ricava un terzo, di esclusione tra costituzione e scrittura.

Noi non accettiamo la conclusione, ma riteniamo che entrambe le premesse siano degne di analisi perché richiamano l'attenzione su due questioni importanti: *a*) in che senso e in che limiti il tema della religione deve interessare lo studioso delle costituzioni degli Stati moderni? *b*) concessa una certa opposizione tra religione e scrittura, è essa così radicale da rendere impossibile ogni rapporto tra costituzione scritta e religione?

Nelle costituzioni degli Stati moderni non troviamo formulazioni di una presa di posizione univoca rispetto ai fenomeni religiosi. Dalle varie costituzioni si potrebbero citare dichiarazioni favorevoli, contrarie o indifferenti. La mera considerazione formale lascia però impregiudicato il problema di fondo del rapporto tra costituzione e religione in età moderna, del momento cioè di religione o di religiosità che può essere insito nei valori fondamentali o costitutivi degli Stati moderni. Questo rapporto può essere meglio visto se indagato su piano reale, guardando ad alcuni fenomeni tipici degli Stati moderni, di importanza maggiore per la comprensione della loro natura e che ben si chiariscono alla luce di un concetto di religione, più largo forse di quello comunemente diffuso, ma tuttavia non generico e capace di feconda utilizzazione in materia costituzionale.

La nostra risposta alla domanda: in che senso e limiti il tema della religione deve interessare lo studioso delle costituzioni degli Stati moderni? è: in quanto queste costituzioni presuppongono e intendono rendere sempre più effettivo il consenso sull'*amore dei lontani* (ricorriamo all'espressione nietzschiana), su valori cioè disinteressati in alto grado, o altruistici di ampia portata, addirittura escatologici, come si ha nel caso degli Stati socialisti protesi verso la rivoluzione mondiale.

Si potrebbe però obiettare: perché chiamare *religione* questo consenso? non è un allargare troppo il termine religione?

Mentre la religione in senso stretto implica l'adesione a una determinata confessione o chiesa, la religione in senso largo può prescinderne. Essa è sinonimo di impegno supremo o ultimo (l'*ultimate concern* di P. Tillich) è « la risposta totale dell'essenza totale dell'uomo a ciò che egli sperimenta, come realtà ultima » (J. Wach). Si potrebbero citare analoghe definizioni di R. Bellah o di C. Geertz. Una interpretazione generalizzante in questa direzione ha avuto in epoca recente la « religione civile » di Rousseau (ad es. in M. Halbwachs o in R. Bellah). Questo concetto più ampio è stato applicato con frutto in varie indagini di sociologia delle religioni e di sociologia politica.

Gli Stati nazionali moderni e in particolare gli Stati socialisti o « sociali » in senso più largo richiedono ai cittadini una disponibilità a collaborare a imprese collettive di ampio respiro motivate da esigenze di giustizia ambiziose, non riducibili a forme di utilitarismo individua-

listico razionalizzato ma via via dilatantisi a ideali altruistici che finiscono per assumere caratteri escatologici, sia pure di un escatologismo mondano. In questo senso si può dire che l'amore dei lontani ha i caratteri di una fede religiosa nel senso largo prima chiarito.

Accolta in questo senso e in questi limiti la tesi di una religiosità civile essenziale alle costituzioni degli Stati moderni si passa ad esaminare se vi sia opposizione tra religione e scrittura, sia *a*) quanto alla religione in senso stretto che *b*) quanto alla religiosità in senso ampio. Per il primo punto si richiama rapidamente e si accoglie nell'essenziale la dottrina di S. Tommaso sulla tensione ma non inconciliabilità assoluta tra religione cristiana e scrittura. Ad un risultato analogo si perviene per la religiosità in senso largo esaminando alcuni dei cosiddetti « dilemmi della istituzionalizzazione della religione » (T. O' Dea). Si passa quindi a una considerazione più empirica ed analitica delle difficoltà che allo spirito religioso possono derivare da uno sviluppo eccessivo della scrittura e in genere dei processi di oggettivazione materiale della vita spirituale, concludendo che esse sono superabili da parte di una coscienza religiosa particolarmente dotata, ma molto pericolosi o letali per una coscienza religiosa non altrettanto matura.

Written Constitution and Civil Religiousness.

De Maistre refused written constitutions (he has in mind the French ones of his time) above all for two reasons. (1) The complexity of the political-social phenomena is such as to make impossible that rationalization which written constitutions set themselves without perceiving the dangerous simplification of their proceeding. (2) There is a very intimate relationship between constitutions and religion, but generally the written damages to religion, therefore written formalization of the constitution is inadvisable. We shall insist above all on this second argument. It depends on two relationships, one of the connexion between religion and constitution, the other of incompatibility between religion and writing and there follows a third, of exclusion between constitution and writing.

We do not accept the conclusion, but we hold that both the premisses are worth analysing because they recall attention to two important questions: (a) in what sense and within what limits should the theme of religion concern the student of constitutions of modern States? (b) granted a certain opposition between religion and written form, is it so radical as to make any relationship between written constitution and religion impossible?

In the constitutions of modern States we do not find formulations of an unambiguous position as regards religious phenomena. From the various constitutions favourable, contrary or indifferent declara-

tions could be quoted. The mere formal consideration however leaves untouched the fundamental problem of the relationship between constitution and religion in modern times, of the moment that is of religion or religiousness that can be innate in the fundamental or constitutive value of modern States. This relationship can be seen better if it is investigated on the real plane, looking at some phenomena typical of modern States, of greater importance for the understanding of their nature and that become quite clear in the light of a religious concept, wider perhaps than that commonly diffused, but however not generic and capable of fertile use in constitutional questions.

Our answer to the question: in what sense and limits must the theme of religion interest students of the constitutions of modern States? is: in so much as these constitutions presuppose and intend to make more and more effective agreement on the « love of the distant » (we make use of Nietzsche's expression), on values, that are highly disinterested, or altruistic, of wide range, even escatological, as we have in the case of socialist States eagerly looking forward to world revolution. However it could be objected: why call this agreement religion? is it not to widen the term religion too far?

While religion in the strict sense implies adhesion to a determined confession or church, religion in the wide sense leave it out of consideration. It is synonymous with the supreme or ultimate task (« ultimate concern » of P. Tillich), it is « the total response of the total essence of man to what he experiences as ultimate reality » (J. Wach). We could quote analogous definitions by R. Bellah and C. Geertz.

In recent times the « Civil Religion » by Rousseau has had a generalizing interpretation in this direction (e.g. in M. Halbwachs and in R. Bellah). This wider concept has been usefully applied in various investigations of sociology of religions and of political sociology.

Modern national States and in particular socialist and social States in the widest sense require their citizens to be available for collaboration in collective undertakings of considerable importance motivated by ambitious requirements of justice, not reducible to rationalized, individualistic, utilitarian forms but gradually extending to altruistic ideals that end by assuming escatological features, although if a worldly escatology. In this sense it can be said that love of the distant has the character of a religious faith in the wide sense already mentioned.

After having accepted in this sense and within these limits the thesis of a civil religiousness essential to the constitutions of modern States we go on to examine whether there is opposition between religion and writing, either (a) concerning religion in the strict sense or (b) concerning religiousness in the wide sense. For the first point we refer quickly and accept in its essence the doctrine of St. Thomas on the conflict but not absolute inconciliability between the Christian religion and writing. A similar result is arrived at for religiousness in

the wide sense by examining some of the so-called « dilemmas » of the institutionalization of religion » (T. O' Dea). We then go on to a more empirical and analytical consideration of the difficulties that may be caused for the religious spirit by an excessive development of writing and in general of the processes of material objectivization of the spiritual life, concluding that they can be overcome by a particularly gifted religious conscience, but that they are very dangerous or lethal, for a less mature religious conscience.

C. STARCK, *Menschenwürde als Verfassungsgarantie.*

Die Menschenwürdegarantie findet sich außer im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in zahlreichen neueren Verfassungen. Diese auffällige Aktualität der Menschenwürde ist Anlaß genug, die Würdegarantie im Rahmen des Symposions über Christentum, Säkularisation und modernes Recht zu untersuchen. In dem Symposion geht es um die historische Frage, inwieweit das Christentum auf die Bildung des modernen Rechts Einfluß ausgeübt hat und um die futuristische Frage, wieweit das moderne Recht von seinen geistigen und moralischen Wurzeln abgetrennt werden kann, ohne sich in seinem Wesen zu wandeln. - Wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ergibt, stellt die Würdegarantie als Reaktion auf die Menschenverachtung des nationalsozialistischen Regimes den Vorrang des Menschen vor dem Staat klar. In der deutschen Rechtspraxis ist herausgearbeitet worden, daß die Menschenwürde nicht nur den Staat, sondern auch die Menschen gegenüber ihren Mitmenschen verpflichtet. Der Staat muß die Würde achten und gegen die Verletzung durch Dritte schützen. Insofern sind dem Staat nicht nur Eingriffe verboten; er ist auch verpflichtet, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern und sich zu informieren, um Gefährdungen der Menschenwürde vorzubeugen.

Die Grundlage für die besondere Würde jedes Menschen ist biblisch und antik begründet: Der Mensch ist Ebenbild Gottes und Träger von Vernunft und Willensfreiheit, was ihn aus der gesamten ihn umgegenden Natur heraushebt. Christlicher Glaube überschreitet das Natürliche und Weltliche. In diesem Sinne wird von Transzendenz oder Metaphysik gesprochen. Die Gründung des Menschen in der Metaphysik ist Fundament für dessen Freiheit sowie für Gleichheit und Brüderlichkeit, weil alle Menschen gleichermaßen Ebenbild Gottes sind. In der politischen Philosophie bis in die Neuzeit hinein zeigt die Menschenwürde deutlich ihre christliche Herkunft. Bei Hegel erscheint das Christentum ausdrücklich als Quelle der modernen Welt und damit des modernen Rechts. Der Liberalismus der 1. Halfte des 19. Jahrhunderts ist sich noch über das metaphysische Fundament der Freiheit

des Menschen und damit der Menschenrechte im klaren. Der darauf folgende Positivismus hat sich um die geistig-moralischen Grundlagen des Rechts nicht mehr gekümmert, ohne freilich diese Grundlagen ausdrücklich zu leugnen.

Marx gründet den Menschen in sich selbst, in der Gesamtheit der gesellschaftlichen Verhältnisse. Damit ist der Mensch seiner sittlich-metaphysischen Dimension entkleidet, was heute von Verhaltenswissenschaftlern mit der Formel « Beyond Freedom and Dignity » zum Ausdruck gebracht wird. Der atheistische Humanismus und Existentialismus sieht die Freiheit des Menschen in beliebiger weltlicher Sinnstiftung, die aber auch jederzeit aufs Spiel gesetzt werden kann. Die innerweltliche Begründung von Würde und Freiheit spart nicht mit Vorwürfen gegen die Kirche, Würde und Freiheit verletzt zu haben. Versuche einer metaphysikfreien Begründung der Menschenwürde gehen von einer Offenheit des Menschen aus. Diese läßt sich utilitaristisch jedoch ebenso bejahen wie verneinen. Auch mit Mitteln der Sprache kann man Metaphysik nicht zur Immanenz machen. Die metaphysisch entwurzelte Menschenwürde beginnt zu vagabundieren und nimmt in der politischen Rhetorik alle möglichen Inhalte an, von der « glückbringenden » Bevormundung und Bewirtschaftung des Menschen durch den Staat bis zur Emanzipation ohne Folgenverantwortung. Die Menschenwürdegarantie geht davon aus, daß der Mensch mehr ist, als er von sich weiß, also metaphysisch offen ist. Der Umstand, daß die Philosophie heute wenig metaphysische Neigung hat, schlägt nicht unmittelbar auf die Rechtsordnung und die Rechtstheorie durch. Denn beide sind nicht bloße Funktionen der jeweiligen philosophischen Strömungen. Was wissenschaftlich unlösbar ist, ist damit noch nicht aus der Welt. Das Recht, das hic et nunc mit dem Menschen zu tun hat, muß das Unergründbare des Menschen in Betracht ziehen, also das Fenster zur Metaphysik offenhalten. Ohne Metaphysik wäre der Mensch restlos der überlegenen staatlichen Macht ausgeliefert; die Verfassung stände in der Gefahr, in die Funktion eines heiligen Textes zur Legitimierung quasi-religiöser Reformpolitik hineinzuwachsen. Die metaphysisch fundierte Menschenwürde ist der Schlüsselbegriff für das Verhältnis des Menschen zum Staat. Der Staat muß die metaphysische Dimension des Menschen durch Rechtsordnung achten und schützen. Darüber hinaus hat der Staat nichts mit Metaphysik zu tun, insbesondere darf er weder Glauben und Metaphysik zur Pflicht machen, noch sich selbst unmittelbar metaphysisch begründen.

The dignity of man as guarantee of the constitution.

A number of the more recent constitutions apart from the one of the Federal Republic of Germany contain a clause guaranteeing the dignity of man. This striking actuality of the dignity of man is suffi-

cient reason to examine the dignity guarantee clause within the framework of the symposion on Christianity, Secularization and Modern Law. The symposion is concerned with the historic question as to how far christianity has had an influence on the formation of modern law, and the futurist question as to what extent modern law can be divorced from its intellectual and moral sources without changing its very nature. - As can be gathered from the historical interpretation of the german constitution (Grundgesetz) the dignity guarantee clause as a reaction to the contempt with which the Nazi regime treated human beings, clears up predominance of the individual over the state. As chrystallised in a line of german precedents the dignity guarantee clause denotes an obligation not only of the state towards the individual but also of the individual towards his fellowmen. The state has to respect man's dignity and to shied it from attacks of third persons. In this respect, not only is the state prohibited from interfering, but it is obliged to provide certain minimum standards so as to ensure a life lived with dignity, and to keep informed so as to preclude any endangering of the dignity of man.

The foundation of the special place accorded to the dignity of each individual is to be found in the bible and the antique philosophy: man is made in the image of God, and he is the seat of reason and free will, which distinguishes him from all surrounding nature, Christian belief transcends nature and the material world. In this or similar sense, one uses the words transcendence or metaphysic. The anchoring of man in the metaphysical is the foundation of his freedom and of equality and fraternity since all human beings were created in the image of God likewise. Political philosophy up to modern times clearly recognizes that the dignity of man has christian origins. Hegel expressly mentions christianity as the source of the modern world and hence of modern law. Liberalism during the first half of the 19th century is still conscious of the metaphysical foundation of man's freedom and therefore the foundation of the Human Rights. Positivism which followed on from liberalism paid no more attention to the intellectual and moral foundations of the law without however expressly denying them.

Marx bases man in himself, in the totality of social circumstances. In that way, the individual is divested of his moral and metaphysical dimension, a situation characterized by the formula « Beyond freedom and dignity » as used by behaviourists. Atheistic humanism and existentialism understand the freedom of man in the context of any given source of mind, which, however, can be risked at any time. Those trying to found dignity and freedom from within the secular world alone attacks the church having violated dignity and freedom. Efforts to substantiate the dignity of man outside metaphysics start from the openess of man. This openess, however, can be affirmed just as well as negated on the base of utilitarism. In the same wise, one

cannot make metaphysics immanent merely by the use of language. Uprooted from its metaphysical foundation, the dignity of man tends to stray and takes on a number of different possible contents in political rhetorics: starting from the « blessing » to be patronized and managed by the state down to emancipation without taking any responsibility for the consequences of acting. The dignity guaranty clause foots on the premise that man is more than he knows of himself, hence that he is metaphysically open. The fact that philosophy today has no metaphysical inclinations does not reflect immediately upon the legal order and legal theory. Because both, legal order and legal theory are not mere functions of the currently prevailing philosophical trends. A question does not disappear merely because it is not amenable to a scientific solution. The law is concerned hic et nunc with man and it must take into account the impenetrable aspect of man and it thus must remain open towards metaphysics. Without metaphysics, the individual would be completely at the mercy of the superior powers of the state; the constitution would run the risk to be transformed into a holy text to legitimate quasi-religious reform politics. Founded on metaphysics, the dignity of man is the key term in the relations between the individual and the state. The state must honour and protect the metaphysical dimension of man by its legal order. Over and above this the state has got nothing to do with the metaphysical, and in particular it must neither make religious belief and metaphysics obligatory nor justify itself immediately metaphysically.

F. MONCONDUIT, *Personnalisme et sécularisation.*

Malgré la crise qui affecte la personne dans la société moderne en tant que société de masse, on voit affleurer de nouvelles exigences faites valoir, il est vrai, de manière ambigüe, mais — incontestablement — au nom même de la personne: exigences qui ont trait aux rapports avec le pouvoir politique, à l'éducation, au travail, à la vie culturelle, etc. Dans ce cadre, il y a lieu de se demander quelle a pu être l'influence du personnalisme chrétien sur les transformations institutionnelles survenues notamment en France depuis l'après-guerre. Après avoir rappelé les lignes essentielles du personnalisme de Mounier, l'analyse se concentre sur deux thèmes conjoints: éducation et travail, particulièrement représentatifs, le premier, des problèmes du « comment être », le deuxième, des problèmes du « comment faire ».

En ce qui concerne l'éducation, on essaie de vérifier dans quelle mesure l'exigence personnaliste a été respectée soit dans le domaine de la préparation à la vie personnelle, soit dans celui de la préparation à l'action. Suit un examen, sous cet angle, des lois de réforme de l'enseignement secondaire et supérieur.

En ce qui concerne l'organisation du travail, après un rappel de la conception personnaliste du travail, l'article examine les réformes réalisées en ce domaine au niveau du droit étatique et au niveau des entreprises et évalue leur portée personnaliste éventuelle.

La conclusion est qu'il n'est pas facile de décider si les changements des dernières années constituent une avancée ou un recul au point de vue personnaliste. Ce qui est certain, c'est que seule une « mutation intérieure » des consciences peut amener, en définitive, un monde de personnes.

Personalism and Secularization.

Despite the crisis wich inflicts man as a person in modern society, new demands can be seen to be emerging, which, even if ambiguously, are sustained in man's name, demands which concern political power, education, work, cultural activity etc. Within this framework we can ask what was the influence of Christian personalism on the institutional transformations which occurred in particular in France after the war. After referring to the essential features of the personalism of Mounier, the analysis concentrates on two connected themes: education and work, the first being particularly representative of the problems of « being », the second of the problems of « doing ».

As far as education is concerned, it attempts to examine to what extent personalist requests have been respected both in the area of preparation for man's personal life and in that of preparation for action. From this point of view, there is an examination of the laws of the reform of secondary and advanced teaching.

As far as the organization of work is concerned, after referring to the personalist conception of work, the article examines the reforms carried out in this field at the level of State law and at the level of companies and evaluates them.

The conclusion is that it is not easy to decide if the recent trends imply a loss or a gain from the personalistic point of view. It is certain, in any case, that only an « inner mutation » of consciences can lead, ultimately, to a world of persons.

C. LINK, *Christentum und moderner Staat.*

1. Die Sakülarisierung des Staatszwecks in der Aufklärung bedeutet keine Lösung des Staates von der christlichen Sozialethik, sondern intendiert die religiöse Gewissensfreiheit des Einzelnen.

2. Die vielgeschmähte « natürliche Religion » hat im Bereich des Staatsrechts die Funktion, die Toleranz der reichsrechtlich anerkannten Religionsbekenntnisse zu ermöglichen, aber zugleich auch die Grenzen der Toleranz gegenüber Sektierern und Atheisten abzustecken.

Sie rechtfertigt und begrenzt darüberhinaus alle staatliche Religionspflege.

3. Entscheidend für die Stellung der aufgeklärten Naturrechtslehre zur Religionsverfassung ist die Souveränitätsfrage. Einem souveränen Herrscher muß die Bestimmungsgewalt über das gesamte äußere Sozialleben zukommen.

4. Nach katholischer Staatsrechtslehre bleibt er aber dabei an das Jus divinum gebunden (freilich nicht in der Auslegung durch das kirchliche Lehramt). Im Spiritualienbereich bleibt die Kirche souverän. Das hat eine extreme Spiritualisierung des Kirchenbegriffs ebenso zur Folge, wie eine extensive Auslegung des Begriffs der äußeren Angelegenheiten. Trotzdem ist die Koordinationslehre gerade hier entwickelt.

5. Auch im evangelischen Bereich lösen sich Staatszweck und Kirchenzweck voneinander. Entscheidend ist hier, daß seit *Thomasius* der Rechtscharakter des Jus divinum geleugnet wird. Damit entfällt die Rechtsbindung des Herrschers an das göttliche Recht bei der Ausgestaltung des Kirchenwesens. An dessen Stelle tritt die « Natur der Sache ». Die Konsequenzen liegen aber eher in der Verstärkung freiheitlicher Elemente des Staatskirchenrechts, in Richtung nicht nur auf Toleranz, sondern auf Parität.

6. Die herrschaftsfreie Struktur der Kirche (als theologischer Kirchenbegriff) verführt die Territorialisten jedoch dazu, das Ordnungsdefizit durch staatliche Regelungen zu kompensieren: Die Kirche ist keine Korporation, die sich selbst regieren könnte. Insofern bleibt der Staat hier aber auch stärker seiner religiösen Kulturaufgabe verpflichter.

7. Für die Kollegialisten ist der säkulare Staat weder fähig noch berufen, innerkirchliche Ordnungsgewalt auszuüben. Für ihn erscheint das originäre Selbstordnungsrecht der Kirche als Korporationsautonomie, die Kirche als Collegium. Der Christ dagegen weiß um Stiftungscharakter der Kirche und um biblisches Gebot zur schriftgemäßen Kirchenordnung. Autonomiegrenze ist das Gemeinwohl, über das der Souverän zu wachen hat, modern gesprochen, das für alle geltende Gesetz, die allgemeinen Staatsgesetze. Damit ist der Kollegialismus zum Wegbereiter des modernen freiheitlichen Staatskirchenrechts geworden.

Christianism and modern State.

1. The aims of the state having become secularized in the Enlightenment does not mean that the state freed itself from the principles of Christian social ethics; instead, it wished to protect the freedom of conscience in religious matters.

2. Within the range of state law it is the function of the much abused « natural religion » to bring about tolerance of those religious denominations that are officially acknowledged by the laws of the « Reich », but it also has to define the limits of tolerance in view of sectarians and atheists.

Moreover, it justifies and determines the whole of the state's « cura religionis ».

3. It is the question of sovereignity that marks the position of the doctrine of Natural Law in the Enlightenment in view of religious constitutions. A sovereign must be given the control over the whole of external social life.

4. According to the Catholic doctrine of state law the sovereign still remains bound to the « ius divinum », though this is not so where the interpretation by the church authorities is concerned. As to the spiritualities the church remains sovereign. The consequences are an extreme spiritualization of the church concept on one hand, and an extensive interpretation of what is to be understood by external affairs on the other. Yet, it is here that the doctrine of coordination of state and church has been developed.

5. In the Protestant doctrine of state law as well, the aims of the state and the aims of the church are beginning to separate. It is important to realize that the legal character of the « ius divinum » has been denied since *Thomasius*. Thus, the sovereign is no longer bound to divine right in the organization of ecclesiastical affairs. It is now replaced by « the nature of the things ». This, in fact, leads to a reinforcement of the liberal elements within state church law, and there is a tendency not only towards tolerance but even towards parity.

6. The territorialists, however, are tempted by this free structure of the church (to be understood as theological concept of the church) to compensate the shortage of regulations within the church by more state regulations; The church is no corporation which could govern itself. Insomuch the state remains strongly engaged to its obligations in taking care of all matters of religious culture.

7. For the collegialists, on the other hand, the secular state has neither the ability nor the obligation to exercise any power of regula-

tion in internal church affairs. They understand the original right of the church to govern itself as an autonomy of corporation; for them the church is an « collegium ». The Christian, on the other hand, is conscious of the fact that the church has the character of a foundation (endowment), and he knows about the biblical commandment that the church is to give itself an order according to the laws of scripture. Public welfare, which has to be guaranteed by the sovereign, sets the limits for autonomy, or, in modern terms, the general law which is valid for all men, the general state law. Thus, collegialism has paved the way for our modern liberal state church law.

M. HECKEL, *Das Problem der Säkularisation im deutschen Staatskirchenrecht der Neuzeit.*

Der allgemeine geisteswissenschaftliche Begriff der « Säkularisierung », der mehrdeutig und beziehungsreich die Verweltlichung des Religiösen und die Lösung der Welt aus Bindungen der Religion in der Neuzeit bedeutet, ist abhängig von der Definitionsfrage, was jeweils unter « Religion » und « Welt » zu verstehen ist. Er zerfällt deshalb in eine Vielzahl verschiedener, kultur-politischer und fachwissenschaftlicher Säkularisierungsbegriffe.

Die verbreitete Ableitung des allgemeinen geisteswissenschaftlichen Säkularisierungsbegriffes aus der Verallgemeinerung bzw. der Analogie des speziellen Begriffs der Kirchengutssäkularisierung ist wissenschaftlich unhaltbar. Letzterer ist ein einseitiger Kampfbegriff, der den (illegitimen?) staatlichen Entzug (illegitimer?) kirchlicher Sachherrschaft unter Bruch überkommenen Rechts bedeutet. Er ist untauglich zur begrifflichen Erfassung jener entscheidenden geistesgeschichtlichen Säkularisierungsvorgänge, die in der bruchlosen inneren Wandlung der Religiösen und seinen äußeren kulturellen Wirkungen auf das Säkulare bestehen. Auch die Säkularisierung der Rechtsordnung seit der Aufklärung ist nicht nach dem Leitbild der Kirchengutssäkularisierung zu begreifen, da die Säkularisierung des Rechts ganz überwiegend nicht zum Kampf und zur Unterdrückung der Religion und Kirche geschah. Sie wollte vielmehr eine neutrale Ordnung der friedlichen Ausgleichs und der geistigen Freiheit schaffen, die den divergenten und konträren religiösen und weltanschaulichen Kräften die freie Entfaltung ihres Selbsverständnisses garantierte und die Gleichheit in der Vielfalt ohne Diskriminierung und Privilegierung wahrte. Die Erforschung der Säkularisierung leidet darunter, daß ihre Begriffsgeschichte und die « Sachgeschichte » sich nicht decken, zumal letztere lange vor der ersten beginnt.

Der Ursprung der neuzeitlichen Säkularisierung ist nicht im Investiturstreit und auch nicht in der Theologie der Reformation zu

sehen, weil hier im Zuge der « Entsakralisierung » bzw. « Entklerikalisierung » der Welt doch ein theologisch bestimmter Weltbegriff verwendet wurde, der sich von der modernen Säkularisierung tief unterscheidet. - Hingegen ist im Deutschen Reiche alsbald nach der Glaubensspaltung eine tiefgreifende Säkularisierung des Reichskirchenrechts zu beobachten: Sie hat eine neutrale paritätische Koexistenzordnung für die beiden gegnerischen Religionsparteien in prinzipieller Abwehr ihres theologischen Absolutheitsanspruchs geschaffen. Diese Säkularisierung des Reichskirchenrechts machte es möglich, das Reich als politische Einheit trotz der religiösen Spaltung (und also unter Aufgabe seiner mittelalterlichen geistlich-weltlichen Einheitsidee) zu erhalten, die Gleichheit der Konfessionen (trotz des gegenseitigen Häresievorwurfs) zu garantieren, den äußeren weltlichen Frieden (trotz Verlustes der geistlich-weltlichen pax catholica) zu wahren, die Freiheit des Religiösen (trotz der theologischen Wahrheitsbestreitung durch den Gegner) zu sichern, den theologischen Gehalt der reichskirchenrechtlichen Begriffe und Normen doppelkonfessionell zu relativieren.

Die Ambivalenz zwischen der Säkularisierung der Rechtsformen und ihren religiösen Funktionen im Dienst religiöser Wahrheitssuche und Freiheit ist charakteristisch für das Staatskirchenrecht schon des Konfessionellen Zeitalters. Das gleiche ist im Staatskirchenrecht der Aufklärung und der Gegenwart zu erkennen. Das klassische deutsche Staatskirchenrecht hat auch im 19. Jahrhundert die Säkularisierung der Rechtsformen nicht als Mittel zu ideologischen Säkularisierung der Kirchen und der Kultur durch den Staat betrieben. Entsprechende Versuche wurden in der Paulskirche bei den Verfassungsberatungen 1848 abgewehrt; im Kulturkampf und im Kirchkampf hatten sie nur ephemere Erfolge. - Die Reaktion der kirchlichen Kräfte im 19. Jahrhundert schwankte zwischen grundsätzlicher Ablehnung der Säkularisierung des Rechts (zur Verteidigung des « Christlichen Staates ») und ihrer äußeren Benützung als liberales Kampfmittel zur Befreigung vom Staatskirchentum bzw. von der Staatskirchenhoheit.

Die Rechtswissenschaft benötigt einen spezifischen, durch die Struktur und Funktion ihrer Normen bestimmten Säkularisierungsbegriff. Die Säkularisierung des Staatskirchenrechts ist durch Allgemeinverbindlichkeit, Gleichheit und Eindeutigkeit der säkularen staatlichen Rahmennormen gekennzeichnet, innerhalb deren dann die überaus vielfältigen und divergenten religiösen und weltanschaulichen Programme um die Säkularisierung selbst ringen. Säkularisierung des Staatskirchenrechts ist « Rahmensäkularisierung »: Der freiheitliche Staat hat auf die Kompetenz zur Definition und Dezision des Religiösen verzichtet und dies den Religionsgesellschaften und Individuen anheimgegeben. Er beschränkt sich auf die Regelung des äußeren weltlichen Rahmens, dessen religiösen Inhalt er nicht selbst ausfüllt, sondern nach dem Selbstverständnis der betreffenden Religionsgemeinschaft

respektiert. Die säkularen Rahmennormen besitzen deshalb eine religiöse Bezugnahme- und Verweisungsfunktion, durch die die religiöse Freiheit und Gleichheit zur Entfaltung kommt. Die Freiheit, Gleichheit und Einheit des staatlichen Rechts bilden so den Grund, aber auch die Grenze dieser religiösen Offenheit, die im säkularisierten Staatskirchenrecht gerade aus der Selbstbeschränkung des freiheitlichen Staates auf das Säkulare folgt.

The Problem of the Secularization in German modern Ecclesiastical Law.

The general concept of « Secularization » as employed by the Humanities, which implies the ambiguity and correlations of the secularization of religion and in modern times the detachment of the world from religion, is determinded by the manner in which one defines and conceives of the terms « Religion » and the « World ». This in turn necessitates an approach which differentiates the varying cultural-political and specialized scientific concepts of secularization.

The usual derivation of the general term secularization used by the Humanities, from a generalization or an analogy of the secularization of ecclesiastical property is untenable as a scientific concept. The latter is a mere biased tactical concept which means (the illegitimate?) confiscation of (illegitimate?) church property by the state, through a contravention of traditional law. It is inappropriate as a conceptual tool since these processes belong decidedly to the History of Ideas and constitute a continuous internal transformation of religion and its external cultural effect on the secular. Nor is the secularization of the legal order from the period of the Enlightenment, to be understood in terms of the secularization of ecclesiastical property since the secularization of law was to a large extend not employed to fight against or to suppress religion or church. Rather it sought to create a neutral order of peaceful settlements, together with religious freedom, which guaranteed the free development of the divergent and antithetical religions and ideologies, along lines which they themselves envisaged and to the protection of equality in diversity, without discrimination or privilege. Research into secularization is impeded since neither its ideological nor factual history is all encompassing, all the more since the latter predates the former.

The origin of modern secularization is not to be found in the Investiture Contest nor in the theology of the Reformation, since in the process of de-secularization or de-clericalization of the world, a theologically orientated concept of the world is employed which is markedly at variance with our modern term secularization. On the contrary in the German Empire soon after the Confessional divide a profound secularization of imperial church legislation is to be detected

which provided a neutral, balanced order of co-existence for both opposing religious parties, essentially a guard against their pretentions towards religious Absolutism. The secularization of imperial church law enables the retention of the Empire as a political unity despite religious divisions (in effect through a resignation of the medieval ideal of the Uniformity of Church and State), guarantees the equality of the Confessions (despite counter-accusation of heresy), maintains worldly peace (despite the loss of the quasi-secular pax catholica) ensures freedom of religions (despite the opposing parties disputations on theological truth) and relativized the theological content of the imperial church's legislative concepts and values for the dual Confessions.

The ambivalence between the secularization of legal forms and their religious functions in pursuit of religious truth and freedom is already characteristic of the State Church in the Confessional Age. This is similarly to be observed in the law of the contemporary church and that of the Age of Enlightenment. Also in the 19th. century the German state by secularizing the legal forms did not utilize the classical law of the established Church as a means to secularize the ideology of church and culture. Similar attempts were defeated in the Paulskirche during the constitutional debate, in the Kulturkampf and in the churches' struggle in the Third Reich; they met only with temporary, ephemeral success. The reaction of the ecclesiastical powers in the 19th. century wavered between a fundamental rejection of the secularization of law (in defence of the « Christian State ») and its use as a propaganda term from without for the dis-establishment of the church or its liberation from state domination.

Legal science requires a definition of secularization which is determined by the structure and function of its values. The secularization of the law of the established church is characterized by the general validity, equality and definitiveness of the multi-various religious and divergent ideological programmes competing to attain secularization. Secularization of the laws of the established church is secularization of the framework of values (« Rahmensäkularisierung »). The liberal state has renounced the competence of definition and decision in matters of religion, leaving it instead to the respective religious associations and individuals. The state limits itself to the regulation of the worldly sphere, the religious context of which it does define, but rather accepts the definitions of the religious groupings as they understand themselves. The secular framework of values therefore has a religious relevance in that it allows the development of religious freedom and equality. The freedom, equality and unity of state legislation lays a foundation, but also a limitation to religious openess, which in the secularization of the Established Church proceeds from the state's self imposed limitation to the secular sphere.

DIRITTO CIVILE
ZIVILISTIK

F. D'AGOSTINO, *La regola aurea e la logica della secolarizzazione.*

Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te! O, per usare la riuscita formula proverbiale tedesca: « Was du nicht willst, dass man dir tu', das füg auch keinem andern zu! ». Come spesso succede, un concetto, un tema, *esegeticamente facile*, se non addirittura elementare — *vulgär*, lo definisce Dihle — risulta invece, a una più attenta analisi, *ermeneuticamente complesso*. Cosa comporti la c.d. « regola aurea » non è difficile appurarlo: non incontra eccessive difficoltà l'analisi delle due diverse versioni, quella positiva e quella negativa e probabilmente si sarebbe largamente d'accordo nel ricondurre l'una all'ambito dell'etica e l'altra a quello del diritto, così come nel riscontrare, accanto alla diffusa emotività di questo principio anche il rischio che esso corre di decadere in una vuota formalità (Kelsen), che rischia di divenire fonte di ingiustizie (Quod licet Jovi, non licet bovi!, ricorda, ironicamente, Engisch). Più complesso è invece affrontare la questione critica decisiva: non cosa *dica*, ma cosa *rappresenti* la regola aurea per la coscienza dell'uomo occidentale, in generale, e per quella — in particolare — dell'uomo secolarizzato, dell'uomo post-cristiano. Si tratta semplicemente di un pratico orientamento per la prassi, radicato nella memoria storica dei popoli, e non più significativo di tanto — una « vorphilosophische Volksweisheit », per dirla col Reiner, che alla regola aurea ha dedicato un penetrante scritto — o non piuttosto di un *signum revelativum* di uno *status* umano, cioè, più che un'indicazione precettiva — come sulle prime la regola evidentemente appare —, l'indice di una *Weltanschauung*, uno dei tanti — e inesauribili — modi di autocomprensione dell'uomo?

La questione potrebbe essere banalmente risolta affermando che nella regola aurea sono presenti ambedue i motivi; così come ambedue i motivi sarebbero presenti in coloro che esplicitamente la rifiutano (Sade) e che pertanto mostrano proprio con l'obbedire a una morale di rapina il loro radicarsi in una visione del mondo in definitiva solipsistica. Ma personalmente ritengo che sia più fruttuoso separare i due momenti (che è comunque ovvio che siano strettamente collegati nel-

l'effettualità della prassi), sia per lasciar da parte ciò che è di fatto scarsamente degno di attenzione (il valore strettamente teoretico della regola come principio etico), sia per meglio focalizzare ciò che invece in essa è essenziale: il suo portarci dritti al cuore di uno specifico universo ermeneutico. La tesi che dovrà essere dimostrata nel lavoro è pertanto la seguente. Anche se nata in ambiti culturali certamente pre-cristiani ed extra-cristiani, anche se suscettibile di riscuotere adesioni profonde come mero principio razionale, è possibile dimostrare che nella cultura occidentale la regola aurea si è incarnata nella visione cristiana della giustizia e che col processo di secolarizzazione del cristianesimo e dei suoi valori è andata di pari passo la perdita di senso del nostro principio. È possibile da ciò arguire che anche per la regola aurea — così come per tanti altri valori dell'occidente cristiano — l'apporto del cristianesimo, inessenziale al livello di fondamento teoretico, è stato decisivo per ciò che concerne la sua credibilità culturale. Analoga ipotesi è possibile formulare a proposito del fondamento del diritto: cioè, che solo il cristianesimo ha reso *credibile* il principio strutturale del diritto (la simmetria, che è in fondo il postulato della regola aurea) e che è quindi conseguente che al tramonto del cristianesimo corrisponda l'offuscarsi nelle coscienze non della comprensione, ma dell'adesione vissuta ad esso.

The Golden Rule and the logic of secularization.

Often an exegetically simple theme is, on closer observation, hermeneutically complex. The substance of the socalled 'golden rule' is easily defined and the analysis of its positive and negative versions ean uncontroversially be related to the twin fields, respectively, of ethichs and law, along with the risk it runs of degenerating into an cmpty formalism (*vide* Kelsen) which may in itself be productive of injustice. There is however a more complex and crucial question, the actual *meaning* of the golden rule for the conscience of Western man, and for secularized, post-Christian man in particular. Is it simply a practical signpost, rooted in historical and cultural memory, or is it instead the distinctive sign of a human *condition*, of one of the many and inexhaustible modes of human self-understanding, and not simply of an apparently evident precept?

One of the more banal answers holds that both versions are contained in the golden rule, as they are in those who explicitly refuse it (Sade, for instance), and whose subserviency to robber morals clearly shows the roots of a finally solipsist world conception. The author's thesis is that the two meaning (though obviously closely related in practice) should be considered separately and distinctly in order to focus on the crucial point of the precept, its direct connection with the heart of a specific hermeneutical universe, putting aside its less rele-

vant aspects (the strictly theoretical value of the rule as an ethical precept). The essay attempts to prove that the golden rule, in Western culture, though born in undoubtedly pre- and extra- Christian cultural spheres, and susceptible of deeply grounded constructions as a rational principle, is rooted in the Christian conception of Justice, and has sustained a loss of meaning proportional to the secularization process undergone by Christianity and its values. This implies that the contribution to the golden rule made by Christianity, as to many other values of the Christian West, is — though theoretically unessential — fundamental to its cultural credibility. An analogous deduction may be applied to the foundations of law; only Christianity has given credibility to the structural principle of law (*i.e.* symmetry, which is the basic postulate of the golden rule), so that the decline of Christianity is paralleled by a decline in the faith, if not in the understanding, accorded to this principle in Western consciences.

O. BEHRENDS, *Treu und Glauben.*

Gefragt wird in der Untersuchung nach der christlichen Grundlage der juristischen Willenstheorie und damit zugleich nach der christlichen Grundlage des heutigen Gedankens der Privatautonomie. Im näheren geht es um die historischen Gründe der Vorstellung, die dem antiken Rationalismus und Intellektualismus ganz fremd war, daß es der Wille ist, durch den der Mensch die Fähigkeit hat, in sinnhafte Ordnungen einzutreten. Den eigentlichen Untersuchungsgegenstand stellt dabei die Frage nach der Beeinflussung des Vertragsrechts der christlichen Epochen durch die vertragliche Deutung des christlichen Glaubens. Den hier entscheidenden Gedanken, daß die Glaubensbeziehung zwischen Gott und Mensch von einem Vertragsprinzip beherrscht wird, das auf der niedrigeren Stufe des zwischenmenschlichen Vertragsrechts wiederkehrt, hat Grotius an einer berühmten Stelle seiner Schrift de iure belli ac pacis ausgesprochen und — in Übereinstimmung mit der ihm zeitgenössischen Foederaltheologie — auch als Theologe vertreten. Das Vertragsbild des Glaubens, in dem Gott selbst kraft seiner Gerechtigkeit verpflichtet erscheint und der Einzelne, der den Glauben bewahrt, ein Recht auf die Erfüllung der Glaubensverheißung erwirbt, ist aber weit älter und hat seine Grundlage in der Lehre des Apostel Paulus. Seine für die Folgezeit maßgebende Ausarbeitung hat es durch Augustinus erfahren, auf den auch die folgenreiche Anknüpfung an das vorchristliche, individualethische fides-Prinzip zurückgeht, das in Ciceros Schrift de officiis, gekennzeichnet durch eine auffällige Pseudo-Etymologie (fides qua fit quod promittitur), als Ausdruck der Geltungsgewißheit (constantia et veritas) der Verträge erscheint. Im einzelnen ist bei Augustinus der menschliche Glaube

der von der Erlösungsverheißung der Offenbarung hervorgerufene, zur gleichen Zeit freie und bewirkte Willenskonsens (consensio volentis), in dem weiter die voluntative Seite der Glaubenskraft (Treue = fides qua creditur) von der intellektuellen des Bekenntnisglaubens (Glaube = fides quae creditur) unterschieden werden kann. Durch die vielgelesenen Etymologien des Isidor von Sevilla wird die grundsätzliche Gleichartigkeit von Glaube und Vertrag, von fides Christiana (placitum inter Deum et hominem) und vertraglicher fides qua fit quod promittitur zum allgemeinen Bildungsgut der Spätantike und des Mittelalters.

Die Folgen dieser Lehre zeigen sich nicht nur an der Entwicklung des Vertragsgedankens in den drei großen neuzeitlichen Traditionen (Legistik, Kanonistik, germanische Stammesrechte), sondern auch in der Auffassung der Rechtssetzung überhaupt. So konnte Prokop in seiner Geheimschrift gegen Justinian behaupten, daß Justinians Religionspolitik nicht nur Treue und Glauben gegenüber Gott erschüttert habe, sondern damit zugleich auch die Geltung aller Gesetze und Verträge. Diese bemerkenswerte Argumentation rechtfertigt sich nicht etwa durch eine einfache Abhängigkeit der weltlichen Rechtstreue von der Glaubenstreue. Eine solche gibt es nicht: Es gilt lediglich die Regel, daß im Konflikt zwischen beiden die fides gegenüber Gott der fides gegenüber dem Kaiser und seinem Recht vorgeht. Vielmehr lebt die Polemik Prokops aus der spezifischeren Vorstellung, daß in der Normsetzung durch Gesetze und Verträge der Mensch, hier der Privatmann, dort der Kaiser, unmittelbar an der Gestaltung der als Teil der geschaffenen Natur göttlich legitimierten Rechtsordnung teilnimmt und daher diese Bereiche besonders empfindlich sind gegenüber Störungen des Glaubens, durch den allein ja der Mensch des Neuen Bundes den status corruptus durchbrechen und unmittelbaren Anteil an der Gerechtigkeit Gottes gewinnen kann.

Für die Glossatoren folgt denn auch sogleich seit Irnerius die Vertragsgeltung unmittelbar aus dem immer und überall geltenden Prinzip Gottes und der geschaffenen Natur, daß das, was einmal kundgetan worden ist, als beständige Wahrheit gilt. Die fides erscheint diesen Juristen als Ausdruck dafür, daß der Mensch im Glauben und den zwischenmenschlichen Verträgen dieses Vernunftprinzips der veritas und constantia teilhaftig ist und daher an den eingegangenen Bindungen festgehalten werden muß. Diese Auffassung, die eigentlich zur Vertragsfreiheit hätte führen müssen, vermochten die Glossatoren allerdings angesichts ihrer Quellen nicht rein durchzuführen, sondern harmonisierten sie mit der Lehre des klassischen römischen Rechts, das nur eine begrenzte Zahl von Vertragsfiguren anerkannte, durch den Gedanken, daß nur der Wille als ein vernünftiger verpflichte, der eine von römischen Recht vorgesehene tatbestandliche Rechtsfolge wolle.

Die Kanonisten bekämpfen diese legistische Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit der fides humana. Nach ihrer Lehre begründet jedes rechtserhebliche Versprechen eine Verbindlichkeit; die Nichterfüllung dieser christlichen Gewissenspflicht, die der Zuständigkeit der kirchlichen Gerichtsbarkeit unterliegt, ist eine Todsünde und mit Exkommunikation bedroht. Auf diesen keineswegs sofort, aber schließlich dann doch auf ganzer Linie erfolgreichen Kampf waren die Kanonisten durch die voraufgegangenen Auseinandersetzungen der Kirche mit den Vertragsrechten der spätantik-mittelalterlichen Stammesrechte der Germanen in gewisser Weise vorbereitet.

Die der Missionierung nachfolgende interpretatio Christiana von heidnischen Vertragsformen wie der fränkischen fides facta hat nämlich, wie es scheint, deren Ritual zunächst in einen eidförmigen Einsatz des Seelenheils umgedeutet und dann in einem späteren Schritt, biblischer Weisung folgend, dem Eid das schlichte Vertragswort gleichgestellt, das seitdem die fides humana in gleicher, das Seelenheil gefährdender Weise verpflichtete. Aus solcher christianisierten stammesrechtlichen Tradition stammt auch die deutsche Paarformel Treu und Glauben, in der die in den Verträgen eingesetzte fides mit ihren beiden von Augustinus unterschiedenen Seiten zugleich bezeichnet wird.

Am Ende dieser Entwicklung war die vertragsethische fides humana des klassischen römischen Rechts völlig verwandelt. Von den Glossatoren als naturrechtlich verbindlich gedeutet, später in den deutschsprachigen Abhandlungen des gelehrten Rechts mit Treu und Glauben übersetzt, wurde sie am Ende zum formalen Rechtsprinzip der Privatautonomie, das an die Stelle der romanistischen Figurenlehre der Verträge die Vertragsfreiheit setzte.

Das moderne Konzept von Treu und Glauben in den §§ 157, 242 des deutschen BGB hat mit dieser Entwicklung, in der christliche, stammesrechtliche und antik-vertragsethische Beiträge zusammenfließen, trotz der auffälligen terminologischen Übereinstimmung nichts zu tun. Das heutige Prinzip von Treu und Glauben ist nicht individualethischer, sondern sozialethischer Natur; es begründet Bindungen nicht aufgrund eines formalen Willensprinzips, sondern aufgrund objektivierender inhaltlicher Wertungen, deren notwendige Offenheit dem Richter eine bedeutende Auslegungsmacht gibt. Der moderne Begriff von Treu und Glauben ist eine recht junge Übersetzung der römischen bona fides, die vom stoischen Naturrecht der römischen Jurisprudenz der zweiten Hälfte des 2. und der ersten Jahrzehnte des 1. Jh. v. Chr. das zentrale Prinzip der verkehrsrechtlichen Vertrauenshaftung bezeichnete. Das klassische römische Vertragsrecht hat mit seiner restriktiven Vertragslehre, in der die dazu gehörende individualistische Vertragsethik der fides nur in tatbestandlich genau begrenzten Fällen zur Rechtspflicht erhoben wurde, die stoische Vertrags-

lehre der bona fides in der späten Republik ersetzt, aber schließlich doch nicht völlig verdrängen können. Daher ist heute, teilweise durch Vermittlung des römischen Rechts, weit stärker aber durch die vielfältigen neuzeitlichen Tendenzen hin zu einem sozialen Vertragsrecht, die bona fides in Gestalt des modernen Begriffs von Treu und Glauben zu einer Konkurrentin der privatautonomen fides geworden. Als Korrektiv der Privatautonomie hat sie sich mit Recht allgemeine Anerkennung verschafft.

Loyalty and Faith.

This enquiry is concerned with the Christian foundation of the juristic theory of the will in the modern law of contracts, and at the same time is also concerned with the Christian foundation of the Western concept of private autonomy. More specificly, the paper delves into the historical background of the idea, unknown to classical rationalism and intellectualism, that it is the will which enables man to enter into systems of reason and order. The immediate subject of the enquiry is the influence of the contractual interpretation of Christian faith on the law of contract during the Christian era. The essential idea of this theory — that the relation of faith between God and man is governed by a contractual principle which, in turn, reappears on a lower scale in the law of contract between men — was expressed by Grotius in a famous passage in his book, « de iure belli ac pacis »; he also defended it in his theological writing in accordance with the theology of foedus prominent in his time. The concept of faith as a contract in which God himself appears to be obligated through His own justness and in which the individual who preserves his faith acquires the right of fulfillment of the promise of salvation is, however, much older. It is based on the teaching of St. Paul. The elaboration of this concept which was decisive for the following period was that of St. Augustine who was also responsible for the very important linking of this idea with the pre-Christian, ethical fides-principle. This appears in Cicero's book, « de officiis », distinguished by a conspicuous pseudo-etymology (fides qua fit quod promittitur), as the symbol of the certainty and validity of contracts (constantia et veritas). In particular, St. Augustine defines human faith as the free, and at the same time effectuated, consent of the will (consensio volentis) brought about by the promise of salvation in which the voluntary aspect of the strength of faith (loyalty = fides qua creditur) can be distinguished from the intellectual side of the confessional faith (belief = fides quae creditur). Through the widely-read etymologies of Isidor of Seville the fundamental homogeneousness of faith and contract, of fides Christiana (placitum inter Deum et hominem) and contractual fides qua fit quod pro-

mittitur, became a general part of the cultural background of late antiquity and the medieval period.

The consequences of this doctrine are apparent not only in the development of the ideas of contract within the three great traditions dominating the modern age (legistic, canonic and Germanic law), but also in the conception of legislation as a whole. Thus, Procope was able to maintain in his secret paper against Justinian that Justinian's religious policy destroyed not only the foundations of loyalty and faith in God, but also at the same time those of all laws and contracts. This remarkable argumentation is not justified by a simple dependence of loyalty to secular law on loyalty of faith. There is no such dependence; there is only the rule that in the case of conflict the fides towards God has the advantage over the fides towards the emperor and his law. Moreover, Procope's polemic is based on the more specific idea that man, by enacting legal rules in the form of statutes (as emperor) or contracts (as a private person), takes part directly in the forming of the legal system which is, itself, part of the created nature and is of divine origin. Therefore, these legal acts are particularly sensitive when faith is disturbed, because it is by faith alone that the man of the New Covenant can free himself from the status corruptus and gain an immediate share in the justice of God.

The glossators derived the validity of contracts directly from the universally valid principle of God and the created nature, that everything that has once been said, will persist as a constant truth. To these scholars of the law fides meant that in faith and in contracts between individuals man partakes in the rational principle of veritas and constantia, and thus must fulfill the accepted obligations. The glossators, bound by their sources, were not able to completely follow this interpretation which should have led to freedom of contract. Instead, they harmonized it with the doctrine of classical Roman law which only recognized a few types of contracts. According to the glossators only the will which intends to establish a legal consequence recognized by Roman law is a rational one and therefore can lead to an obligation.

The canonists fought this legistic restriction on the obligatory capacity of the fides humana. According to their doctrine, every legally relevant promise creates an obligation. Non fulfillment of this duty of Christian conscience, which was under ecclesiastical jurisdiction, was a mortal sin and punishable by excomunication. The canonists, who were eventually successful in their fight, were prepared by previous conflicts which the church had carried on regarding the contractual practice in the Germanic tribal law system in the late Greco-Roman and the medieval periods.

Following successful conversions, the Christian missionaries necessarily had to deal with pagan contractual rituals, such as the Frankish fides facta. It seems that Christian interpretation first transformed

the ritual into an oath-like pledging of the salvation of the soul. Then, in accordance with the teaching of the Bible, the simple contractual word was given the same significance as the oath, and after that, the simple word was binding with the same threat of the loss of salvation. The German word pair *Treu und Glauben* (loyalty and faith), naming at the same time both sides of the Christian faith as interpreted by St. Augustine, also has its origins in this Christianized tribal tradition.

At the end of this evolution the ethical fides humana of classical Roman law was totally transformed. Interpreted by the glossators as the fides which was binding by natural law and later in German treatises on scholarly civil law as *Treu und Glauben* (loyalty and faith), it finally evolved into the formal principle of private autonomy which replaced the Roman doctrine of a set of valid contractual figures by the idea of contractual freedom.

The modern concept of *Treu und Glauben* in §§ 157, 242 of the German civil law code has nothing to do with this evolution which combines Christian, tribal and classical components in spite of the obvious identical terminology. The modern principle of *Treu und Glauben* is not of an individualistic ethical, but rather of a social-moral nature. It establishes obligations not by means of a formal principle of the will, but by material and objectifying evaluation whose necessary open texture provides the judge with an important freedom interpretation. The modern notion of *Treu und Glauben* is a very recent translation of the Roman bona fides which signified in the Stoic natural law system of Roman jurisprudence in the second half of the second and the first decades of the first century B. C. the central principle of reliability in human affairs. The classical Roman law of contract with its restrictive doctrine, in which the individualistic and ethical fides was only transformed into a legal obligation in certain carefully described cases, replaced the Stoic doctrine of bona fides in the later republic, but did not succeed in removing it completely. Thus, today, bona fides in the modern form of *Treu und Glauben* has become a rival to the fides representing private autonomy, partly through Roman law, but mainly through the development of the manifold tendencies in modern times towards a social law of contract. As corrective principle of private autonomy it has rightly acquired general recognition.

J. CARBONNIER, *La sécularisation du droit civil.*

L'exposé prend, en général, pour référence l'année 1804, l'entrée en vigueur du Code civil des Français (qui n'était pas encore le Code Napoléon).

Le Code de 1804, en passant la religion sous silence, a d'un seul coup sécularisé entièrement le droit civil. C'était, pour l'époque, une position en flèche par rapport au reste de l'Europe. La France, néanmoins, adopta très vite la nouveauté. Il n'y eut de rejet que sur un point: le divorce, aboli dès 1816. Mais le mariage civil entra dans les moeurs. C'est le titre *du mariage* qui devait refléter le plus durablement la laïcité du Code civil. Et pourtant, il est banal de le relever, le mariage civil selon le Code a beaucoup emprunté au mariage canonique. Ce n'était peut-être pas contradictoire. Il se peut qu'en transférant au mariage devant le maire et l'Etat la riche législation du mariage devant le prêtre et l'Eglise, les laïcisateurs consulaires aient entendu, sur la lancée anti-catholique de la Révolution, réserver au premier de ces deux mariages, et dénier au second, le privilège d'avoir une structure juridique. Mais l'opinion publique analysa la situation différemment, en termes de pluralisme juridique avant la lettre, et dans la conscience collective de majorité des Français, le mariage civil fut souvent ramené à un simple préalable formaliste du mariage religieux.

D'où venait, en 1804, le principe de laïcité? Très évidemment, en première ligne, de la force des précédents en place, de la loi de 1792 qui avait déjà institué le mariage civil. Soit que les législateurs du Consulat n'aient pas vu de solution de continuité entre ce droit que nous appelons intermédiaire et celui dont ils étaient les acteurs; soit qu'ils aient considéré que les années 1789-1799, malgré la brièveté et la proximité de la période, avaient déjà constitué une tranche d'histoire de France, un héritage historique qui ne pouvait être répudié. Les deux explications peuvent donner à réfléchir. L'idéologie de 1789 ajoutait, d'ailleurs, son poids aux précédents législatifs. La liberté de conscience, l'égalité entre les cultes ont paru postuler le mariage civil et même le divorce. La question protestante, qui avait été un des soucis majeurs de la politique intérieure au XVIIIème siècle, était encore très présente dans les esprits.

Il y a, cependant, beaucoup de demi-teintes dans la sécularisazion de 1804. En particulier, de l'exclusion de la religion on aurait tort de conclure à l'exclusion de toute religiosité. La forme laïque de la religiosité, si l'on ose dire, c'est le moralisme. Le Code civil est imprégné de moralisme. Cette onction morale n'avait point sa source chez Jean-Jacques Rousseau, mais plutôt dans le jansénisme, dont l'influence s'était excercée fortement sur la classe judiciaire de l'Ancien Régime.

The Secularization of Civil Law.

The exposition takes in general as reference 1804, the year of the coming into force of the French Civil Code (which was not yet the Napoleonic Code).

The 1804 Code, disregarding religion, at one stroke completely secularized civil law. For the times it was a position deviating from that in the rest of Europe. However, France quickly made the novelty its own. One point only was refused: divorce, abolished from 1816. But civil marriage became the custom.

It is the title of the marriage that was to reflect most lastingly the laicality of the Civil Code. However, it is trivial to recall it, civil marriage according to the Code owed much to canonic marriage. The fact is perhaps not contradictory. It may be that by transferring to marriage before the Mayor and the State the rich legislation of marriage before the priest and the Church, the Consular laicizers intended, under the anti-catholic influence of the revolution, to grant to the first of these marriages, and deny it to the second, the privilege of having a legal structure. But public opinion analysed the situation differently, and in the social conscience of most Frenchmen, with a sort of legal pluralism ante-litteram, civil marriage was often reduced to a simple formal preamble to the religious marriage.

From where, in 1804, did the principle of laicization originate? Obviously above all from the strength of precedents, and especially of the law of 1792 that had already instituted civil marriage. Perhaps the legislators of the Consulate saw no break between this law, which we call intermediate, and the one of which they were the authors; perhaps they thought that the years between 1789 and 1799, in spite of the brevity and proximity of the period, were already a part of the history of France, an historical inheritance that could not be repudiated. Freedom of conscience, equality among forms of worship, seemed to postulate civil marriage and divorce itself. The Protestant question, which had been one of the greatest domestic problems in 18th century politics, was still strongly present in their minds.

However there are many nuances in the secularization of 1804. In particular, it would be mistaken to deduce from the exclusion of religion, the exclusion of all religiousness. The lay form of religiousness, so to say, was moralism. The Civil Code is impregnated whit moralism. It does not have its origin in Jean-Jacques Rousseau, but rather in Jansenism, the influence of which on the legal classes of the Ancien Régime had been strong.

G. DILCHER, *Ehescheidung und Säkularisation.*

Die Texte des Neuen Testaments wenden sich deutlich gegen die (jüdische und römischrechtliche) Scheidungspraxis der Umwelt; sie beziehen sich auf die Einheit von Mann und Frau vor dem Sündenfall, die bevorstehende Parusie, die besondere Zeichenhaftigkeit der Lebensführung der Jünger bzw. der frühen Gemeinden und stellen insofern

Ausdruck einer Ehetheologie und Eheethik, nicht aber eines Eherechtes dar. Ansätze einer geschlossenen Ehelehre unter Ausschluß der Scheidung bietet die westliche Kirchenväterlehre, vor allem Augustin. Aber erst die Ausbildung und Herrschaft des kanonischen Rechts auf dem Hintergrund des Systematisierungswillens der römischen Kurie führt seit dem 12. Jhdt. zu einem Rechtssystem, das die Scheidung einer gültig geschlossenen Ehe dem Bande nach mit der Möglichkeit der Wiederheirat ausschließt. Erst nach dem Konzil von Trient kann mit einem vollen Durchdringen des kanonischen Eherechts in die Sozialverhältnisse gerechnet werden. Die Verbindung des Eherechts und besonders des Ehescheidungsverbotes mit der sakralrechtlichen Sphäre (ius divinum, Naturrecht, Sakramentsnatur) läßt eine Rechtsänderung nur über eine Säkularisierung zu, d.h. durch die Ablösung der kirchlichen Rechtskompetenz und eine auch inhaltliche Ablösung von der Autorität der kirchlichen Lehre.

Die Ehelehre der Reformatoren verneint die Sakramentsnatur der Ehe und weist die Ehe als weltlich Ding der rechtlichen Kompetenz der weltlichen Obrikeit zu, auf daß das Predigtamt der Kirche frei zur Seelsorge würde. Die Obrigkeit wird aber als christliche gedacht, die sich in der Ausgestaltung des Rechts an Gottes Gebote hält, also auch die Weisungen des Alten und Neuen Testamentes zu Ehe und Ehescheidung beachtet. Dieser theoretische Ansatz und die Notwendigkeit, das durch den Zusammenbruch der kirchlichen Jurisdiktion in Ehesachen entstandene Vakuum auszufüllen, führt zur Entwicklung eines protestantischen Ehescheidungsrechts in kirchlich-weltlicher Kompetenz. Es kennt die Scheidung dem Bande nach mit der Möglichkeit der Wiederverheiratung, regelmäßig und zunächst allerdings nur für den unschuldigen Teil. Die herrschende strenge Lehre versucht, die Scheidungstatbestände auf Ehebruch und bösliches Verlassen zu beschränken. Eine ganz kläre Abgrenzung ergibt sich allerdings nicht; die sog. mildere Richtung entwickelt darum auch in argumentativer Ableitung aus den christlichen Quellengrundlagen eine fast unbegrenzte Vielzahl von Scheidungstatbeständen. Das protestantische Scheidungsrecht argumentiert zwar auf christlicher Grundlage, gibt aber dem Staat die letzte Kompetenz in Ehesachen und öffnet überdies nicht nur die Möglichkeit der Scheidung, sondern auch die einer relativ offenen Diskussion und Güterabwägung in den Fragen der zulässigen Scheidungsgründe. Die Frage der Säkularisierung trifft darum das protestantische Scheidungsrecht nicht in seinem Wesen.

Das Eherecht des Vernunftrechts und der Aufklärung gewinnt eine eindeutig säkulare, innerweltliche Grundlage durch den neuen theoretischen Ansatz im Vertragsgedanken. Ehezweck und Scheidungsgründe sind nun nicht mehr in Ableitung aus den religiösen Texten zu gewinnen. Es zeigt sich aber, daß eine gänzlich neue Wertungsgrundlage für die Ehe nicht einfach herzustellen ist und der Staat im

Interesse gefestigter Sozialverhältnisse die Scheidungsmöglichkeiten nur zögernd erweitert. Doch gewinnt der Gedanke der Selbstbestimmung der Partner Einfluß auf die Scheidungstatbestände. Als geschichtlich-christliches Erbe bleibt das staatlich-obrigkeitliche Verfahren in Ehesachen und das Überwiegen der Verschuldenstatbestände in der Kasuistik der Scheidungsgründe.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 nimmt Rückgriff auf christliche Begründungen und die Verschuldensscheidung des strengeren protestantlichen Eherechts. In einer sonst strikt säkularen, auf den Liberalismus gegründeten Kodifikation findet somit eine « Resakralisierung » der Rechtsbegründung und ein Zurückdrängen aufklärerischen Rechts statt. Es sollen hier wohl verstärkte Modernisierungsstöße und gesellschaftliche Mobilität vor dem Bereich der Ehe abgefangen werden. Doch erweist sich dies als juristische Illusion und Ideologie, denn das Anwachsen der Scheidungszahlen bleibt relativ unbeeinflußt von dem angewandten Scheidungsrecht. Die Anwendung des Verschuldensgrundsatzes erweist sich als inadäquat in einem rechtsstaatlich-säkularen Rechtssystem und im Angesicht der Probleme einer pluralistischen Industriegesellschaft. Stärker als das Scheidungsrecht prägen soziale Verhältnisse, aber auch konfessionelle Traditionen die Scheidungswirklichkeit. Die « Strenge » des Scheidungsrechts wird lediglich an einigen wenigen Fällen in höchstrichterlicher Rechtsprechung exekutiert, sonst überwiegt praktisch die Konventionalscheidung.

Auch nach dem Übergang des deutschen Scheidungsrechts vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip bleiben wichtige Traditionen des geschichtlichen Christentums Bestandteil und Inhalt dieses Rechts: Die gleichberechtigte Vertragspartnerschaft von Mann und Frau, ihre Verantwortung füreinander auch noch in der Abwicklung der gescheiterten Ehe und für die Kinder, der staatliche Schutz der Ehe und die staatliche Kontrolle ihrer Auflösung. Eine völlige Ablösung der in der christlichen Tradition gewachsenen Wertgrundlagen durch eine aufgeklärte Pragmatik ist nicht abzusehen, eher ein Experimentieren mit neuen Formen vor, neben und um die Rechtsform der Ehe. Es zeigt sich außerdem die Schwierigkeit, in dem komplizierten Geflecht von Zivilisation der Sexualität, von personaler Verantwortung zwischen den Geschlechtern, von kleinster überindividueller Wirtschaftseinheit, von Intimbereich der Erzeugung und Sozialisation der Kinder, das in der Ehe zusammenläuft und empirisch-sozialwissenschaftlich bei weitem noch nicht durchschaut ist, jenseits von Tradition und vorsichtiger Anpassung an sich wandelnde Verhältnisse neue, auf « Vernunft » und Interessenausgleich gegründete Regeln zu finden. Die Empfindlichkeit der Gesamtgesellschaft in bezug auf das herrschende und praktizierte Ehebild, wie es von der Rechtsordnung umgrenzt wird, wird von der säkularen Staatsgewalt sehr bald empfun-

den, sobald die kirchliche direkte oder indirekte Verantwortung für Ehe und Eherecht zurücktritt. Der dabei häufig versuchte Rückgriff auf ein christliches Ehebild zur Legitimation des staatlichen Interesses an der Erhaltung der Ehe als gesellschaftliche Institution ist innerhalb einer liberal-pluralistischen Gesellschaft problematisch, weil er leicht den Gesetzgeber von der Verantwortung, eine interessengerechte Lösung zu entwerfen, entbindet, andererseits aber theologisch begründete, aus kirchlichen Rechtsordnungen stammende Rechtsbegriffe undurchdacht in eine andersartige Umgebung versetzt, die ihnen andere Funktionen gibt. - Die christlichen Kirchen werden den Inhalt ihrer Botschaft zur Ehe angesichts dieser Lage neu durchdenken müssen. Sie werden dabei verstärkt zu berücksichtigen haben den Primat der Nächstenliebe, die Achtung der Selbstverantwortung und Mündigkeit des Menschen, die Rangordnung zwischen Heilsvermittlung einerseits und Einwirken auf die Sozialverhältnisse andererseits, die gegenüber dem säkularen pluralistischen Staat und seinem Recht gebotene Distanz und die andererseits daraus gewonnene kirchliche Freiheit.

Divorce and secularization.

The passages from the New Testament regarding the matrimony obviously turn against the contemporary jewish and roman practice of divorce; they refer to the one entity of man and woman before the fall of man, to the forthcoming Parousia, and to the special symbolical meaning of the style of living of the disciples of Christ, respectively of the early christian communities. So far these texts do not represent a marriage law, but they give expression to a theology and to ethics of the matrimony. An approach to a complete doctrine of matrimony, excluding the dissolution of marriage, presents the occidental doctrine of the Fathers of the Church, above all Augustin. But only the development and rule of the canon law and the intention of the curia to systematize lead since the 12th century to a system of law excluding the divorce of a valid marriage and the possibility to marry again. Until the council of Trient there cannot be reckoned with the entire penetration of the canon marriage law into the social circumstances. The fusion of the marriage, in particular the inhibition of divorce, and of the sphere of sacral law (ius divinum, Law of Nature, the nature of sacrament) allows an alteration of the law only by the means of secularization, that is to say by the detachment from the ecclesiastical legislative authority and even substantially by the detachment from the authority of the ecclesiastical doctrine.

The marriage doctrine of the continental Reformation denies the marriage being a sacrament and assigns the marriage as a secular

matter to the legal competence of the secular State authorities. Thus the church, understood as an ecclesiastical office, should become free for the cure of souls. But the State authorities are thought as christianlike, so that they observe the commandments of God while working up the laws and consequently pay regard to the instructions of the Old and the New Testament for marriage and divorce. This theoretical approach and the necessity to fill the vacuum that resulted from the collapse of the ecclesiastical jurisdiction in matrimonial matters, lead both to an elaboration of a protestant law of divorce in ecclesiastical-secular competency. In this law divorce exists with the possibility to marry again, but regularly only for the innocent part. The ruling rigorous doctrine makes the attempt to limit the grounds for divorce to adultery and to wilful desertion. But as a result there are no clear definitions of notions; that is why the so called more liberal line of thought elaborates a nearly unlimited great number of grounds for divorce, always arguing with derivations from the basis of christian sources. Certainly the protestant law relating to divorce argues on christian foundations, but it also transfers the final responsibility in matrimonial cases to the State, and moreover it makes possible not only the divorce, but also a relatively frank discussion and consideration of goods concerning the allowable causes for divorce. That is why the problem of secularization does not touch the protestant law of divorce in its substance.

On the basis of the theoretical first beginnings of the idea of contract the marriage law gets a clear secular foundation during the Age of Enlightenment. Since now the purpose of marriage and the causes for divorce can no longer be derivated from the religious texts. But it becomes evident that it is not easy to establish a completely new foundation for the standards of marriage, and that the State, following the interest to have steady social circumstances, extends the possibilities for divorce only hesitatingly. Yet the idea of self-determination of the married people gets influence on the legal regulation of the grounds for divorce, as a historical-christian heritage remains the public-authoritarian procedure in matrimonial matters as well as the preponderance of the fault as an essential element in the casuistry of the causes for divorce.

The German Civil Code from 1896 takes recourse to christian reasons and to the more rigorous protestant marriage law including the fault as an essential element for divorce. Therefore the law striving towards enlightenment gets driven back and a « resacralization » of the legal reasoning takes place, although the German Civil Code is normally a strict secular codification founded on Liberalism. It may well be that here is intended to absorb intensified impulses of modernization and social mobility in the sphere of marriage. But this proves to be a legal illusion and ideology, because the increase of the rate of

divorce remains relatively uninfluenced by the kind of divorce law that is applied. The application of the principle of fault proves to be not adequate in a secular system of law that is based on law and justice and also considering the problems of a pluralistic industrialized society. The practice of divorce is more clearly determined by the social circumstances, even the confessional traditions, than by the law of divorce. The « strictness » of the law relating to divorce becomes executed only in some few cases of supreme judiciary, but for the rest practically predominates the conventional divorce.

Even after the change of the german law relating to divorce from the principle of matrimonial offence to the principle that a marriage can be divorced, when it is wrecked for a certain time, still remain important traditions of the historical Christianity as a component part and a subject matter of that law: The partnership of contract between man and woman enjoying equal rights; their responsibility for each other even during the liquidation of the wrecked marriage and their responsibility for the children; the public protection of the marriage and the public « control » over its desintegration. One cannot say that there will be a total substitution of the fundamental values as grown in the christian tradition by an enlightened pragmatic; more likely is predictable the making of experiments with new forms beside the legal form of marriage. There appears the difficulty to find new rules for the complicated connexion of different aspects existing in the matrimony like civilisation of sexuality, personal responsibility between the sexes, the smallest economical unit above the individuals, the privacy of procreation and education of the children, which are not yet discovered totally by the empiric-sociological science. The difficulty is to find new rules which are based beyond traditions and careful conformation to the changing circumstances especially on « reason » and the balance of the interests that are involved. The sensitivity of the whole society to the ruling and practised conception of matrimony as it is circumscribed by the legal system, is perceived by the secular authorities of the state as soon as the direct or indirect responsibility of the church for marriage and the marriage law is pushed into the background. By that the legislator took frequently often recours to the christian conception of matrimony to legitimate the interest of the state to preserve the marriage as a social institution. This recours is rather problematical within a liberal-pluralistic society, because on the one side the legislative organ is easily released from its responsibility to find out a solution which is appropriate to the interests, and on the other side the theological substantiated legal concepts are displaced without being reflected thoroughly from an ecclesiastical legal order into a different environment that gives them a different meaning. Considering that situation, the christian churches will have to think over their message for matrimony. They will have

to take into account more accentuated the primacy of charity, the regard of the self-responsibility and the majority of the human being, the order of importance between the doctrine of salvation on the one hand and the influence on the social circumstances on the other hand, the required distance against the secular pluralistic state and its law and the liberty of the church, gained out of this distance.

H. COING, *Die Auseinandersetzung um kirchliches und staatliches Eherecht im Deutschland des 19. Jahrhunderts.*

Als sich Deutschland nach der politische Einigung im Jahre 1871 entschieden hatte, das Privatrecht zu kodifizieren, wurde eine Kommission ernannt, die einen Entwurf ausarbeiten sollte. Die Kommission ernannte sodann jeweils einen Juristen als Redaktor für die fünf Hauptteile des in Aussicht genommenen Gesetzbuches. Der Redaktor hatte den Auftrag, einen ersten Entwurf herzustellen und die Gründe für seine Vorschläge in einer ausführlichen Ausarbeitung darzulegen.

Der Redaktor für den Teil des Familienrechts, Gottlieb Planck, beginnt seine Darlegung mit einer breiten diskussion der Frage, ob der Staat überhaupt berechtigt sei, die Ehe zu regeln oder ob er diese Frage den Kirchen überlassen sollte.

Der vorliegende Beitrag analysiert diese Darlegung des Redaktors. Plancks Lösung war, ein staatliches Eherecht zu befürworten, ebenso die Zivilehe, aber bei der materiellen Regelung des Eherechts die Regeln der protestantischen Kirche zugrunde zu legen.

The discussion on religious and civil marriage-law in 19th century Germany.

When after the political unification in 1871 it had been decided to codify private law, a commission was created to prepare a draft. The commission, then, appointed one lawyer as « Redaktor » for each of the five main parts of the code to prepare a first draft and to state the reasons for his proposals in a written opinion.

The « Redaktor » choosen for the family-law, Gottlieb Planck, began his opinion with a broad discussion of the question whether the state had the right to regulate marriage or whether this subject had to be left to the churches. The article analyses his deductions. Planck's solution was to advocate state-legislation for marriage (« Zivilehe ») but in the same time to take the rules of the protestant churches as basis for the substantive regulation.

A. OLLERO, *El debate de la ley española de matrimonio civil de 1870.*

El proyecto de ley de matrimonio civil, elemento significativo del arranque del proceso de secularización en el derecho español, se caracteriza por su afán de mantener los contenidos éticos propios de la concepción católica del matrimonio, pero volcados en una forma civil establecida con carácter obligatorio y generalizado.

Como fundamento para adoptar esta polémica decisión — que haría que la ley, « provisional », no llegara en efecto a superar los cinco años de vida — se apela al derecho individual a la *libertad* de cultos, que exigiría una peculiar *igualdad* ante la ley; por otra parte, se recurre al derecho del Estado a regular los efectos civiles del matrimonio, mediante un régimen *neutral* respecto a todo contenido religioso.

Para contrarrestar el peso de la dimensión *sacramental* del matrimonio se insiste en su carácter *contractual,* aunque se eviten sus consecuencias individualistas, manteniendo a todo trance la indisolubilidad. Unos y otros están de acuerdo en que el matrimonio es « algo más » que un contrato, aunque lo tribuyen a su raiz religiosa o a un fundamento moral-secular. El contracto actua más como *modelo* de la constitución de la relación matrimonial que como su *fundamento* esencial.

La jerarquía católica interviene en el debate, dirigiéndose pública y directamente al Parlamento, en vez de limitarse a ilustrar a sus fieles, dejándoles la iniciativa. La insistencia en fundamentar religiosamente las argumentaciones de derecho *natural* las tiñe de una paradójica dimensión *sobre-natural.*

La libertad de cultos excluía el mantenimiento de la imposición *generalizada* de la forma canónica del matrimonio. La imposición *generalizada* de la forma civil (a la que cabía añadir cualquier otra religiosa sin efectos civiles) acaba cobrando una valencia *confesional.* Dado que la *norma* jurídica actúa como modelo de la conducta considerada socialmente como *normal,* se produce una peculiar « guerra de religión »: lo que se presentaba como forma *neutral* producía en la práctica un efecto *neutralizador.*

De hecho, se oponen dos posibles concepciones de la secularización. Una, basada en la *libertad,* considera lógico que las opciones religiosas mayoritarias encuentren reflejo en la norma jurídica, en virtud de su arraigo social, siempre que se respete la conciencia de los ciudadanos. Junto a esta *secularización pluralista,* se da otra, obsesionada por la *igualdad* y sus presuntas consecuencias neutrales, que — argumentando que con ello « a nadie se obliga » ni « a nadie se prohibe » — impone una forma civil obligatoria. Esta *secularización uniformista* tiene efectos prácticos neutralizadores respecto a la confesión religiosa mayoritaria; pretende evitar que una forma civil de carácter meramente opcional

implicara cierto rechazo social para los que se acogieran (minoritariamente) a ella.

Esta actitud, aparentemente « permisiva », impone en realidad una determinada concepción ética. Procura evitar, no sólo que se obligue a alguien a seguir las pautas religiosas dominantes, sino más bien que pueda *sentirse obligado* a ello.

Una fundamentación « secular » de la convivencia social exige el respecto al pluralismo social, sin excluir el posible eco de las concepciones religiosas en él. Tan absurda como la imposición *autoritaria* de perspectivas religiosas sería la esclusión *confesional-permisiva* de su posible reflejo jurídico. Cuando lo *moderno* se identifica con una « Ilustración » *individualista* o una « emancipación » *colectivista*, la secularización uniformista — neutralizadora de lo cristiano — se hace inevitable.

The Debate around the Spanish law on civil marriage of 1870.

The bill on civil marriage, which provides an important starting point in the process of secularization in Spanish law, is typified by its desire to maintain ethical contents which are peculiar to a Catholic conception of marriage, translating them into an establish civil form with a general and compulsory character.

The individual's right to *freedom* of worship, which would demand a peculiar *equality* before the law, is brought in as a basis to adopt this controversial decision — which would in effect make this « provisional » law last no longer than five years. On the other hand, the right of the state to regulate the civil effects of marriage is proclaimed trough a legislation which remains *neutral* with regard to all religious content.

The *contractual* character of marriage is emphasized to balance the weight of its *sacramental* dimension, though the possible individualistic consequences of this contractual character are avoided by maintaining its indissolubility at all cost. Everyone agrees that marriage implies « something more » than a mere contract though they may attribute this to its religious rooting or to some kind of moral-secular foundation. The contract acts as a *model* for the constitution of the matrimonial relationship, rather than as its essential *basis*.

The Catholic hierarchy intervenes in this debate, addressing itself directly to Parliament, and not just informing the faithful, so that they may make up their minds. This persistence in founding *natural* law arguments in a religious way, tinges then with a paradoxical *supernatural* dimension.

Freedom of worship prevented the *general* imposition of a canonical form of marriage. The *general* imposition of the civil form (to which

it was possible to add any religious one without civil effects) ends up assuming a *confessional* value. Since the juridical *norm* acts as a model for the conduct which is social accepted as *normal*, a peculiar « religious war » is brought about: That which was presented as a *neutral* form had in practice a *neutralizing* effect.

In fact, two possible views on secularization oppose each other in this debate. One, which considers that it is just for the religious views of the majority to have a reflection on the juridical norm, as a consequence of its social rooting, and provided that the individual conscience of all citizens is respected. Together with this *pluralistic secularization*, a second view is proposed: that which, obsessed with equality and its assumed natural consequences, imposes a compulsory civil form, arguing that with it « no-one will be compelled » and « no-one will be forbidden ». This *uniformistic secularization* has neutralizing practical effects regarding the religious confession upheld by the majority. It seeks to avoid the possibility by which a civil form with a merely optional character might imply a certain social rejection for those in the minority who might have recourse to it.

This apparently permissive attitude imposes in practice a certain ethical conception. It wants to avoid, not just the possibility of someone being compelled to follow the predominant religious lines, but also that someone *might feel compelled* to do so.

A secular foundation of social coexistence requires respect for social pluralism, without exclusion of the echo that religious conceptions might have in it. The *confessional-permissive* exclusion of religious views and their possible juridical reflections would be as absurd as the *authoritarian* imposition of these views. When the concept of « *modern* » is identified with an *individualistic* « Illustration » or a *collectivistic* « emancipation », the uniform secularization which neutralizes all that is christian, comes as an inevitable consequence.

G. FURGIUELE, *Itinerari e prospettive sulla vicenda del diritto di famiglia in Italia.*

La comparazione del nuovo diritto di famiglia italiano con quello espresso dal codice civile del 1942 induce a concludere nel senso che il primo più del secondo possa ritenersi conforme ai princìpi del Cristianesimo.

Ciò non significa che non vi siano aspetti, come il divorzio, sicuramente non cristiani o che dal punto di vista del Cristianesimo storico la valutazione non possa ribaltarsi. Significa soltanto che princìpi fondamentali del nuovo diritto quali quello dell'accordo fra i coniugi, dell'eguaglianza dei loro diritti e doveri, della più ampia solidarietà

fra i membri della famiglia e al tempo stesso del reciproco rispetto per l'altrui libertà rappresentano sicuramente valori cristiani.

L'introduzione di tali princìpi nell'ambito della legislazione civile sulla famiglia è tuttavia frutto del processo di secolarizzazione. Può infatti ritenersi che quegli aspetti sopra indicati, sostanzialmente espressivi di valori cristiani, siano anche ricollegabili nella loro essenza ad alcuni dei più tipici fattori del processo di secolarizzazione. Così la sensibilità rivelata dalla recente riforma del diritto di famiglia per la tutela dei diritti dei singoli corrisponde all'affermarsi dell'individualismo moderno; il principio dell'accordo alla crescente valorizzazione della domanda politica di partecipazione; la mancata imposizione di un modello di comportamento familiare al diffondersi dei valori del pluralismo e della razionalizzazione; l'accentuato rilievo della solidarietà familiare all'estendersi del rispetto degli obblighi di solidarietà in ogni settore della vita sociale, là dove individualismo, partecipazione, pluralismo, razionalizzazione, solidarietà (e tolleranza) rappresentano tipici ' segni ' di secolarizzazione.

La conclusione, a proposito di famiglia e diritto, è nel senso che non possa sottovalutarsi la portata delle innovazioni espresse dal nuovo diritto della famiglia e bell'ulteriore senso che non debba ravvisarsi conflitto fra i princìpi di libertà e solidarietà da esso accolti. Per quanto poi concerne l'immagine giuridica di famiglia è da rifiutarsi ogni rinvio al concetto di comunità poiché quest'ultimo potrebbe rivelarsi idoneo a riproporre soluzioni, non più attuali, di subordinazione del singolo rispetto al gruppo.

A proposito di Cristianesimo e secolarizzazione la conclusione è invece nel senso che, al di là delle occasionali interferenze, i motivi di contrasto possano finire per prevalere ed in particolare che una tendenza secolarizzata alla negazione alla famiglia di ogni suo valore dal punto di vista del realizzarsi della personalità individuale possa dar luogo in materia ad un radicale conflitto coi princìpi del Cristianesimo e quindi ad un'effettiva, sostanziale ' scristianizzazione '.

Views and perspectives in Italian family Law.

If one compares the new Italian family law with the 1942 version contained in our civil code it is at once apparent that the former is closer to the principles of Christianity.

Without denying that certain aspects of the new law, such as those which refer to divorce, are definitely anti-Christian or that from the point of view of historical Christianity this evaluation may in time be turned upside down, it merely means that the fundamental principles underlying the new law — such as the harmony between the couple, the perfect equality of the rights and duties of each, the feeling of

family solidarity linking all members of a family and at the same time a mutual respect for the personal freedom of each — all these surely express Christian values.

However, the introduction of these principles into the field of civil legislation on the family derives from the progressive secularization of Italian society. In effect the specific aspects of the law, to which we referred above as expressing Christian values, also express in essence some typical elements of this secularization. Thus the new law reveals a sensitivity towards the rights of the individual that corresponds to modern individualism; the principle of harmonious relations between the couple, to the political request for greater and greater participation; the absence of a fixed model of family behaviour to the spread of pluralism and rationalism; the new emphasis on family solidarity to a new respect for the principle of solidarity in all walks of social life, in which individualism, participation, pluralism, rationalism, solidarity (and tolerance) are the typical 'signs' of secularization.

Both from the point of view of the family and the new law, these innovations should not be undervalued, nor is there any noticeable conflict between the principles of freedom and solidarity it embodies.

As regards the legal character of the family any reference to the idea of community should be avoided since this could involve outdated solutions in which the individual is subordinated to the group.

With regard to Christianity versus secularization, however, over and beyond certain occasional interference, the reasons for disagreement are bound to prevail. In particular a secular tendency to deny the family any value in the development and affirmation of the personality of the individual could lead to a radical conflict with the principle of Christianity and therefore, in effect, to a de-Christianization of the law.

L. MENGONI - C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato.*

In apertura del discorso gli autori si interrogano sul modello da utilizzare nell'analisi dei rapporti tra l'evoluzione del diritto privato e il processo di secolarizzazione. Vengono rinvenute due vie possibili: una esclusivamente orientata in senso storico, l'altra propriamente critica. La seconda è quella scelta, perché ritenuta culturalmente più interessante al fine di accertare quanto dei vari istituti che la recente tradizione del diritto privato ha fatto giungere fino ai giorni nostri sia misurabile in termini di secolarizzazione.

Il primo problema da affrontare è quello della definizione della categoria in esame. « Secolarizzazione » infatti è un termine veramente

singolare, che a una analisi attenta si rivela utilizzato in una serie innumerevole di significati. Partendo dall'idea secondo cui il diritto è forma delle relazioni sociali, gli autori pervengono al significato che appare più omogeneo rispetto all'oggetto dell'indagine. « Secolarizzazione », allora, viene intesa come la categoria del *puro al di qua*. Trasposto nell'universo del linguaggio giuridico, ciò conduce a considerare secolarizzato un ordinamento che sia inteso come sistema logicamente chiuso e al cui operare nessun referente esterno si riveli utile. Una struttura giuridica veramente secolarizzata è totalmente aliena dall'influsso di valori desunti *aliunde* e la vicenda giuridica si riduce alla semplice applicazione di norme poste dal legislatore.

Con riguardo al diritto privato tale modello si trova storicamente verificato nell'Europa occidentale del secolo scorso. I fondamenti filosofici del diritto naturale e dell'illuminismo avevano inteso il ruolo del giudice in termini di puro enunciatore del diritto in quanto legge, non in grado di aggiungere alcunché a quanto in quest'ultima si trova già stabilito. Il positivismo giuridico, che ebbe il suo massimo fulgore all'inizio con Savigny e alla fine con la dottrina pandettistica, si rivela il modello perfetto della secolarizzazione nel diritto privato.

Gli ultimi decenni del secolo scorso e i primi di questo secolo mettono in luce un approccio al fenomeno giuridico che va gradualmente divergendo dal precedente. I valori irrompono nel sistema normativo e ottengono riconoscimento formale, specialmente nelle costituzioni più recenti. Dalla prima guerra mondiale in poi esse cominciano a mostrare la particolare attenzione che le democrazie moderne dedicano alla promozione sociale degli individui, particolarmente di quelli meno forti. Per questi ultimi un ordinamento giuridico secolarizzato secondo il modello approntato dagli autori significherebbe infatti il perpetuarsi di un'esistenza difficile e senza speranza.

Outlines of Secularization in Modern Private Law.

At the beginning of this study the authors ask themselves about the model to pursue in analysing the relationship between the modern evolution of private law and the secularization process. They find two possible ways: one properly historical and another just critical. The latter is the one they choose because in their mind it is culturally more interesting to look for what here and now is measurable in terms of secularization among the mechanisms which the recent tradition of private law has given us.

First of all they face the question regarding the definition of the category they have to use. Secularization indeed is a very odd term in the cultural debate, seeming to indicate a singular thing, whereas the analysis reveals innumerable meanings. The idea that law is the form

by which social relations find their shape induce the authors to use the definition of secularization that appears to be the more homogeneous the object of analysis.

Secularization, then, has to be intended as the category of what is absolutely « not beyond », purely « in ». As translated in the juridical discourse it means that secularized is a law system logically conclusive, so that nothing out of it is necessary or helpful to its working. A very secularized structure of law is totally free from external values and the judicial process is a pure enforcement of rules stated by the legislator. With regard to the private law this model can be found in Western Europe of nineteenth century.

Philosophical foundations of Natural Law and Illuminism had conceived the role of jurisdiction as that of the pure mouth of the law, not able to add anything to what has been previously determined in statutes. Juridical Positivism, which attained its climax in Germany with the great figure of Savigny at the outset and the end of the doctrine of Pandects at the decline, is found to be the perfect model of secularization in private law.

The last decades of nineteenth and the first ones of the twentieth century show a gradually different approach to the law. Values penetrate in the legal systems and are formally recognized, especially in modern Constitutions which, since World War I, have come to signify the particular attention modern democracies dedicate to the social promotion of citizens, particularly of those less prominent, for whom a secularized according law system to the terms above indicated, would mean a continuation of uneasy and unhappy existence.

DIRITTO PENALE
KRIMINALISTIK

W. NAUCKE, *Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts.*

An Texten Luthers, Beccarias und Kants wird gezeigt, daß sich das allgemeine Problem der Rechtfertigung der Strafe von Luther zu Kant nicht ändert. Man registriert, daß die bestehende Ordnung tatsächlich nicht ausnahmslos respektiert wird. Man fragt ob es zulässig ist, die bestehende Ordnung gegen Abweichung mit Strafe zu verteidigen; und man fragt, falls diese Zulässigkeit überhaupt begründbar ist, nach der richtigen Intensität und nach der Grenze der Verteidigung der bestehenden Ordnung durch Strafe.

Verändert werden nur die Autoritäten, die die Entscheidung tragen: Strafe, gegründet auf Gottes Willen; Strafe, gegründet auf die menschliche politische Vernunft; Strafe, gegründet auf wissenschaftlicher Einsicht (reine Vernunft). Gerade diese Änderung der Autoritäten gilt als Kennzeichen für die Säkularisation der Strafrechtsbegründung.

Säkularisation der Rechtfertigung der Strafe läßt sich daher auffassen als ein Überführen eines feststehenden Problems und nicht veränderbarer Lösungsmöglichkeiten aus einem christlichen Sprach- und Argumentationszusammenhang in einen aufklärerischen und einen wissenschaftstheoretischen Sprach- und Argumentationszusammenhang. Die inhaltlichen Unterschiede zwischen christlicher, aufklärerischer und wissenschaftstheoretischer Begründung der Strafe sind so unauffällig, daß sich das wissenschaftstheoretisch begründete Strafrecht als ein unformuliertes christliches Strafrecht bezeichnen läßt.

Wenn man aber die säkularisierte Strafrechtsbegründung beim Wort nimmt, wenn man also weginterpretiert, daß Säkularisation nur Theologie und Aufklärung in aktuellem Gewande ist: dann ist Säkularisation der Strafrechtsbegründung ein dramatischer Vorgang. Die säkularisierte Strafrechtsbegründung hat keine Autorität gegenüber Abweichung; für die säkularisierte Strafrechtsbegründung ohne historische Interpretation und ohne Kontrolle durch nicht säkularisierte

Begriffe ist das Bestrafen zufällige Machtausübung, die jederzeit mit größerer Macht geändert werden kann.

Christian, Enlightenment and scientific Justifications of Criminal Law

On the basis of texts from Luther, Beccaria and Kant, this paper argues that the general problem of the justification of punishment did not change over the period their works span. The essential structure of the justificatory enterprise remains constant. Consistently, the starting point is the recognition that the established order is not uniformly respected; this leads to the question whether it is permissible to defend the established order, against deviation with punishment; and then, once that question is answered in the affirmative, the inquiry turns to questions about the appropriate intensity and outer limits of of defending the established order with criminal sanctions.

In the various accounts, only the ultimate source of legitimating autorithy changes. One moves from punishment grounded in God's will to punishment grounded in the political reason of man to punishment grounded in scientific insight (pure reason). It is precisely this change of ultimate authorities that serves as the indicator of the process of secularization in successive efforts at grounding criminal law.

Secularization of the justification of punishment can accordingly be conceptualized as a process whereby a fixed problem with an unalterable set of possible solutions was gradually reformulated to meet the argumentative expectations of successive intellectual milieus. A problem which had initially been analyzed in terms of Christian ideas and modes of argumentation was recast in terms more consonant with enlightenment and scientific styles of thought. The substantive differences in the actual content of Christian, enlightenment, and scientific justifications of punishment are so insignificant that scientifically grounded criminal law may fairly be characterized as reformulated Christian criminal law.

If, however, one takes the secularized justification of criminal law at its word — if, that is, one rejects the interpretation that secularization is merely theology and enlightenment thought in modern garb — then secularization of the justification of criminal law constitutes a dramatic development. So viewed, secularization reflects a loss of confidence in the possibility of grounding criminal law. Secularized justifications of punishment no longer have any greater claim to legitimacy or authority than deviance. From the perspective of wholly secularized justifications of criminal law, which proceed without historical interpretation and without the controls afforded by non-secularized concepts, punishment is merely an arbitrary exercise of power, alterable at any time by still greater power.

M. A. CATTANEO, *Cristianesimo e pensiero giuridico liberale.*

Il tema da me trattato riguarda l'eventuale influsso del Cristianesimo sul moderno pensiero giuridico liberale, con particolare, anche se non esclusivo, riguardo al diritto penale. Il punto di partenza della mia ricerca è l'affermazione della dignità umana da parte di Kant, la seconda formulazione dell'imperativo categorico, elaborata nella « Grundlegung zur Metaphysik der Sitten ». A mio giudizio questo principio è la vera radice del liberalismo di Kant, è la fondazione morale della dottrina dei diritti dell'uomo. È chiaro che l'affermazione kantiana dell'uomo come fine in se stesso ha una precisa origine cristiana. Ricordiamo il luogo biblico, dove è detto che Dio creò l'uomo a sua immagine e somiglianza (Gen. I, 26-27); l'idea della dignità umana pervade l'intero Nuovo Testamento, caratterizza la dottrina cristiana dell'amore del prossimo. Il rapporto fra princìpi cristiani e dignità umana è chiaramente affermato nella Dichiarazione conciliare « Gaudium et Spes », e soprattutto nell'enciclica « Redemptor Hominis » di Papa Giovanni Paolo II. Su questa base la mia ricerca si articola in tre direzioni. In primo luogo, la secolarizzazione del diritto naturale e specialmente del diritto penale, cioè il distacco del diritto naturale dalla teologia morale: questo processo ideale, che è stato sviluppato dall'Umanesimo, dalla scuola moderna di diritto naturale, dall'illuminismo, è accettato e presupposto dal moderno liberalismo giuridico. La secolarizzazione del diritto in questo senso esprime una distinzione di piani e non significa per nulla rifiuto della religione o della teologia; anzi, essa limita l'indagine razionale all'àmbito terreno e contribuisce alla interiorizzazione e purificazione della fede. La distinzione kantiana fra moralità e legalità può essere considerata come il prodotto finale di questo processo storico. Il secondo punto riguarda un elemento tipico dello Stato di diritto liberale: l'affermazione della legalità e della certezza del diritto. Questo principio liberale è legato al cosiddetto formalismo giuridico. A prima vista appare qui un contrasto con l'« anti-formalismo » che caratterizza la dottrina di Gesù nel Discorso della Montagna, la Sua concezione della legge: i precetti di Gesù si rivolgono in primo luogo all'interiorità dell'uomo e non primariamente al comportamento esteriore. In realtà però il contrasto è soltanto apparente, perché la dottrina di Gesù è a livello *morale*, riguarda la legge morale, mentre il formalismo liberale è a livello *giuridico*. Inoltre l'idea della certezza del diritto conduce a risultati (libertà giuridica, sicurezza della vita) che sono intimamente cristiani. Una difesa indiretta di queste idee si trova anche in certe parole e in certi atteggiamenti di S. Paolo negli Atti degli Apostoli. L'influsso delle idee cristiane appare assai chiara nel terzo punto: la riforma in senso umanitario del diritto penale, alla quale hanno dato un contributo rilevante uomini come Thomasius,

Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Hommel. A questo riguardo hanno un particolare rilievo la battaglia contro la tortura e contro i supplizî feroci, nonché la severa critica dell'idea di vendetta come base della funzione e dello scopo della pena. Infine ho esaminato un esempio di dottrina penalistica cattolico-liberale: la dottrina del grande criminalista italiano dell'Ottocento Francesco Carrara, che è fondata su una base giusnaturalistica, che può essere definita insieme cattolica e illuministica. Carrara deduce il suo diritto penale dalle eterne leggi di Dio, e sviluppa la sua dottrina verso esiti liberali, in quanto pone come scopo della pena la « tutela giuridica », cioè la difesa dei diritti individuali lesi dal delitto.

Da questa ricerca non ho tratto conclusioni precise e definitive; è tuttavia mia convinzione che il pensiero giuridico liberale sia ampiamente foggiato da idee e valori cristiani.

Christianity and the legal Thought of Liberalism.

My paper concerns the problem of the possible influence of Christian ideas and values on the modern liberal legal thought, with particular, although not exclusive, regard to criminal law. Its starting point is Kant's assertion of human dignity, the second formula of categorical imperative in the « Grundlegung zur Metaphysik der Sitten ». This proposition is in my opinion the real root of Kant's liberalism, is the moral foundation of the theory of human rights. It is obvious that Kant's idea of man as an end in itself has a clear christian root. Let us remind the passage in the Bible, where it is said that God created man at His image (Gen. I, 26-27). The idea of human dignity permeates the whole New Testament, the Christian doctrine of neighbour's love in the Gospel. The relation between Christian principle and human dignity is clearly stated in the Declaration of the Council « Gaudium et spes » and in the Encycl « Redemptor Hominis » of Pope John Paul II. On this basis my research goes into three directions. Firstly, the secularisation of natural law, and specially of criminal law, the separation of natural law from moral theology; this ideal process, which was pursued by Humanism, the modern school of natural law, the enlightenment, is accepted and presupposed by juridical liberalism. Secularization of law in this respect expresses a distinction of levels and does not mean at all rejecting religion or theology; on the contrary, secularisation limits the rational research on a wordly level and therefore it contributes to a purification of Faith. Kant's distinction between Morality and Legality can be considered as a last product of this development. Therefore I consider secularisation as a Christian influence on liberal legal thought. Secondly, the typically liberal problem of security of law (which is a pillar of the « Rechtsstaat »). This liberal

principle is strictly connected with the socalled legal formalism. At first sight there is a contrast between this principle and the « anti-formalism », which characterizes the Sermon of the Mountain, Jesus's doctrine of the law. But the contrast is only apparent, because Jesus's doctrine is on the *moral* level, concerns the moral law, while the liberal formalism is on the *legal* level. The idea of security of law leads to ends which are shaped in a Christian way. An indirect defence of such principles is found in some words and attitudes of Saint Paul in the Acts of the Apostles. The influence of Christian ideas appears very clear in the third point of my research: the humanitarian reform of criminal law, to which great contributions have been made by men like Thomasius, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Hommel. In this connection are very important the battle against torture and the cruel punishments (such as capital punishment accompanied by tortures), and the severe criticism of revenge as the basis of the end if punishment. At the end I have analyzed an example of a catholic-liberal theory of punishment: the doctrine of the great Italian criminal jurist of the XIXth century Francesco Carrara. This doctrine has been built on the natural law, in a way which is, in the same time, catholic and typical of the Enlightenment. Carrara derives the penal laws from the eternal laws of God, and develops his theory towards liberal ends, in so far as he puts as purpose of criminal law the « tutela giuridica », that is the protection of individual rights, which have been injured by crime.

From such research I have not derived clear cut consequences; however I am convinced that the legal thought of liberalism is deeply shaped by Christian ideas.

K. LÜDERSSEN, *Vergeltung und Sühne vor dem Forum der christlichen Ethik - kein Platz mehr für absolute Strafzwecke?*

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob man heute noch die Strafzwecke Vergeltung und Sühne auf der Grundlage einer christlichen Ethik rechtfertigen kann. Es werden dabei in wesentlichen zwei Argumente entwickelt: 1. Das im alten Testament geforderte Talionsprinzip war die Basis eines sippenrechtlichen, privaten Strafrechts (W. Preiser). Seine Übertragung auf ein modernes, öffentliches Strafrecht ist deshalb nicht selbstverständlich, umso weniger, als seine ethische Bedeutung durch neutestamentliche Gebote relativiert wird. 2. Die christliche Idee der Sühne ist auf den Umgang der Menschen untereinander und mit Gott bezogen. Sühne kann dabei nur durch ein einverständliches, nicht aufgenötigtes Verhalten gedeutet werden. Daher scheidet für ein auf positivem und kontingentem Recht beru-

hendes öffentliches Strafsystem Sühne als Strafzweck aus. Es bleibt die Frage, ob an Stelle von Vergeltung und Sühne nicht die christliche Idee der gesellschaftlichen Mitverantwortung und gewaltfreien Verständigung Eingang in ein säkularisiertes, auf die Prävention künftiger Verbrechen gerichtetes Strafrecht Eingang finden sollten.

Retribution and Expiation in the light of Christian Ethic.

This paper deals with the question wether retribution and expiation as objectives of sentencing can still be justified today on the basis of a Christian ethic. The two main arguments put worward are: 1. The talionic principle demanded in the Old Testament was based on a genealogical private penal system (W. Preiser). Its application to modern public penal law is therefore not self-evident, all the less so since its ethical value is modified by the New Testament. 2. The Christian idea of expiation is connected to people's relationships with each other and with God. Expiation can only be achieved by a mutually accepted form of behaviour not one which is imposed. For this reason expiation can have no claim as an objective of sentencing in a public penal system based in positive an contingent law. The question remains, whether or not, instead of retribution and expiation, the Christian idea of social responsibility and peaceful agreement should be introduced in a secularized penal system which aims at the prevention of future crimes.

M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*

L'indagine intende verificare l'influsso che il processo di secolarizzazione ha esercitato ed esercita sulle legislazioni penali, con riferimento al *sistema dei reati*. In apertura si chiarisce in quale senso l'ordinamento politico del mondo e gli ordinamenti giuridici che noi concepiamo come « moderni » possono dirsi secolarizzati; si accenna all'atteggiamento della Chiesa cattolica e delle Chiese protestanti nei confronti della « mondanizzazione » della politica e del diritto; si sottolinea il grandissimo contributo dato in questa direzione dal pensiero cristiano, ma anche la resistenza che le Chiese hanno talvolta opposto a tale sviluppo storico. Quindi si considerano gli effetti della secolarizzazione sull'ordine legale dei reati, prendendo in esame l'evoluzione di tre particolari gruppi di figure criminose (delitti contro la « *fede cristiana* »; contro la *religione*; contro la *morale sessuale*) in alcune importanti codificazioni europee dalla seconda metà del XVIII secolo in poi. Questa analisi conduce ad osservare che il processo di secolarizzazione si riper-

cuote in misura considerevole sulla sistematica degli ordinamenti penali (alcuni reati scompaiono del tutto; alcuni mutano radicalmente collocazione e ciò è accompagnato da notevoli modificazioni della loro gravità). *D'altra parte,* risulta nello stesso tempo evidente che non poche delle fattispecie considerate, pur con rilevanti mutamenti, continuano sempre a essere presenti anche negli ordinamenti moderni e secolarizzati. L'ipotesi che si può formulare è dunque la seguente: la secolarizzazione impone l'individuazione di un significato di valore-disvalore in termini integralmente terreno-immanentistici di molti aspetti della realtà sociale. Nella ricerca della legittimazione delle diverse figure di reato, essa costringe a verificare sempre la presenza di un *danno oggettivo* o contenuto lesivo « esterno » e in questo senso contribuisce alla modernizzazione del diritto penale e della politica criminale.

A questo punto si tenta di delineare le probabili linee di tendenza delle legislazioni penali occidentali nel corso di un ulteriore sviluppo del processo di secolarizzazione. In primo luogo, si indica una *valorizzazione del « sociale »* (è verosimile per esempio un maggior rilievo dei delitti contro l'economia, contro la c.d. sicurezza interna dello Stato, ecc.), che sembra da assecondare sino a che si limiti ad accentuare l'importanza della dimensione comunitaria del cittadino, senza compromettere l'essenza della sua fondamentale libertà. In secondo luogo, si segnala un *potenziamento dell'autonomia del singolo.* Anche questa tendenza contiene aspetti positivi, ma può condurre (e in alcune legislazioni ha già condotto) a conseguenze molto gravi e inaccettabili (e in questo senso sono da respingere nettamente talune soluzioni normative in tema di omissione di soccorso, omessa denuncia di reati, interruzione della gravidanza, ecc.). Al riguardo, si sottolinea che, anche nella costruzione del sistema dei reati e nella scelta di comportamenti da incriminare, occorre guardarsi dai pericoli sempre incombenti di una degenerazione della secolarizzazione in secolarismo: nella difesa ad oltranza dell'uomo, della sua dignità, della *vita umana* anzitutto (e qui riaffiora il problema della pena di morte), devono razionalmente ritrovarsi unite la visuale cristiana e le opzioni laico-secolari di una comunità politica realmente consapevole delle sue responsabilità.

Secularization, modern penal law and crimes system.

The work has as its purpose to test the influence that the process of secularization has exerted and exerts over penal legislations referring to the *crimes system.* First of all it is explained how the political system of the world and the legal systems which are commonly considered as « modern » can be said secularized. It is secondly outlined the attitude of the Catholic Church and of the protestant Churches toward

the secularization of the politics and of the law. It is then pointed out the great contribution given by the Christian thought to this historical development, but also the resistance sometimes opposed to it by the Churches. Finally the author considers the influence of the secularization on the legal order of crimes, taking into account the evolution of three peculiar groups of crimes (crimes against the so-called « *Christian faith* »; against the *religion* and against the *sexual morality*) in some important european codifications from the second half of the eighteenth century on. This analysis shows that the process of secularization wielded a substantial influence over the classification and the system of crimes (some of them fully disappear, some others change their place thoroughly and at the same time their importance and seriousness). *On the other hand* it is clear that many of the crimes taken into consideration (although with considerable modifications) keep on being present in our advanced and secularized legal systems. The following hypothesis can be expressed: in many aspects of the social reality the secularization involves the individuation of values or negative values from an entirely immanent or eartly point of view. In the search of the legitimation of the different crimes the secularization always demands the verification of the presence of an « exterior » offence or « *material damage* » and therefore contributes to the modernization of the penal law and criminal policy.

At his point the author tries to outline the possible general trands (in the criminal systems of many western countries) concerning a further development of the process of secularization. First of all an *increase of value of the social aspects of life* is pointed out (for instance a greater importance of white-collar crimes and of crimes against the security of the State is foreseeable). This trend deserves to be favoured provided that it just stresses the social dimension of the citizen without compromising his fundamental freedom. Secondly a *reinforcement of the autonomy of the individual* is to be expected. Also this tendency has positive aspects, but can lead (and in some criminal systems has already led) to very negative and unacceptable consequences (in this sense some legal solutions about abortion, or about the cases in which somebody omits to bring help to people in danger or to report crimes to the Authorities must be strongly rejected). With respect to this the author underlines that in the construction of the penal systems and in the definition of the criminal behaviour the greatest attention must be paid to the always threatening dangers of the degeneration of secularization into secularism. The Christian thought and the secular options of a political community which must always be aware of its responsability should rationally unite in defending at all costs the human being, his dignity and first of all *human life* (and there the problem of capital punishment arises again).

W. HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung.*

Die Vorschriften über Religionsdelikte (« Straftaten, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen ») im Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland sind nach langer wechselvoller Geschichte bis heute umstritten (I.).

Ihre historische Entwicklung in Gesetzgebung und wissenschaftlicher Diskussion belegt eine Ambivalenz zwischen einer irdisch und einer überirdisch ausgerichteten Konzeption die sich bis in die jüngste Reformgesetzgebung erstreckt (II.).

Die seit 1969 in der Bundesrepublik geltende Gesetzesfassung ist ein Kompromiß zwischen Übersinnlichem und sinnlich Greifbarem (III.). Dieser Kompromiß führt in spezifische Schwierigkeiten: in unausweichliche und unlösbare Abgrenzungsprobleme (III. 1.); zu einer anachronistischen Ausweitung der Straftatbestände (III. 2); zu Unsicherheiten bezüglich der ratio legis der Vorschriften (III. 3).

Die Diskussion um die Stellung von Religionsdelikten in einer säkularisierten Rechtsordnung stößt auf Schwierigkeiten mit dem allgemeinen Begriff der Säkularisation. Dieser Begriff ist unklar. Deshalb sollen anstelle einer begrifflichen Auseinandersetzung konsensfähige Kennenzeichen eines säkularisierten Strafrechts im Bereich von Religionsdelikten entwickelt werden (IV.).

In solchen Kennzeichen kommt zum Ausdruck, daß eine säkularisierte Strafrechtsordnung über Wahrheit von Religion und Weltanschauung nicht befinden kann (V. 1.), daß sie folglich jegliche Weltanschauung gleich behandeln muß (V. 2.), daß sie sowohl bei der Bestimmung von Taterfolg und Beweisbarkeit (V. 3.) als auch von Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit (V. 4.) Religionsdelikten so begegnen muß wie anderen Delikten auch. Die Religionsdelikte im StGB der Bundesrepublik repräsentieren diese Kennzeichen nur zum Teil.

Religionsdelikte passen nicht in eine säkularisierte Strafrechtsordnung (VI.). Man kann die gezeigten Schwierigkeiten nicht durch Umformulierung der Tatbestände beheben (VI. 1.). Es gibt auch kein unabweisbares kriminalpolitisches Bedürfnis für deren Beibehaltung (VI. 2.). Weder sind Straftaten gegen Religion und Weltanschauung ein so gewichtiger Angriff auf gesellschaftliche Werterfahrung, daß ihm (vorübergehend) nur mit den Mitteln des Strafrechts begegnet werden könnte (VI. 2. a.) noch realisieren sich in den Vorschriften über Religionsdelikte unverzichtbare Wahrheiten und Werte unserer kulturellen Tradition. Diese Wahrheiten und Werte bedürfen vielmehr einer Übersetzung in die Grundlagen der Strafrechtsordnung (VI. 2. b.).

Offences against religion in a secularized legal order.

The norms on offences against religion (« punishable acts referring to religion or to *Weltanschauung* ») in the Criminal Code of West Germany have had a long history of alternate ups and downs and are still the subject of lively discussion (I).

Their historical development in legislation and academic debate documents an ambivalence between a conception oriented in a terrestrial sense and one oriented in a supra-terrestrial sense, an ambivalence which has been maintained up until the most recent legislative reform (II).

The legislative formula in force from 1969 in West Germany is a compromise between the two conceptions (III). This compromise leads to specific difficulties: to the inescapable and unsolvable problems of delimitation (III. 1); to an anachronistic extension of the criminal cases in point (III. 2); to incertainty on the *ratio* of the norms (III. 3).

The discussion on the place of the offences against religion in a secularized legal order runs into difficulties connected with the general concept of secularization. This concept is not very clear. Rather than going into a conceptual debate, it is therefore desirable to specify, in such a way as to reach sufficient consensus, those features which the criminal norms relating to offences against religion ought to put forward in a secularized legal order (IV).

Amongst these features can be pointed out: that a secularized criminal law cannot take up a position on the verity of religion or of *Weltanschauung* (V. 1); that consequently it must deal with every vision of the world in the same way (V. 2); that it must regulate the offences against religion in the same way as other offences both as regards the determination of the factual result (« Taterfolg ») and of the conditions of proof (V. 3), and as regards the problem, if the act needs punishment (« Strafbedürftigkeit ») and deserves punishments (« Strafwürdigkeit »). The offences against religion considered by the criminal code of West Germany show only in part these features.

The offences against religion are now out of the place in a secularized legal order (VI). The above-mentioned difficulties cannot be dealt with by means of simply reformulating the cases in point (VI. 1). There are, on the other hand, no pressing needs, in the terms of criminal politics, to maintain them (VI. 2). It cannot be said that the offences against religion and *Weltanschauung* are either such a serious attack on social values that they can only be confronted by using the criminal law (VI. 2a), or that the specific norms on the offences against religion embody as such unrenounceable truths and values of our traditional culture. These truths and values must, instead, be transferred into the very basis of the criminal law (VI. 2b).

UNA PROSPETTIVA SOCIOLOGICA
EINE SOZIOLOGISCHE PERSPEKTIVE

R. WIETHÖLTER, *Pluralismus und soziale Identität.*

I

Die *These des Beitrags* in a nutshell:

Moderne Gesellschaften sind säkular, komplex, pluralistisch und gleichwohl auf soziale (vernünftige) Identität (als « Einheit ») angewiesen. Säkularisierung/Säkularisation wird begriffen als unvollendetes Projekt der Moderne. Eine in religiösen und metaphysischen Weltbildern ausgedrückte substanzielle Vernunft ist seit langem auseinandergetreten in Momente von (objektivierender) Wissenschaft, von (universalistischer) Moral, von (autonomer) Kunst. Aber das Projekt der Moderne ist die Anstrengung, solche Verselbständigungen in ihrem historischen Recht ernst zu nehmen, aber ebenfalls ihren Zusammenhang für die vernünftige Gestaltung von Lebensverhältnissen zu nutzen. Modernes Recht wird begriffen als Entwicklungsweg politischer Philosophien und sozialer Bewegungen in den letzten 200 Jahren.

II

Die *Zielsetzung des Beitrags* in a nutshell:

Im Zentrum steht das Interesse an gesellschaftsgeschichtlichen Entwicklungstheorien von Recht, inhaltlich als Teil sozialer Evolutionsprogramme, formal als Modellgrundlagen für historische und systematische Interpretationen. Historisch zielt das Interesse auf die Verbindung von Traditionen politischer Philosophie mit zeitgenössischen Ansprüchen soziologischer Systemforschung. Systematisch zielt das Interesse auf die Gültigkeit von Begründungsregeln für praktische (Rechts-) Sätze.

III

Der *Inhalt des Beitrags* in a nutshell:

Gesellschaften, die für die Lösung ihrer Probleme auf sich selbst, für die Orientierungen, Legitimationen und Sanktionen solcher Lö-

sungen aber auf übergreifende Bezüge verwiesen sind, werden zu hoher Reflexivität (Selbstreflexion) genötigt. Selbstreflexion in einem Rahmen von Theorie, Soziologie und Geschichte ermöglicht es, rekonstruktiv Entwicklungen nachzugehen, die zu Krisen geführt haben, und prospektiv auf Bedingungen möglicher Krisenüberwindungen einzugehen. Das geschieht durch Entfaltung der Stichworte « Säkulare Gesellschaft » — « Sozialer Wandel » — Historischer Problemdruck » — « Systemkrisen ». Diese Stichworte werden diskutiert in einem Zusammenhang, der « Christentum » und « modernes Recht » als bisher uneingelöste, aber unübertroffene Versprechungen begreift.

Pluralism and Social Identity.

I

The *thesis of the article* in a nutshell:

Modern societies are secular, complex, pluralistic and yet dependent on social (sensible) identity (as an integrated whole). Secularization is conceived as an unfinished scheme of modernity. Substantial reason, expressed in religious and metaphysical conceptions of the world, have developed into aspects of (externalizing) science, (universal) morals, and (autonomous) arts. However, the scheme of modernity stands for the effort both to respect those decomposed and independent aspects in their historical right, and, yet, to utilize their context for purposes of a reasonable organization of living conditions. Modern law is conceived as the course of development of political philosophies and social movements in the last 200 years.

II

The *purpose of the article* in a nutshell:

The focus of this article is to describe the interest in socio-historical theories of legal development: materially, as a component of concepts of social evolution; formally, as a model for historical and systematical interpretation. In its historical aspect the article concentrates on the connections of traditions of political philosophy and contemporary claims of sociological systems theory. In its systematical aspect the article focuses on the validity of the rules of justification of practical (legal) propositions.

III

The *contents of the article* in a nutshell:

Societies which are autopoietic as far as the solution of their problems is concerned, but dependent on overarching concepts in respect

to the orientations, legitimizations and sanctions of those solutions, are forced into a high level of reflexion (self-reflexion). Self-reflexion, working in a frame of theory, sociology and history makes it possible to reconstruct developments resulting in crises and to consider preconditions of contingent programs to overcome such crises. To achieve this purpose, the article presents the key words « secular society », « social change », « historical pressure of problems » and « crisis of a system ». These terms are discussed in a context that conceives « Christianity » and « modern law » as a promise both unfulfilled and unequalled up to now.

Indice - Inhalt

pag.

LUIGI LOMBARDI VALLAURI - GERHARD DILCHER, *Presentazione - Vorwort* V

UN PROLOGO (FILOSOFICO-TEOLOGICO) - PHILOSOPHISCH THEOLOGISCHER PROLOG

LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *L'orizzonte problematico « Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno »* 3

CONCETTI GENERALI - IDEENGESCHICHTLICHER UND BEGRIFFLICHER RAHMEN

JACQUES ELLUL, *Recherches sur le droit et l'Evangile* 115

MALTE DIESSELHORST, *Zur Zwei-Reiche-Lehre Martin Luthers* 141

MICHEL VILLEY, *Le positivisme juridique moderne et le christianisme* . . . 199

GEORGES COTTIER, *Bilan chrétien de la sécularisation* 217

GIOVANNI COSI, *Secolarizzazione e risacralizzazioni. Le sopravalutazioni post-illuministiche dell'immanentismo* 247

ALBERTO BIANCHI, *Secolarizzazione e « società di atei » nell'illuminismo francese* 283

GIULIANO MARINI, *Tra due secolarizzazioni: il « mistero della filosofia hegeliana » e la critica di Marx al § 262 della « Filosofia del diritto »* . . . 369

PAOLO PASQUALUCCI, *La secolarizzazione del tempo* 407

FRANCESCO DE SANCTIS, *Religione necessaria e libertà sufficiente. Considerazioni su « La democrazia in America »* 443

LEO MOULIN, *Infrastructures religieuses et suprastructures socio-idéologiques* 467

MICHAEL NOVAK, *On the governability of democracies: the economic system. The evangelical basis of a social market economy* 497

ANTONIO ZANFARINO, *Secolarizzazione e pluralismo* 527

MARIO JORI, *Alcuni cristiani di fronte al diritto moderno* 543

DIRITTO PUBBLICO - PUBLIZISTIK

pag.

FRANCO TODESCAN, *Fermenti gallicani e dottrine anticonciliariste al Concilio Lateranense V. Un capitolo della teologia politica del secolo XVI* 567

MICHAEL STOLLEIS, *Säkularisation und Staatsräson in Deutschland um 1600* 611

SERGIO LUPPI, *Secolarizzazioni del principio sanioritario. Sanior pars, sovranità e limiti del potere fra cristianesimo e secolarizzazione* 627

ILSE STAFF, *Zum Begriff der politischen Theologie bei Carl Schmitt* 701

EMANUELE CASTRUCCI, *Teologia politica e dottrina dello Stato. Note sull'attualità del decisionismo giuridico* 731

DOMENICO FARIAS, *Costituzione scritta e religiosità civile* 755

CHRISTIAN STARCK, *Menschenwürde als Verfassungsgarantie* 805

FRANÇOIS MONCONDUIT, *Personnalisme et sécularisation (Education et travail)* 832

CHRISTOPH LINK, *Christentum und moderner Staat. Zur Grundlegung eines freiheitlichen Staatskirchenrechts im Aufklärungszeitalter* 853

MARTIN HECKEL, *Das Problem der Säkularisation im deutschen Staatskirchenrecht* 873

DIRITTO CIVILE - ZIVILISTIK

FRANCESCO D'AGOSTINO, *La « regola aurea » e la logica della secolarizzazione* 941

OKKO BEHRENDS, *Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht* 957

JEAN CARBONNIER, *La sécularisation du droit civil par le Code Civil des Français* 1007

GERHARD DILCHER, *Ehescheidung und Säkularisation* 1021

HELMUT COING, *Die Auseinandersetzung um kirchliches und staatliches Eherecht im Deutschland des 19. Jahrhunderts* 1081

ANDRÈS OLLERO, *Christianisme, sécularisation et droit moderne: Le débat de la loi espagnole de mariage civil de 1870* 1099

GIOVANNI FURGIUELE, *Cristianesimo e secolarizzazione nell'odierna vicenda del diritto di famiglia* 1141

pag.

LUIGI MENGONI - CARLO CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato* 1171

DIRITTO PENALE - KRIMINALISTIK

WOLFGANG NAUCKE, *Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts (Luther, Beccaria, Kant)* 1201

MARIO A. CATTANEO, *Cristianesimo e pensiero giuridico liberale* 1211

KLAUS LÜDERSSEN, *Vergeltung und Sühne vor dem Forum der christlichen Ethik - kein Platz mehr für absolute Strafzwecke?* 1261

MARIO ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati* 1273

WINFRIED HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung* 1309

UNA PROSPETTIVA SOCIOLOGICA - EINE SOZIOLOGISCHE PERSPEKTIVE

RUDOLF WIETHÖLTER, *Pluralismus und soziale Identität* 1333

RELAZIONI DELLE COMMISSIONI DI LAVORO, SAN MINIATO 1980 - BERICHTE DER ARBEITSGRUPPEN, SAN MINIATO 1980 (ORIGINAL/ENGLISH)

I. Concetti generali - Ideengeschichtlicher und begrifflicher Rahmen (LUIGI LOMBARDI VALLAURI) 1363

II. Diritto pubblico - Publizistik (CHRISTIAN STARCK - MICHAEL STOLLEIS) 1379

III. Diritto civile - Zivilistik (RUDOLF WIETHÖLTER) 1391

IV. Diritto penale - Kriminalistik (WOLFGANG NAUCKE) 1401

RIASSUNTI - ZUSAMMENFASSUNGEN (ORIGINAL/ENGLISH) . 1425

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), p. 584

COLLANA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham

(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO

(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria

(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco

Vol. I (1980), 8°, p. 560

Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO

(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni

(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari

(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher

(1981), 8°, p. 1527

13 Giulio Conticelli, IUSTITIA ET IUS
Dimensioni moderne del potere e tradizione giuridica nella riflessione di Roberto Bellarmino

(in preparazione)

L. 70.000 I.V.A. inclusa

2790-14