

PLR Pázmány  
Law  
Review  
2. (2014)



Pázmány Péter Catholic University  
Faculty of Law and Political Sciences  
Budapest

Pázmány Law Review

2. (2014)

ISSN 2064-1818

Pázmány Péter Catholic University  
Faculty of Law and Political Sciences  
Budapest

General Editor:

Nadja EL BEHEIRI

Editorial Committee:

Nadja EL BEHEIRI,

János FRIVALDSZKY and Viktoria HARSÁGI

 beheiri.nadja@jak.ppke.hu

Editorial Board:

János ZLINSZKY

Wolfgang WALDSTEIN

James CRAWFORD

Peter GOTTWALD

Viola HEUTGER

Caridad VELARDE

Helen ALVARÉ

Published by

Pázmány Péter Catholic University

Faculty of Law and Political Sciences

H-1088 Budapest, Szentkirályi u. 28-30.

Responsible publisher: Dr. Zs. András VARGA dean

[www.jak.ppke.hu](http://www.jak.ppke.hu)

Edited, prepared for printing by Andrea Szakaliné Szeder

Printed and bound by Mondat Kft.

[www.mondat.hu](http://www.mondat.hu)

## CONTENT

### THEMATIC FOCUS

*How do we recognize what is right?*

*Natural law as criteria in the law making process*

Gábor HAMZA

Zur Interpretation des Naturrechts in den Werken von Cicero . . . . .5

János ERDÓDY

Reflexions on the Actual References to Ius Naturale in the Digest. . . . .17

Nadja EL BEHEIRI

Die Suche nach Entscheidungsgrundlagen: . . . . .29

Andrea NICOLUSSI

A “juridical ecology” for the future of human nature. . . . .39

János FRIVALDSZKY

Alcune riflessioni riguardo alla filosofia del diritto  
nella prospettiva dell’antropologia trinitaria . . . . .51

Marko PETRAK

The Natural Law Rules of Ius Commune in the croatian Legal System . . . .65

Wilhelm BRAUNEDER

Der Unterricht im Naturrecht und Sein Zweck  
in der Habsburgermonarchie. . . . .79

Maricruz DÍAZ DE TERÁN

Algunas Consideraciones Sobre El Derecho Y La Justicia  
A La Luz Del Pensamiento De Javier Hervada. . . . .85

### ARTICLES

Giovanni BOMBELLI

On “Common Good”: Between Tradition  
and Contemporary Social Contexts. . . . .95

Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER Die Hand aus dem Jenseits? Zur Frage der Grenzen der Vermögensverfügung im Todesfalle nach Römischem Recht . . . . .	119
Géza KUMINETZ Il matrimonio nella prospettiva dell'antropologia cristiana . . . . .	131
Antonio MALO Famiglia o famiglie? Verso una migliore comprensione dell'umanizzazione e della generatività . . . . .	147
Zoltán TURGONYI Per una teoria giusnaturalista della famiglia . . . . .	161

## CURRENT ISSUES

### *Investiture doctor honoris causa of Professor Dinah Shelton*

András Zs. VARGA Laudatio . . . . .	179
--	-----

Dinah SHELTON Building the Cathedral. . . . .	181
--	-----

<i>Juris Consulto Excellentissimo Auszeichnung für das Lebenswerk von János Zlinszky (Bericht von Nadja El BEHEIRI) . . . . .</i>	185
---	-----

<i>„Am Festtag der Heiligen Elisabeth“: Wissenschaftliche Tagung zum Tripartitum von István Werbőczy (Bericht von István SZABÓ) . . . . .</i>	188
---	-----

## BOOK REVIEW

Emmanuel GAILLARD: <i>A nemzetközi választottbíráskodás jogának elmélete</i> (Zoltán CSEHI) . . . . .	191
---	-----

THEMATIC FOCUS:  
*How do we recognize what is right?*  
*Natural law as criteria in the law making process*

ZUR INTERPRETATION DES NATURRECHTS  
IN DEN WERKEN VON CICERO

Gábor HAMZA

Ordentliches Mitglied der Ungarischen Akademie der Wissenschaften  
Eötvös Loránd Universität Budapest

1. Was die Fragen der Interpretation und Verwendungen des *ius naturale* betrifft, weist die römische Rechtswissenschaft (*iurisprudentia*) keine Einheitlichkeit auf.<sup>1</sup> Die *opinionum varietas* und die *hominum dissensio* charakterisieren die mit dem Begriff und der Definition des *ius naturale* im Zusammenhang stehenden Anschauungen.<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang verweisen wir – ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen – auf die Abhandlungen von Ernst Levy,<sup>3</sup> Gabrio Lombardi,<sup>4</sup> Alberto Burdese,<sup>5</sup> Ulrich Knoche,<sup>6</sup> Fermín Camacho

<sup>1</sup> Vgl. betreffend des Konzepts des *ius naturale* im römischen Recht FÖLDI András –HAMZA Gábor: *A római jog története és intéstitúciói [Geschichte und Institutionen des römischen Rechts]*. 18. verb. und erw. Aufl. Budapest, Nemzedékek Tudása Tankönyvkiadó, 2013. 40–41.

<sup>2</sup> Die naturrechtlichen Normen, die in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten enthalten sind, sind im Allgemeinen klar erkennbar. Man soll immerhin darauf hinweisen, dass auch diese Fragmente nur selten eine auf das *ius naturale* bezogene Definition beinhalten. Vgl., WOLFGANG WALDSTEIN: *Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen*. In: Dorothea MAYER-MALY – Peter SIMONS (Hrsg.): *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*. Berlin, Duncker & Humblot, 1983. 240.

<sup>3</sup> Siehe Ernst LEVY: *Natural law in Roman Thought. Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1949/15. 1–23.

<sup>4</sup> Siehe GABRIO LOMBARDI: *Diritto umano e ‘ius gentium’*. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1950/16. 254–268., *ders.*, *Sul concetto di „ius gentium”*. Pubblicazioni dell’Istituto diritto romano. 1947/ XX. Roma, und Gabrio LOMBARDI: *Ricerche in tema di „ius gentium”*. Milano, Giuffrè, 1946.

<sup>5</sup> Siehe Alberto BURDESE: *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica. Rivista Italiana di Scienze Giuridiche* 1954/7. 407.

<sup>6</sup> Siehe Ulrich KNOCHÉ: *Ciceros Verbindung der Lehre vom Naturrecht mit dem römischen Recht und Gesetz*. In: Gerhard RADKE: (Hrsg.): *Cicero ein Mensch seiner Zeit – Acht Vorträge zu einem geisteswissenschaftlichen Phänomen*. Berlin, De Gruyter, 1968. 40.

Evangelista,<sup>7</sup> Paolo Frezza,<sup>8</sup> Jean Gaudemet,<sup>9</sup> Félix Senn,<sup>10</sup> Michel Villey<sup>11</sup> und nicht zuletzt auf das Buch von René Voggensperger.<sup>12</sup> Wahrscheinlich ist mit der Unbestimmtheit des Begriffs des *ius naturale* auch die Tatsache zu erklären, dass Carlo Alberto Maschi in seiner 1937 publizierten Arbeit nicht über das *ius naturale*, sondern über den Begriff bzw. Terminus der *concezione naturalistica* schreibt.<sup>13</sup> Den Rechtsphilosophen, die besonders in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg dem Naturrecht eine außergewöhnlich hohe Bedeutung beimaßen,<sup>14</sup> was offensichtlich damit im Zusammenhang steht, dass der Rechtspositivismus wesentlich in den Hintergrund gedrängt worden war, ist es nicht gelungen, eine genaue Definition dieses Begriffes zu finden.<sup>15</sup>

Die Definition des Begriffes „Naturrecht“ (*ius naturale, ius naturae*) ist übrigens auch in der modernen d.h. heutigen Rechtsphilosophie nicht einheitlich. Besonders deutlich ist der Unterschied konzeptioneller Art zwischen einigen künstlich konstruierten Kategorien des Naturrechts und des gesetzten Rechts (*ius positivum*).<sup>16</sup>

<sup>7</sup> Siehe Fermín Camacho EVANGELISTA: „Ius naturale“ en las fuentes jurídicas romanas. In: Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Alvarez Suarez. Madrid, Universidad Complutense, 1978. 45–55.

<sup>8</sup> Siehe Paolo FREZZA: Ius gentium. *Mélanges F. De Visscher vol. I. Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1949/2. 259–308.

<sup>9</sup> Siehe Jean GAUDEMET: Quelques remarques sur le droit naturel à Rome. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 1952/2. 445–467.

<sup>10</sup> Siehe Felix SENN: Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1958/36. 151.

<sup>11</sup> Siehe Michel VILLEY: Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité. *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1953/31. 475.

<sup>12</sup> Siehe René VOGGENSPERGER: *Der Begriff des „Ius naturale“ im Römischen Recht*. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1952.

<sup>13</sup> Siehe Carlo Alberto MASCHI: *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Milano, Vita e pensiero, 1937.

<sup>14</sup> Zu erwähnen ist, dass Zeichen des Interesses für das Naturrecht sich bereits vor dem Zweiten Weltkrieg beobachten lassen. Zu Recht schreibt Haines von einer Art „revival“ des Naturrechts in der Epoche nach dem Ersten Weltkrieg. Siehe Charles GROVE HAINES: *The Revival of Natural Law Concepts*. Cambridge, Harvard University Press, 1930.

<sup>15</sup> Siehe Maurizio PASSERIN D'ENTREVES: *Natural law. An Introduction to Legal Philosophy*. London, Hutchinson, 1951.; siehe Felix FLUECKIGER: *Geschichte des Naturrechts I, Altertum und Frühmittelalter*. Zollikon-Zürich, Evangelischer Verlag, 1954. Bezüglich der Gründe für die Renaissance des Naturrechts nach dem Zweiten Weltkrieg vgl. zusammenfassend Kristian KÜHL: Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg. In: Gerhard KÖBLER – Meinhard HEINZE – Jan SCHNAPP (Hrsg.): *Geschichtliche Rechtswissenschaft. Ars tradendo innovandoque aequitatem sectandi*. Freundesgabe für Söllner Giessen, Brühlscher Verlag, 1990. 331–357. In den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) trägt Bodenheimer in nicht geringem Maße zur Verbreitung des Naturrechts bei. Sein Buch „Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law“ ist ein grundlegendes Werk der Naturrechtslehre (Edgar BODENHEIMER: *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1974).

<sup>16</sup> Siehe Herbert LINONEL – Adolphus HART: Positivism and the Separation of Law and Moral. *Harvard Law Review*, 1959/4. 601., Alf ROSS: Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961/4. 48–58., Samuel SHUMAN: *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*. Detroit, Wayne State University Press, 1963. 12. und Jerzy WROBLEWSKI: Contribution

Tatsache ist, dass es keine leichte Aufgabe ist, den Begriff des römischen *ius naturale* zu bestimmen. Es ist erwähnenswert, dass William Blackstone den Begriff des Naturrechts nicht definiert, sondern sich damit begnügt, die bindende Kraft des *natural law*, das Priorität genießt, zu betonen.<sup>17</sup> Der Naturrechtsauffassung von Blackstone ähnelt der von Georg Jellinek, der die Unabhängigkeit des Naturrechts von jeder irdischen betrachtungsweise betont.<sup>18</sup> Jellinek weist auch auf die Bedeutung Ciceros bei der konzeptionellen Ausarbeitung des *ius naturale* hin.

Die Konstruktion des *ius naturale* – wir verwenden absichtlich den Begriff „Konstruktion“, – befindet sich im Schnittpunkt von zahlreichen hellenistischen philosophischen Richtungen (Tendenzen).<sup>19</sup>

An dieser Stelle möchten wir darauf hinweisen, dass wir eine bloß allgemeine Betonung der Bedeutung der griechischen Philosophie, wie dies z.B. Fritz Schulz in seinem Werk „Geschichte der römischen Rechtswissenschaft“ tut, nicht für ausreichend halten.<sup>20</sup> Im gegebenen Zusammenhang müßte die Rolle der verschiedenen hellenistischen Schulen einer grundlegenden Analyse unterzogen werden.<sup>21</sup> Dabei müßte der Untersuchung der stoischen Richtung (Schule) eine ganz besondere Bedeutung beigemessen werden.<sup>22</sup>

---

of Natural Law to Positive Law. In: *Rapports polonais présentés au septième congrès international de droit comparé*. Varsovie, 1966. 440–467.

<sup>17</sup> Nach William Blackstone ist das Naturrecht „[...] of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe in all countries, and at all times: no human laws are of any validity, if contrary to this; and such of them as are valid derive all their force and all or immediately, from this original.“ (*Commentaries on the Laws of England*. Ninth ed. London, Burn ed. 1783. Introd. § 2.)

<sup>18</sup> Jellinek schreibt: „Die hellenische Lehre von dem physikon dikaion im Vereine mit der Ciceros und der römischen Juristen vom *ius naturale* verschmilzt mit der Forderung eines unabhängig von jeder irdischen Autorität existierenden Rechtes (sic! G. H.), das auf dem Wege der Vernunft unabhängig von der Offenbarung erkannt werden könnte.“ Siehe Georg JELLINEK: Adam in der Staatslehre. Vortrag gehalten im historisch-philosophischen Verein zu Heidelberg. In: Georg JELLINEK: *Ausgewählte Schriften und Reden von G. Jellinek. II. Bd.* Berlin, Scientia Verlag, 1911. 32–33.

<sup>19</sup> Hinsichtlich des Naturrechts in der griechisch-römischen (klassischen) Antike unter philosophischem Blickwinkel siehe Walther ECKSTEIN: *Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung*. Wien–Leipzig, W. Braumüller, 1926.; Max SALOMON: Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Romanistische Abteilung)*, 1911/31. 133. und Johann SAUTER: *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre*. Wien, Sauer u. Auvermann, 1932.

<sup>20</sup> Siehe Fritz SCHULZ: *Prinzipien des römischen Rechts*. München–Leipzig, Duncker & Humblot, 1934. (Nachdruck Berlin, 1954.), *ders.*, *History of Roman Legal Science*. Oxford, Clarendon, 1946. und *ders.*, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, Böhlau, 1961.

<sup>21</sup> Knoche betont die Rolle Ciceros in der Vermittlung der griechischen Geisteskultur für Rom. Siehe Ulrich KNOCH: Cicero: Ein Mittler griechischer Geisteskultur. *Hermes*, 1959/87. 57–74.

<sup>22</sup> Bezüglich des stoischen Gesetzesbegriffes siehe Max POHLENZ: *Die Stoa*. 4. Aufl. München, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970. 132.; Gerard WATSON: The Natural Law and Stoicism. In: Anthony Arthur LONG (ed.): *Problems in Stoicism*. London, Athlone, 1971. 216. und Alfred VERDROSS-DROSSBERG: *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*. 2. erw. Aufl. Wien, Springer, 1948. 164–166. Hinsichtlich des Einflusses des Stoizismus auf einige Rechteinrichtungen siehe Charlotte STOUGH: Stoic Determinism and Moral Responsibility. In: John M. RIST (ed.): *The Stoics*. Berkeley–Los Angeles–London, 1978. 203–231.

Eine wesentliche Bedeutung im Zusammenhang mit der Schwierigkeit, den Begriff des *ius naturale* genau zu definieren<sup>23</sup>, kommt auch der Tatsache zu, dass die Römer weit von der Ausarbeitung einer systematischen Theorie des Naturrechts entfernt waren. Dies hängt damit zusammen, dass Systematisierungsbestrebungen nicht gerade eine Eigenheit des römischen Rechts darstellen. Sehr treffend schreibt Max Kaser: „Das römische Recht der Antike hat die Durchbildung zu einem System weder im juristischen noch gar im axiomatischen Sinn des Wortes erreicht“<sup>24</sup>. Zu Recht schreibt auch Ernst Levy, in der bereits oben erwähnten Arbeit, im Zusammenhang mit *ius naturale*, *naturalis ratio*, *rerum natura* und *natura*; dass „It is impossible to find a common denominator“.<sup>25</sup> Das Interesse und die Aufmerksamkeit der römischen Rechtsgelehrten (*iurisperiti*) bezog sich vielmehr auf die Lösung konkreter Fälle. Es ist freilich eine andere Frage, dass sie die Thesen (Ideen) des Naturrechts bei der Lösung konkreter Fälle und bei der juristischen Wertung zur Anwendung brachten.

So schreibt auch Schulz, der übrigens den Begriff des *ius naturale* nicht definiert, dass die römischen *iurisperiti* sich auf das Naturrecht stützen und daraus schöpfen. Anschaulich formuliert er folgendermaßen: „Aber sie schöpfen anscheinend unbewußt aus dieser Quelle, ohne weiter darüber nachzudenken, und jedenfalls ohne darüber zu reden oder zu schreiben.“<sup>26</sup> Aufmerksam wendet er sich der Berufung auf das Naturrecht und dessen Eigenart zu und schreibt sodann über ein sogenanntes relatives Naturrecht. Dieser Begriff ist in vielerlei Beziehung unbestimmt und seine Anwendung ist daher unserer Meinung nach höchst problematisch.<sup>27</sup> Ohne dass wir es unternehmen wollen, ja unternehmen können, eine genaue Definition des *ius naturale* zu geben, möchten wir jedoch daran festhalten, dass es sich auch im Fall des *ius naturale* um Normen handelt, die juristisch relevant, werthaltig sind.

So verstanden findet sich bei Paulus die folgende Definition: „*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile...*“ (Leg. 1,11).<sup>28</sup> Über das Recht kann man aufgrund dieser Definition unter verschiedenen Gesichtspunkten sprechen: Recht ist einerseits, was billig und gut ist, dies entspricht dem Naturrecht, andererseits ist es auch ein vom Staat, vom Stadtstaat (*polis*), gegebenes Recht. Die römischen *iurisconsulti* verweisen übrigens immer

<sup>23</sup> In Bezug auf die oft diametral unterschiedliche, nicht selten politisch motivierte Interpretation des Naturrechtes bei den britischen Denkern, die den Weg zur amerikanischen Revolution vom ideologischen Standpunkt aus vorbereiteten, siehe Dieter GRIMM: Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution (Die Verwandlung politischer Philosophie in politische Techné). *Ius Commune*, 3/1970. 120.

<sup>24</sup> Siehe Max KASER: *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*. München, 1972. 76.

<sup>25</sup> Siehe LEVY op. cit. 6. bzgl. der Aufzählung der von den klassischen Rechtsgelehrten stammenden Quellen, in denen man dem *ius naturale* bzw. dessen Synonymen begegnet. Siehe *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, 4/1914. 22.

<sup>26</sup> Siehe SCHULZ (1961) op. cit. 84.

<sup>27</sup> Vgl. eingehend Eric WOLF: *Das Problem der Naturrechtslehre*. Karlsruhe, Müller, 1959. 2. Aufl. 158.

<sup>28</sup> Aufgrund dieser Definition hat man den Eindruck, als ob das *ius civile*, im Gegensatz zum *ius naturale*, das Gegenstück des *ius bonum et aequum* darstellen würde. Vgl. LEVY op. cit. 21. N. 159.



nur bruchstückhaft auf das Naturrecht. Es gibt keine Arbeit, in der ein Autor es als seine Aufgabe betrachtet hätte, eine umfassende Untersuchung des Naturrechts vorzunehmen.

2. Cicero, der kein „ex asse“ Jurist war, kann als die Hauptquelle der römischrechtlichen Naturrechtslehre betrachtet werden.<sup>29</sup> In den Werken Ciceros finden sich an sehr vielen Stellen Verweise auf das *ius naturale*. Beginnen wir mit jener Stelle, die sich in *De re publica* findet. (3,22,33) (Laelius): „*Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando movet. huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus: ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiamsi cetera supplicia quae putantur effugerit.*“

Die Auslegung dieser Textstelle bringt nicht geringe Probleme mit sich.

Im Zusammenhang mit der Interpretation möchten wir nur auf zwei Probleme hinweisen. Sehr umstritten ist wegen ihres reichen Bedeutungsgehaltes die Bedeutung des Begriffes der *ratio*, worauf auch René Marcic hinweist.<sup>30</sup> Nicht eindeutig ist ferner die Bedeutung von „*diffundere*“ und „*diffusa in omnes*“. „*Diffundere*“ kann gleichzeitig auch in der Bedeutung von „herrschen“ verstanden werden, wie darauf unter anderem auch aufgrund von Cicero (Div. 1,79 – *vim suam di immortales longe lateque diffundunt*) und Seneca (contr. 9,2, 11 – *maiestas populi Romani per omnes nationes [...] diffusa*) zu folgern ist. Es ist des Weiteren eine Eigenheit dieser Textstelle, dass „*deus*“ im Singular und nicht im Plural verwendet wird.

In diesem Textteil kommen schwerwiegende theoretische bzw. rechtphilosophische Fragen zum Vorschein. Cicero führt die „*vera lex*“ auf Gott, als ihren Schöpfer zurück. Interessant ist, dass die transzendente Konzeption des Naturrechts, seine Zurückführung auf Gott auch im neueren Schrifttum auf höchst aktuelle Weise wiederkehrt. Nur beispielshalber weisen wir hier darauf hin, dass auch Hans Kelsen das Naturrecht als über dem positiven Recht stehend sieht bzw. die naturrechtliche

<sup>29</sup> Übertrieben ist unserer Ansicht nach die Äußerung von Levy, nach der Cicero kein „creative jurist“ gewesen wäre. („Cicero, for all his great talents, was a statesman and philosopher, an orator and legal practitioner rather than a creative jurist.“). Siehe LEVY op. cit. 2. In Bezug auf das Verhältnis zwischen Cicero und der Jurisprudenz siehe GÁBOR HAMZA: Cicero és a jogtudomány kapcsolatának kérdései [Fragen des Verhältnisses zwischen Cicero und der Jurisprudenz]. In: *Jogtörténeti tanulmányok. V. vol.* Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1983. 59–70. und GÁBOR HAMZA: Cicero és a jogtudósi ideáltípus [Cicero und der Idealtypus des Rechtsgelehrten]. In: HORVÁTH PÁL (szerk.): *Bolgár Elek Emlékkönyv.* Budapest, Akadémiai Kiadó, 1983. 69–80.

<sup>30</sup> Siehe René MARCIC: Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung. *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1964/ 13. 69.

Auffassung auf „eine Gottheit“ zurückführt. Eine andere Frage ist es freilich, dass der Glaube an eine „gerechte Gottheit“ seiner Meinung nach nicht vorstellbar ist und er daher auch die Existenz des Naturrechts leugnet.<sup>31</sup>

Cicero ist zweifelsohne insofern konsequent, als er auch in einem anderen Werk (Dialog), in *De legibus* solche Normen anerkennt, die nicht mit geschriebenem bzw. konkret existierendem Recht in Verbindung stehen (Leg. 1,19 und 2,9). Daraus folgt, dass das Naturrecht weder den Staat noch die Entwicklung einer positiven Rechtsordnung voraussetzt.<sup>32</sup>

3. Die Terminologie Ciceros kann jedoch bei weitem nicht als einheitlich bezeichnet werden. Die termini technici allgemeinen Charakters sind folgende: *lex naturae* (De off. 3,6,27), *lex naturalis* (Nat. deor. 1,14,36 „Zeno [...] naturalem legem divinam esse censet“), *ius naturae* (Inv. 2,22,65; 2,22,67; 2,53, 161) und *ius naturale* (De rep. 3,8,13).

Als formale bzw. inhaltliche Begriffe finden sich: *vera lex* (De rep. 3,22,33 und Leg. 2,10), *summa lex* (Leg. 1,19), *lex divina et humana* (Off. 3,5,23 – hier ist die *lex divina et humana* mit der *naturae ratio* gleichbedeutend – und Leg. 2,9, wo die *lex caelestis* ein Gegenstück der *populares leges* darstellt), *communis lex naturae* (De rep. 1,17,27 – *communi lege naturae*) und die *nata lex ex natura* (Mil. 4,10 – die *nata lex* ist der *lex scripta* gegenüberstellt). Cicero beruft sich manchmal auf das Naturrecht als auf *lex* oder auf *natura* (Leg. 1,18 und Phil. 11,12,28). In diesen Fällen ist die *lex* im Sinne des Naturrechts als Gegenstück des positiven Rechts aufzufassen (Part. or. 37,129 und Off. 1,16,51).

Im rechtsphilosophischen Schrifttum weist Jones darauf hin,<sup>33</sup> dass Cicero die termini technici *ius naturae* und *lex naturae* häufig im Sinn einer objektiven, universellen Ordnung verwendet, die auf der göttlichen *ratio* aufbaut. *Ius naturale* kann dabei auch jene halbgesetzlichen, halbethischen Regelungen umfassen, die die Prinzipien und Grundsätze, welche die menschliche Gerechtigkeit zum Ausdruck bringen, umfassen. Diese Prinzipien regeln die zwischen den Menschen und die zwischen den Menschen und Gott bestehenden Verpflichtungen. Derselbe Standpunkt läßt sich auch in der Arbeit von Voigt finden.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Siehe Hans Kelsen: Die Grundlage der Naturrechtslehre. *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* 1964/13. 6. Vgl. noch Alfred Verdross: *Statisches und dynamisches Naturrecht*. Freiburg im Breisgau, Rombach, 1971. 59–67. Bergbohm, der die naturrechtliche Auffassung stark kritisiert, betrachtet ausschließlich das positive Recht als Recht. („Nur positives Recht ist Recht und alles positive Recht ist Recht“). Hinsichtlich der Auffassung von Bergbohm zusammenfassend siehe Verdross op. cit. 57–59. und 68–72. Bodenheimer kritisiert die Stellungnahme Kelsens in bezug auf das Naturrecht. Siehe Edgar Bodenheimer: The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science. A Reply to Hans Kelsen. *Western Political Quarterly*, 1950/3. 335.

<sup>32</sup> Im Hinblick auf Ciceros Verhältnis zur antiken Staatstheorie siehe Gábor Hamza: Cicero *De re publicá*-ja és az antik állambölcsélet [Ciceros *De re publica* und die antike Staatstheorie]. In: Gábor Hamza: *Cicero: Az állam [Cicero: Der Staat]* [ins Ungarische übersetzt und mit Kommentar versehen von G. Hamza]. Budapest, Akadémiai Kiadó, 2007. 7–56.

<sup>33</sup> Siehe John Walter Jones: *Historical Introduction to the Theory of Law*. Oxford, Clarendon, 1956. 99.

<sup>34</sup> Siehe Moritz Voigt: *Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium. 1. Bd.* Leipzig, Voigt & Günther, 1856. 176.

Die zwischen dem Recht und der Natur bestehende enge Verbindung kommt expressis verbis in *De re publica* zum Ausdruck, und zwar in der schon oben zitierten Definition der *vera lex*. Eine Definition ähnlichen Inhalts findet sich auch in *De legibus* (De Leg. 2,8.: /Marcus/ „*Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatum nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita principem legem illam et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis dei; ex quo illa lex, quam di humano generi dederunt, recte est laudata; est enim ratio mensque sapientis ad iubendum et ad deterrendum idonea.*“ Beachtung verdienen auch die folgenden Definitionen: „*est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio imperans honesta, prohibens contraria*“ (Phil. 11,12,28), „*illa divina mens summa lex est*“ (De Leg. 2,11), und „*Lex autem illa...neque tolli nec abrogari potest*“ (Leg. 2,11).

Cicero verwendet den Begriff der *lex* in den zitierten Quellen bzw. Texten in einem sehr weiten Sinn. *Lex* ist somit nicht in jener Bedeutung zu verstehen, wie sie sich in den Institutionen des Gaius findet.<sup>35</sup> Die *lex* bei Cicero ist nicht gleichbedeutend mit den auf den Volksversammlungen angenommenen und durch den Senat genehmigten gesetzgeberischen Akten. Die *lex divina* oder anders die *lex caelestis*, die das Gegenstück zu den *populares leges* darstellt, findet sich auch in der alltäglichen Rechtspraxis. In *De legibus* verweist Cicero ausdrücklich darauf, dass die Zwölf Tafeln (*lex duodecim tabularum*) im Einklang mit der Natur verlautbart wurden, wodurch *natura* als eine Art „Maßstab“ des Gesetzes zu betrachten ist (Leg. 2,61: „*Haec habemus in duodecim sane secundum naturam, quae norma legis est*“ / Marcus/).<sup>36</sup>

4. Den Gedanken der immerwährenden Geltung des Naturrechts formuliert Cicero in *De legibus* und auch in Zusammenhang mit *in ius vocatio*. (Leg. 2,9–10.: „*A parvis enim Quinte, didicimus, si in ius vocat' atque eius modi leges alias nominare. Sed vero intellegi sic oportet, et hoc et alia iussa ac vetita populorum vim habere ad recte facta vocandi et a peccatis avocandi, quae vis non modo senior est quam aetas populorum et civitatum, sed aequalis illius caelum atque terras tuentis et regentis dei. Neque enim esse mens divina sine ratione potest...*“ /Marcus/).

Marcus beruft sich im folgenden auch auf das Beispiel von Horatius Cocles, der sich auf Grundlage des ungeschriebenen ewigen Gesetzes, *lex sempiterna*, Sextus Tarquinius entgegenstellt, um die Ehre der Tochter des Tricipitanus, Lucretia, zu schützen.

<sup>35</sup> In Bezug auf die naturrechtliche „Vision“ von Gaius siehe Herbert WAGNER: *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius (Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile)*. Zutphen, Terra Publishing Company, 1978. 99.

<sup>36</sup> Im Zusammenhang mit der in *De legibus* zu lesenden Definition der *lex* verweist Girardet auf die in der Stoa wurzelnde Naturrechtskonzeption Ciceros. Siehe Klaus Martin GIRARDET: *Die Ordnung der Welt. Ein Beitrag zur philosophischen und politischen Interpretation von Ciceros Schrift De legibus*. Wiesbaden, Steiner, 1983. 54.

Ebenso beruft sich Cicero auf das Naturrecht, als er das Recht auf Notwehr in der *oratio pro Milone* auf das Naturrecht zurückführt (Mil. 4,10–11.: „*Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nota lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus, ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis; silent enim leges inter, arma nec se expectari iubent, cum ei, qui exspectare velit, ante iniusta poena luenda sit quam iusta repetanda: etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi...*“).

Dieser Begriff des Naturgesetzes steht in vollkommenem Einklang mit dem in *De legibus* definierten Begriff der *lex*, dessen wesentlicher Inhalt, die Trennung von Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit ermöglicht (Leg. 2,13.: „*Ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa natura, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos.*“ /Marcus/).

5. Cicero betont weiterhin die zwischen der *lex* und *ratio* (*ratio recta*) bestehende enge Beziehung. Aufgrund der in *De Legibus* befindlichen bekannten Definition, die sich auf die *lex* bezieht, sind die *lex* und die *ratio* im Wesentlichen gleichbedeutende Begriffe. (De leg. 1.18–19.: „[...] *lex est ratio summa insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio cum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est. Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis est, ut recte facere iubeat, vetet delinquere...*“ /Marcus/). Man kann auf der Basis dieses Textteiles vermuten, dass Cicero zwischen der *lex aeterna*, die mit dem Naturrecht (*ratio summa insita in natura*) gleichbedeutend ist, und der *ratio in hominis mente confirmata et confecta* unterscheidet.<sup>37</sup> Es stellt sich weiterhin die Frage, ob die *ratio recta* und *ratio summa* als solche Termini zu betrachten sind, die dem Begriff des *nous* im aristotelischen Sinne entsprechen. Der Begriff des *nous* im aristotelischen Sinne bezieht sich auf den intuitiven Sinn, der im *Corpus Ciceronianum* nicht zum Vorschein kommt.

Es scheint auf der anderen Seite plausibel zu sein, die *ratio recta* als Übersetzung des *orthos logos* im aristotelischen Sinne aufzufassen, der mit der *phronesis*, im Sinne der *prudentia*, gleichbedeutend ist. Denken wir an die Nikomachische Ethik (6,11,7), in der *phronesis* und *sophia*, die Cicero mit *prudentia* und *sapientia* wiedergibt, sich voneinander unterscheiden. Diese Begriffe weisen insoweit Ähnlichkeiten auf, als sie beide als Bestandteile der Seele in ihrer Eigenschaft als *arete* (*virtus*) aufgefaßt werden. In diesem Zusammenhang verdient der Umstand besondere Aufmerksamkeit, dass in einem anderen Teil *De legibus* (1,22) die *ratio* mit der *sapientia* vollkommen übereinstimmt.

<sup>37</sup> Siehe Lourens Marthinus du Plessis: *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtheid* (Diss.). Potchefstroom, 1978.

6. Cicero behandelt die Beziehung zwischen der *lex vera atque princeps* und der *ratio* auch an anderer Stelle in *De legibus* (De. leg. 2, 10: „*Erat enim ratio profecta a rerum natura et ad recte faciendum impellens et a delicto avocans, quae non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum, cum orta est; orta autem est simul cum mente divina. Quam ob rem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Iovis.*“ Texte gleichen Inhalts sind noch: *Phil.* 11, 12, 28 und *Nat. Deor.* 2,13,34). Cicero bringt mit Jupiter die *lex vera atque princeps* in Zusammenhang. Der Arpinate stellt die *lex* auf moralische Ebene. Daraus folgt, dass dadurch diejenigen schwerwiegenden Probleme, die sich aus der *varietas legum* ergeben; nicht zum Vorschein kommen.

Die *ratio recta* stellt letzten Endes die Grundlage aller Gesetze dar. Die Auffassung wird klar an der folgenden Stelle formuliert: (Leg. 1,23: „*Est igitur, quoniam nihil est ratione melius eaque est et in homine et in deo, prima homini cum deo rationis societas; inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quae cum sit lex, lege quoque consociati homines cum dis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est; quibus autem haec sunt inter eos communia, et civitatis eiusdem habendi sunt.*“) Gleichen Inhalts sind auch Leg. 1,33 und Leg. 1,42. Die *communio legis* bildet allem Anschein nach auch die Grundlage der *iuris communio*, wobei das *ius* hinsichtlich eines konkret existierenden Staates als positives Recht (*ius positivum*) zu interpretieren ist.

Aufgrund dieses Textes kommt Cicero zur Unterscheidung zwischen der sehr weit interpretierten *lex* und dem *ius*, das als Recht einer konkret existierenden *civitas* zu deuten ist. Man soll immerhin darauf verweisen, dass diese im *Corpus Ciceronianum* befindliche Unterscheidung keineswegs konsequent ist.<sup>38</sup> Der Arpinate äußert sich in *De re publica* (1,32,49) z. B. folgendermaßen: „*Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum per non sit conditio civium? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas?*“

Cicero vertritt an anderer Stelle die Ansicht, dass vom Gesetz der Anfang des Rechtes herzuleiten ist. Die *lex* ist nämlich die Kraft der Natur, Sinn und Vernunft des Weisen, die Richtschnur von Recht und Unrecht. (Leg. 1,19: „*[...] a lege ducendum est iuris exordium: ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regula.*“ (Marcus). In diesem Textteil verwendet Cicero das *ius* in zweifachem Sinne. Das *ius* stellt einerseits die *lex* im allgemeinen Sinn dar. Andererseits bedeutet das *ius* die Rechtmäßigkeit im Gegensatz zum Unrecht (*iniuria*). Er fährt wie folgt fort: (Leg. 1,19): „*Sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit et appellare eam legem, quae scripta sancit, quod vult, aut iubendo aut prohibendo, ut vulgus appellat. Constituendi vero iuris*

<sup>38</sup> Michel weist auf die Widersprüche der ciceronianischen Naturrechtskonzeption, die in *De re publica* und *De legibus* zum Vorschein kommt, hin. Siehe J. MICHEL: Sur les origines du „ius gentium“. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1956/7. 333.

*ab illa summa lege capimus exordium, quae saeculis omnibus ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta.*“ (Marcus).<sup>39</sup>

7. Nach Ciceros Ansicht ist das *ius* von der *summa lex* herzuleiten, weil die *summa lex* schon in der Zeit existierte, in der das Recht noch nicht schriftlich konzipiert war bzw. in der der Staat (*res publica*) noch nicht zustandegebracht wurde. Diese Feststellung steht damit im Zusammenhang, dass Cicero zwischen den einzelnen Gesetzen (*leges*), die die Akte der verschiedenen gesetzgeberischen Organe darstellen, und der *lex*, im Sinn eines Gesetzes, das auf die Natur zurückzuführen ist, in dem auch die einzelnen Rechte (*iura*) wurzeln, unterscheidet. (Leg. 2,8: „*Videamus igitur rursus, prius quam adgrediamur ad leges singulas, vim naturamque legis, ne, cum referenda sint ad eam nobis omnia, labamur interdum errore sermonis ignoremusque vim rationis eius, quia iura nobis definienda sint.*“ /Marcus/). Wir verfügen über zahlreiche solche Belegstellen, wo Cicero die *lex* als ein konkret existierendes Gesetz interpretiert (z. B. pro Cluent. 53,146; 57,155–156; Sest. 40,86; Inv. 1,38,68–2,48,143; 2,54,162; De or. 3,41,166; Dom. 7,17; fin. 3,19,64 und Deiot. 11,30 – „*nullae leges, nulla iura*“).

Bei der Analyse des *Corpus Ciceronianum* betrachtet Emilio Costa das Gesetz als einen Akt der gesetzgebenden Organe.<sup>40</sup> Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen *ius* und *leges* verdient vor allem die Ansicht von Lourens du Plessis Beachtung.<sup>41</sup> Du Plessis interpretiert die *vera lex* im Sinne der „Entscheidung zugunsten der Gerechtigkeit“, mit Rücksicht darauf, dass Cicero die *lex* auf das Wort *legere*, das mit der Wahl (Auswahl) gleichbedeutend ist, zurückführt (Leg. 1,19). Die Richtigkeit der Interpretation der juristischen Terminologie auf etymologischer Basis ist aber unseres Erachtens im Allgemeinen sehr zweifelhaft.

Für Cicero stellt das *ius* in rechtsphilosophischem Zusammenhang einen Begriff allgemeiner Natur dar, weil dies das ganze Rechtssystem bzw. die Rechtsordnung eines konkret existierenden Staates zum Inhalt hat.<sup>42</sup> Dieser Rechtsstoff wurzelt aber in der Natur und ist deswegen mit der *lex* gleichbedeutend. (Leg. 1,20: „*repetam stirpem iuris a natura*“, Off. 3,17,72, „*iuris natura fons sit*“, Leg. 1,28: „*natura constitutum esse ius*“, Leg. 1,34: „*ius in natura esse positum intellegi possit*“, Leg. 1,35: „*ex natura ortum esse ius*“, Leg. 1,36: „*natura esse ius*“, Leg. 1,43: „*natura*

<sup>39</sup> In diesem Zusammenhang schreibt Knoche wie folgt: „Die Rechtsordnung Roms, baut man sie nur auf absolut gerechten Gesetzen auf, hat demnach die Chance, Weltenrecht im gültigsten Sinne zu werden.“ Siehe KNOCHÉ (1968) op. cit. 59.

<sup>40</sup> Siehe Emilio COSTA: *Cicerone giureconsulto, I. vol.* Bologna: L'Erma di Bretschneider, 1927. 33.

<sup>41</sup> Siehe DU PLESSIS. op. cit. 134. Vgl. Abel Hendy Jones GREENIDGE: *The Legal Procedure of Cicero's Time.* Oxford, Clarendon, 1901. (reprint 1971) 80.

<sup>42</sup> Hier verweisen wir darauf, dass Cicero die Philosophie für einen Versuch hält, der die Erschließung der *res humanae et res divinae* zum Ziel hat (De orat. 1,49,212 und De off. 2,2,5). Der Rechtsgelehrte Ulpian vertritt die Ansicht, dass die Rechtswissenschaft die gleiche Rolle zu spielen hat, wie die Philosophie. Bei Konzipierung dieser Idee stützt sich der klassische Rechtsgelehrte wahrscheinlich auf Cicero. (D.1,1,1,1 és D.1,10,2). Siehe Dieter NÖRR: *Iurisperitus sacerdos.* In: *Festschrift A. Zepos I. vol.* Athen, Katsikalis, 1973. 555 und 557. Vgl. Theo MAYER-MALY: *Recht und Philosophie.* In: Kurt EBERT (Hrsg.): *Festschrift Hermann Baltl.* Innsbruck, Wagner, 1978. 338.

*fundamentum iuris est*“. Vgl. Leg. 2,62., und Leg. 1,35.: „*qui iam licet nobis a natura leges et iura seiungere*“. Vgl. Leg. 3,42., Par. Stoic. 4,32. und De rep. 1,32,49.<sup>43</sup>

8. Der Arpinate definiert das *ius naturae* in *De inventione*: „*Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem; pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.*“ Das *ius naturae* ist dementsprechend kein Phänomenon, das zur Ideenwelt gehört, sondern stellt schlechthin ein Phänomenon realer Natur dar.

In *De legibus* (1,33) skizziert Cicero das Verwobensein der *recta ratio*, der *lex* und des *ius* anschaulich: „*Sequitur igitur ad participandum alium alio communicandumque inter omnes ius nos natura esse factos [...] Quibus enim ratio natura data est, isdem etiam recta ratio data est, ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando, si lex ius quoque; et omnibus ratio; ius igitur datum est omnibus.* (Marcus)“ (vgl. noch Leg. 1,42). Diese Worte von Marcus widerspiegeln das Wesen der naturrechtlichen Konzeption Ciceros, die zweifelsohne in der Stoa wurzelt.<sup>44</sup>

Das *ius naturale*, das die rechtliche Grundlage der menschlichen Gemeinschaft im weitesten Sinne (*societas humana*) bildet, ist auf die *lex aeterna* zurückzuführen. Cicero ist mit Recht als derjenige römische Denker zu betrachten, der die stoische Naturrechtsdoktrin auf die konsequenteste Weise konzipiert, wobei er den im Wesentlichen auf der Grundlage des Rechtspositivismus stehenden und die Vertragstheorie annehmenden Epikureismus entschieden bekämpft.<sup>45</sup>

Das Naturrecht verbietet einerseits die Störung der Ordnung (der *ratio*) der *societas humana*, andererseits befiehlt es die aktive Teilnahme an den Aktivitäten der *societas humana*.<sup>46</sup> Das erstgenannte Erfordernis impliziert die Verbindlichkeit der Erhaltung bzw. Konservierung der bestehenden Ordnung bzw. Rechtsordnung (*ordo iuris*). Dies bedeutet bei weitem keinen statischen Standpunkt. Die Beachtung der existierenden Normen ist nämlich den höheren Interessen der menschlichen Gesellschaft unterworfen.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Bezüglich der natura-Auffassung Ciceros siehe Deon Hurter VAN ZYL: Cicero and the Law of Nature. *The South African Law Journal*, 1968/103. 55–59.

<sup>44</sup> In Bezug auf den Einfluß der Mittleren Stoa auf Cicero aus der neueren Literatur siehe van Deon Hurter VAN ZYL: *Justice and Equity in Cicero*. Pretoria, Academia1991. 196–199.

<sup>45</sup> Hinsichtlich der Einflüsse der naturrechtlichen Doktrin im römischen Recht siehe Wolfgang WALDSTEIN: *Vorpositive Ordnungselemente im römischen Recht*. Salzburg–München, Salzburger Universitätsreden, Heft 19, 1967. 14–17.

<sup>46</sup> Die naturrechtliche Auffassung Ciceros beeinflusst Seneca, Dante, Francisco de Vitoria, Vico, Christian Wolff und Kant im Bereich der auf die „Weltgesellschaft“ bezogenen Theorien. Siehe Giorgio DEL VECCHIO: Das Naturrecht als Basis für eine Theorie der Weltgesellschaft. *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1964/13. 99–105.

<sup>47</sup> Hier soll darauf verwiesen werden, dass die Dualität bzw. der Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht für die römische Verfassungsgeschichte charakteristisch ist. Dieser Gegensatz findet sich auch noch bei Kaiser Iustinian I (Inst. 1.2.11.). Vgl. Heinrich HONSELL: Nomos und Physis bei den Sophisten. In: *Mélanges Felix Wubbe*. Fribourg, Fribourg University Press, 1993. 188.





## REFLEXIONS ON THE ACTUAL REFERENCES TO IUS NATURALE IN THE DIGEST

János ERDŐDY, PhD  
Pázmány Péter Catholic University

### 1. Preliminary remarks

It is widely known that *ius naturale* plays an important role<sup>1</sup> in Roman legal thinking, besides *ius civile*, *ius gentium*<sup>2</sup> and *ius praetorium*<sup>3</sup>. In accordance with a Ciceronian

---

<sup>1</sup> Its importance is clearly shown by Mayer-Maly, who claims that any reference to *ius naturale* occurs in Roman law when it is about such rules that are developed and unlocked by reason, or some elementary principles of justice. In detail see Theo MAYER-MALY: Reflexionen über ius I. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* CXVII (2000). 11.

<sup>2</sup> With regards to both normative layers, cf. Gai. 1, 1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*. See also Inst. 1, 2, 1: *Ius autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*. As for the secondary literature, reference to the following papers will suffice: René VOGGENSPERGER: *Der Begriff des „ius naturale“ im römischen Recht*. Helbing & Lichtenhahn, 1952.; Biondo BIONDI: *Lex e ius. Revue International des Droits de l'Antiquité* XII (1965). 170–171.; Herbert WAGNER: *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius: ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*. Gieben, 1978.; Philippe DIDIER: *Les divers conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> siècles. Studia et Documenta Historiae et Iuris* XLVII (1981). 205.; Wolfgang WALDSTEIN: *Bemerkungen zum ius naturale bei den klassischen Juristen. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* CV (1988). 710.; Max KASER: „Ius honorarium“ und „ius civile“. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* CI (1984). 74.; Max KASER: *Ius gentium*. Köln–Weimar–Wien, Verlag Böhlau, 1993.; Wolfgang WALDSTEIN: *Diritto consuetudinario e diritto giurisprudenziale a Roma. Saggi sul diritto non scritto*. Padova, 2002. 182.

<sup>3</sup> Cf. Pap. D. 1, 1, 7, 1 (2 def.): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*. From the secondary literature, cf. for instance Fritz SCHULZ: *Classical*

statement on this topic, there are three pillars left to be closely examined, and linked: *populus*, *iustitia* and *utilitas communionis*.<sup>4</sup> The link that brings these together is *iuris consensus*, the content of which was clear to everyone. It contained the above mentioned *ius civile*, *ius gentium* and *ius naturale* – the normative layers of *ius*<sup>5</sup> in the Roman thought.

In order to see a bigger picture, it seems inevitable to make at least some references to the other normative layers of Roman law, besides *ius naturale*. It is clear from both the Gaian text, as well as its 6<sup>th</sup> century counterpart, that *ius civile* and *ius gentium* were considered as complements to each other: there are certain characteristics that are in common in both, while there are also some apparent and distinct differences between the two. As for the common feature of these normative layers, it should be pointed out that both appear in such communities which are governed by certain norms, namely *leges* and *mores* (*[o]mnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*), where the former is related broadly to any written source of law (today referred to mainly as statutes, though) that was applicable to the totality of the community; while the latter designates inherited and prevailing customs of a certain place.<sup>6</sup> This primary statement of the source implies first and foremost that *ius* must exist around mankind (interpersonal characteristic) – and to this point one merely sees that *ius* applies to mankind, and mankind only. However, the principal difference between *ius civile* and *gentium* is that the rules of *ius civile* are enacted by the members of that particular community to which these very rules apply.<sup>7</sup> The rules of *ius gentium*, on the other hand, stem from *naturalis ratio*<sup>8</sup>, and they are common to all nations that

---

*Roman Law*. Oxford, 1951. 103 sq.; KASER (1984) op. cit. 72.; Joseph PLESCIA: The Development of the Doctrine of *Boni Mores* in Roman Law. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* XXXIV (1987). 277–279.; Tomasz GIARO: Über metodologische Werkmittel der Romanistik. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* CV (1988). 193.

<sup>4</sup> On this approach cf. Cic. de re publ. 1, 39: *Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*.

<sup>5</sup> As for the use of *ius* instead of law or right, suffice it to refer simply to the title of Max Kaser's famous work: *Das altrömische ius* – even the title of which suggests that there are several differences between *ius* and *Recht*.

<sup>6</sup> Cf. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, Clarendon Press, 1968. s. v. 'mos', especially 'mos<sup>2</sup>'.

<sup>7</sup> Cf. Reginaldo M. PIZZORNI: *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*. Bologna, 2000. 136.

<sup>8</sup> As for *ratio*, the long-lasting debate should be mentioned, however, only *per tangentem*, as detailed reference to this debate would serve as a detour to the primary goal of the present scrutiny. Yet, an allusion to multiple significations of the aforesaid terminus is sufficient. Cf. *Oxford Latin Dictionary* op. cit. s. v. 'ratio', with special attention to 'ratio<sup>5</sup>' and 'ratio<sup>22</sup>'. It should, however, likewise be pointed out that the meaning "ground or reason for something usually appears in Latin followed by a genitive clause, which in case of the term *naturalis ratio* is clearly absent, as *naturalis* is an adjective in the nominative case. In addition to this, pure logic could equally be evoked here; namely if *ratio* truly means reason and reason only, then the first logical question is where reason stems from, that is what source of reason can be named. At this point, we can see that reason presupposes an order, according

meet the primary condition, namely that of being such a community that is governed by statutes, as well as long-prevailing customs and traditions.<sup>9</sup>

At this point, it is highly interesting to switch to the scrutiny of *ius naturale* in the Roman thought. Preliminarily, it should hastily be pointed out that *ius naturale* and today's natural law do not totally serve as equivalents to each other. This is mainly because what we call natural law today is widely affected by many cultural and historical impacts that all came after the Roman era, therefore differences in approach surely occur. In addition to this, it is also important to underline that the concept and use of certain notions have changed since the Roman times – and this is especially true with regards to such an entity that is closely related to philosophy (and consequently, to a certain extent, a current ideology), the notions of which have been remodelled and refashioned since Plato's and Aristotle's age, whose impact on Roman thought (and not only legal thinking) cannot be denied.<sup>10</sup> As a consequence of all this, when referring to the Roman concept of natural law, the term *ius naturale* seems highly adequate, in order to point out all the subtle differences between the Roman and the contemporary idea of natural law.

## 2. The definition of *ius naturale* by Ulpian

After these considerations, it is interesting that should we search for citations related to *ius naturale* in the sources of Roman law, we will see clearly, that such references to *ius naturale* come into two parts. On the one hand those citations should be mentioned, where *ius naturale* is used as an explanatory or exemplificative means. On the other hand, there are some instances, where *ius naturale* is defined or circumscribed.<sup>11</sup> With this regard, it is enough to refer to the following text:

---

to which some things, events and people are considered reasonable, or normal, whilst others are regarded otherwise. With regards to the issue about naturalis ratio cf. e.g. Paul A. VAN DER WAERDT: Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? *ANRW* II, 36. 7. Berlin–New York, De Gruyter, 1994. 4880–4881.

<sup>9</sup> Cf. PIZZORNI (2000) op. cit. 136–137. These differences had some practical consequences in the everyday legal practice, too. In connection with this, suffice it to cite one passage from the Digest; Gai. D. 41, 1, 1 pr. (2 rer. cott.): *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. Et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.*

<sup>10</sup> On this issue the best reference could be PIZZORNI (2000) op. cit. Special attention should be paid to pages 29–88, focusing on the Greek approach of natural law, as well as 91–155, putting the Roman idea in the centre. As for the changes of the notional concept on the Medieval for instance see page 140, footnote 170 of the same work.

<sup>11</sup> At this point, it is important to underline that besides the term *ius naturale*, there are some instances where *ius naturae* appears instead. On this, see for example Cic. de inv. 2, 161: *Naturae ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.* Cf. e.g. Ludovico Valerio CIFERRI: Conoscenza e concessione del diritto in Cicerone. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* XLI (1994). 143<sup>6</sup>.

Ulp. D. 1, 1, 1, 3 (1 inst.) = Inst. 1, 2

*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur.*

This is a very famous text amongst Roman law sources and it has got really much to offer – both with respect to its textual criticism<sup>12</sup>, an concerning its inner content, not to mention its wider context in which it is put. This set of norms, the basic idea of which goes back to the peripatetic school<sup>13</sup>, stem from *natura* itself, where *natura* as a general expression bears several meanings. Amongst these, the most important is that *natura* was considered as the power that governs the physical universe, consequently it appears as a *creator mundi*.<sup>14</sup> Again, *natura* occurs in many other instances, where it all designates a certain power of a certain kind. As such, it appears as the power that defines the innate character and feelings of humans.<sup>15</sup> Then it appears as the power that regulates all physical conditions and requirements, such as the life span of living entities or the physical properties of animals, plants and other natural products.<sup>16</sup> The disciples to whom it is taught are *animalia*, that is to all living beings. As a consequence, the Latin term *animal* should be considered here in a wide sense<sup>17</sup>, even if Ulpian himself contradicts once to his very own statement, claiming that an animal cannot be guilty of wrongdoing, because it is deficient in

<sup>12</sup> Some authors even consider this text as a pseudo-Ulpianian natural law, which statement – with regards to the manifold appearances of any references to *ius naturale* – seems to be rather far-fetched. On this cf. WAGNER op. cit. (1978) 64<sup>2</sup>, 118<sup>4</sup>, 136, 141, etc. Contrary to this assumption see WALDSTEIN (1988) op. cit. 702–703. Wagner asserts in the end that this instance by Ulpian is nothing more than a postclassical edition and reformulation of an original text. In detail cf. WAGNER op. cit. (1978) 135 sq. This statement is hard to contradict, though, as Waldstein himself humbly admits. Cf. WALDSTEIN (1988) op. cit. 706–707, with further evidence on the genuineness of this *locus*. Honoré himself opts for the authenticity of this text. See Tony HONORÉ: *Ulpian. Pioneer of Human Rights*. Oxford University Press, 2002<sup>2</sup>. 100.

<sup>13</sup> On this see Laurens C. WINKEL: *Einige Bemerkungen über das ius naturale und ius gentium*. In: *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*. Stuttgart, 1993. 443. Correspondingly cf. Dieter NÖRR: *Rechtskritik in der römischen Antike*. München, C. H. Beck, 1974. 80<sup>150</sup>. Contrary to this idea see HONORÉ (2002<sup>2</sup>) op. cit. 31.

<sup>14</sup> Cf. e.g. Cic. nat. deo. 2, 29: *Natura est igitur, quae contineat mundum omnem eumque tueatur, et ea quidem non sine sensu atque ratione*. Lucr. 2, 168-171: “[...] naturam non posse deum sine numine reddunt / tanto opere humanis rationibus atmoderate / tempora mutare annorum frugesque creare / et iam cetera [...]”.

<sup>15</sup> Cf. Cic. Mur. 4: “[...] quod natura adfert ut eis faveamus qui eadem pericula quibus nos perfuncti sumus ingrediantur [...]”.

<sup>16</sup> Cf. e.g. Cic. Tusc. disp. 1, 47: “*nam nunc quidem, quamquam foramina illa, quae patent ad animum a corpore, callidissimo artificio natura fabricata est [...]*”; Lucr. 2, 713–714: “[...] at contra aliena videmus / reicere in terras naturam [...]”.

<sup>17</sup> Likewise see Martin SCHLAG: *Norm und Geltung*. In: *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*. Stuttgart, 1993. 324. Contrary to this assessment cf. WINKEL (1993) op. cit. 448.

reason.<sup>18</sup> All things considered, it results from all that have been said that this law is not peculiar to the human race, but affects all creatures.<sup>19</sup>

A very similar idea appears in the Nicomachean Ethics by Aristotle, where he claims:

Arist. Eth. Nic. 1134b

“τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικόν ἐστι τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὗ τῷ δοκεῖν ἢ μῆ, [...]”

According Aristotle’s view, the community-related justice (πολιτικός δίκαιος) is of two kinds: one is natural (φυσικός), while the other is such that is in connection with laws (νομικός). A rule of justice is natural that has the same power or authority (δύναμις) everywhere (πανταχοῦ), and does not depend on people’s opinion or attitude. In other words, natural justice as something universally valid doesn’t depend on whether people accept it or not. The parallelism between this Aristotelian approach and that of Roman jurists (especially Gaius, and – as a consequence – later on that of Justinian) becomes clear, when we again have reference to the comparison between *ius gentium* and *ius naturale* of the Roman thought. The former stemming from *naturalis ratio* is common to all nations governed by statutes and old traditions; as a result these traditions are for the most part reflected by the statutes of a human community – as this set of norms is specifically applicable to mankind only. The latter, namely *ius naturale*, is common to all living creatures of the world, mainly because it comes from *natura* instead of *naturalis ratio*. From all these considerations, it is apparent that there must be some kind of difference, though slight, between *natura* and *naturalis ratio*, even if *ratio* itself designates ‘order’, which is a foundation stone of a reason. At this point, a reference to Seneca could come in useful, as he creates a methodical classification of entities with regards to *genus* and *species*.<sup>20</sup> Continuing Seneca’s thought, it is possible to say that living creatures (*animalia*) come into two parts: one of them contains those creature that fly the sky, live in the seas and on earth. To the other one only humans belong, as they are also *animalia*. The very profound difference between these two groups is that the former lack *ratio*, which is a specialty of the latter. *Ratio* here appears as a skill that enables our species to realise and understand the natural order (*naturalis ratio*), as a setting of the scene, where all

<sup>18</sup> Cf. *Oxford Latin Dictionary* op. cit. s. v. ‘animal’; Ulp. D. 9, 1, 1, 3 (18 ad ed.): *Ait praetor „pauperiem fecisse”. Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.* See also PIZZORNI (2000) op. cit. 139 and footnote 169.

<sup>19</sup> Cf. CIFERRI (1994) op. cit. 148.

<sup>20</sup> Cf. Sen. Ep. (6), 58, 8-15: “[...] *quaedam animam habent nec sunt animalia. Placet enim satis et arbustis animam inesse. Itaque et vivere illa et mori dicimus. Ergo animantia superiorem tenebunt locum, quia et animalia in hac forma sunt et sata. Sed quaedam anima carent, ut saxa. Itaque erit aliquid animantibus antiquius, corpus scilicet. Hoc sic dividam, ut dicam corpora omnia aut animantia esse aut inanima*”.

entities are bound to exist. This approach supports the idea according to which *ius civile*, *ius gentium* and *ius naturale* should be considered as three concentric circles, or sets.

### 3. Appearances of the term “*iure naturali*” in the Digest

Amongst those texts, where *ius naturale* appears in an explanatory or exemplificative sense, those instances are to be cited here from the Digest where the term “*iure naturali*” occurs. This form is in the ablative case, consequently via this case *ius naturale* is interpreted as a means or an instrument by which something is carried out. A first set of sources refer to the issue of slavery, or more specifically the connection between *libertas* and slavery. The background for the whole treatise in the Digest is the Stoic opinion<sup>21</sup> according to which God has left all men free; nature has made none a slave. In Roman legal sources it is mainly Ulpian who bears witness of this very important fact.<sup>22</sup> The first text covers this topic from a general aspect, while the second one is more specific with this regards.

Ulp. D. 50, 17, 32 (43 ad Sab.)

*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*

In the scope of *ius civile*, slaves are regarded as nobody, therefore they are not considered as *personae*.<sup>23</sup> This is, however, not true with regards to *ius naturale*, because in this scope all men are equal, as a good indication of the aforesaid Stoic influence.<sup>24</sup> Honoré had a very clever idea in connection with this text, when he stated that there is a contraposition of what is natural and what is artificial, just like *ius civile* is.<sup>25</sup> It is very interesting that Lévy himself defends this text by Ulpian (besides texts by other authors as well) claiming that any reference to *ius naturale* in the issue of slavery is valid and congruent to other texts of the subject.<sup>26</sup>

Ulp. D. 1, 1, 4 (1 inst.):

*Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute*

<sup>21</sup> Cf. Arist. Rhet. 1373b: “[...] ἐλευθέρους ἀφήκε πάντα θεός: οὐδένα δούλον ἢ φύσις πεποιήκεν [...]”. On this see also Max KASER: *Ius gentium*. Köln–Weimar–Wien, Verlag Böhlau, 1993. 75.

<sup>22</sup> HONORÉ (2002<sup>2</sup>) op. cit. 88.

<sup>23</sup> Kaser points out that *pro nullis haberi* refers to legal capacity. Cf. KASER (1993) op. cit. 77<sup>315</sup>.

<sup>24</sup> Ernst LÉVY: *Natural Law in Roman Thought. Gesammelte Schriften I*. Köln–Graz, Verlag Böhlau, 1963. 11; HONORÉ (2002<sup>2</sup>) op. cit. 81, likewise 88.

<sup>25</sup> HONORÉ (2002<sup>2</sup>) op. cit. 79

<sup>26</sup> In detail see LÉVY (1963) op. cit. 14.

*est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.*

The primary statement in this text is that *manumissio* in general makes part of *ius gentium*, or belongs to the set of *ius gentium*. Then there is a clarification that *manumissio* means a bestowal of freedom, the etymology of which goes back to the fact that *manumissio* was effectuated by a dismissal by the hand. The reason for this etymology is that anyone in servitude, is subject to the hand and to authority, but, once manumitted, he is liberated from that authority. At this point, it becomes clear that *ius gentium* and *ius naturale* aren't equal – there are some differences between the two, which may stem from the fact that jurists accepted the philosophical approach according to which all men were born free.<sup>27</sup> As a consequence, Ulpian himself points out that *manumissio* takes its origin from *ius gentium*; since, according to *ius naturale* *manumissio* was not known, resulting from the innate freedom of all men, therefore slavery itself was unknown. As a consequence, it could be stated that slavery is a good example of such an institution that is contrary to *natura*, yet it was accepted by *ius gentium*, which came on *ius naturale*.<sup>28</sup> Thus, after slavery was admitted by *ius gentium*, *manumissio* also appeared, but merely as a benefit. A very interesting classification follows these statements. Ulpian underlines that according to *ius naturale* there is only one natural name (*nomen naturale*) for everybody, that is human (*homo*). In the scope of *ius gentium*, however, there are three kinds of names, as according to *ius gentium* *homines* come into three parts: they can be *liberi*, or freemen, in distinction to *servi*, that is slaves, and as a third class, there are *liberti*, or freedmen, who had ceased to be slaves. With this regards it is also very interesting to cite the Institutes of Gaius in this context, in which the jurist claims that men could be freemen and slaves. Freemen are divided into freeborn and freedmen: the former gain freedom by birth, while the latter by *manumissio* from slavery. Freedmen are divided into three classes; they can be Roman citizens, *Latini*, and *peregrini*, who are close to foreign people or even to enemies.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> LÉVY (1963) op. cit. 11–12.; KASER (1993) op. cit. 58.

<sup>28</sup> Cf. HONORÉ (2002<sup>2</sup>) op. cit. 80, who says *ius gentium* encroached on *ius naturale*. See also *Oxford Latin Dictionary* op. cit. s. v. 'inuado<sup>4b</sup>' for a slightly different approach.

<sup>29</sup> Cf. Gai. 1, 9–12: "(9) *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. (10) Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. (11) Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt. (12) Rursus libertinorum tria sunt genera: nam aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum numero sunt [...]*". With regards to the text in the Digest see also KASER (1993) op. cit. 78.

The third slavery-related text in connection with *ius naturale* is from Tryphoninus. The solution of the case in this fragment originates basically from the previously scrutinised *locus*.

Tryph. D. 12, 6, 64 (7 disp.)

*Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est.*

In this case, there is a master who owed money to his slave. He then duly the slave, but only after his release from slavery. After this, he wanted to bring an action against his freedman, on the basis that he believed to have been able to do so. Yet, the jurist responded to the question raised that the former master cannot bring an action for the recovery of the payment, regardless to his belief of any kind. The reason for this is that the acknowledgment of debt is according to *ius naturale*, or – as the text puts it – it is about a natural debt. Tryphoninus then compares this *debitum naturale* to freedom that exists under *ius naturale*.<sup>30</sup> In contrast to this, he also mentions the domination<sup>31</sup> of persons as such that was introduced by *ius gentium*. His decision then is based on the fact which set of norms is considered (or he considered) as superior to the other. As a result of this evaluation, Tryphoninus claims that all questions in this case should be answered with reference to *ius naturale*.<sup>32</sup>

Another reference to *ius naturale* appears in the Digest in connection with family relationship.

Mod. D. 38, 10, 4, 2 (12 pand.)

*Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae vulgo liberos peperit. civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem*

<sup>30</sup> Such a *debitum naturale* is considered as a legally unenforceable *obligatio naturalis*. Cf. Wolfgang WALDSTEIN: *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen. Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* II, 15. Berlin–New York, 1976. 86.; KASER (1993) op. cit. 77.

<sup>31</sup> As for the critical remarks concerning the term ‘*dominatio*’ see KASER (1993) op. cit. 77<sup>314</sup>, with further literature.

<sup>32</sup> Something similar comes up in another text, in which Licinius Rufinus asserts that a *pupillus*, through borrowing money, won’t render himself liable by *ius naturale*. Cf. Licin. D. 44, 7, 58 (8 reg.): *Pupillus mutuum pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur*.



*cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit.*

In this text Modestinus set out to give a brief definition<sup>33</sup> to *cognatio*, as a relationship. This among the Romans is understood to be twofold: some connections are derived from *ius civile*, while others from *ius naturale*. On the basis of these two kinds of relationships, Modestinus gives three possible combinations or possibilities as for *cognitiones*.<sup>34</sup> These sometimes coincide, so that the relationship by *ius naturale* and *civile* is united. And, indeed, *cognatio naturalis* can be understood to exist without *civilis*. The best example of this could be the case of a woman who has illegitimate children.<sup>35</sup> This shows that the origins of *cognatio* – mainly from the aspect of hereditary succession – can be found in birth itself, therefore it is closely linked with *ius naturale*, too.<sup>36</sup>

*Cognatio civilis*, however, which is considered to be *legitima* at a time, arises through *adoptio* without *iure naturali cognatio*. Then *cognatio* can exist under both laws when a union is made by marriage lawfully concluded. As for the names of these different types of *cognitiones*, Modestinus himself gives a transparent nomenclature: *naturalis cognatio* is simply designated by the term '*cognatio*', while *civilis* is styled agnation, which has reference to relationship derived through males.

There is another group of sources in which the term *iure naturalis* appears. These sources are connected to the law of property.

Marci. D. 1, 8, 2, pr. – 1 (3 inst.)

(pr.) *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.*

(1) *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Marcianus asserts that there are entities that are common to everyone by *ius naturale*, such as the air, running water, the sea, and hence the shores of the sea.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Gilbert HANARD: Observations sur l'adgnatio. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* XXVII (1980). 172.

<sup>34</sup> Cf. KASER (1993) op. cit. 81.

<sup>35</sup> Consequently, such children have no *pater legalis*. On this see also C.VAN DE WIEL: Les différentes formes de cohabitation hors justes noces et les dénominations diverses des enfants qui en sont nés dans le droit romain, canonique, civil et byzantin jusqu'au treizième siècle. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* XXXIX (1992). 337<sup>35</sup>.

<sup>36</sup> LÉVY (1963) op. cit. 8.; KASER (1993) op. cit. 65.

<sup>37</sup> A paraphrase of this text is Inst. 2, 1 pr. – 1. Cf. KASER (1993) op. cit. 108.; Wolfgang WALDSTEIN: «Ius naturale» nel diritto romano postclassico e in Giustiniano. In: Umberto VINCENTI (a cura di): *Saggi sul diritto non scritto*. Padova, 2002. 275 and footnote 159.

Flor. D. 1, 8, 3 (6 inst.)

*Item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, iure naturali nostra statim fiunt.*

The sequel to the Marcianus text goes on with saying that precious stones, gems, and other similar objects which we find upon the seashore also at once become ours by *ius naturale*.

The very first experience is that neither Marcianus, nor Florentinus mention ‘res’ in their fragments, despite the fact that they are in the title “*De divisione rerum et qualitate*”.<sup>38</sup> In addition to this, it is highly interesting that the modes of acquisition of property are governed either by *ius civile* or *gentium*. In these texts, however, both authors claim that the use of the entities mentioned by Marcianus on the one hand, and the occupation of the objects named by Florentinus on the other are ruled by *ius naturale*.<sup>39</sup>

Gai. D. 43, 18, 2 (25 ad ed. provinc.)

*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.*

We say that houses form part of the surface of land where they have been erected under the terms of a *conductio*. The ownership of such buildings is granted to the proprietor of the soil, in accordance with both *ius civile* and *naturale*.<sup>40</sup> In these texts the most apparent issue is that the jurists consider *ius naturale* and *gentium* as synonyms. Such a change in interpretation may be due to the change of notions and the change of the notional background of the two sets of *ius*.

#### 4. Results and conclusions

From all these considerations it becomes clear that there are explicit references to *ius naturale* in the Digest, which is one of the most important sources of Roman law. There is a hint of contraction of notions, namely that of *ius naturale* and *gentium* in some instances, however, from the definition of these sets of norms given by classical jurists it is doubtless that there are incontestable boundaries between the two. It was seen then that sources on *ius naturale* come into two parts. On the one hand there are some instances, where *ius naturale* is defined or circumscribed. On the other hand, there are some texts, where *ius naturale* is used as an explanatory or exemplificative means, mainly in the ablative case. Some of these texts are general with regards to

<sup>38</sup> Cf. KASER (1993) op. cit. 108.

<sup>39</sup> LÉVY (1963) op. cit. 9.

<sup>40</sup> Cf. KASER (1993) op. cit. 102, also with reference to the principle *superficies solo cedit*, which Kaser himself denies to be ruled by *ius gentium*.

their contents, while others are more specific and refer to a particular case. Such cases are related on the one hand to the status of *personae*, while others are connected to the law of property. The background for all these is the fact that any reference to *natura* and *ius naturale* stems from Stoic philosophy, the influence of which was considerable, if not predominant, not only on law, but on all walks of life.

Resulting from such diversity, the direction of the research is defined. At this point, it could be a wise decision to restrict scientific interest to the appearances of *ius naturale* in the Digest. There are though other legal sources which should be scrutinised, also, there are non-legal sources to be analysed, and furthermore, there are many interesting expressions which are merely related to *ius naturale*. As a consequence, this paper is bound to be a first step in a very complex, but rewarding work to come.



## DIE SUCHE NACH ENTSCHEIDUNGSGRUNDLAGEN:

### *Reflexionen von Joseph Ratzinger/Benedikt XVI. und Wolfgang Waldstein zur Naturrechtsfrage*

Nadja EL BEHEIRI  
Katholische Universität Pázmány Péter

#### **1. Einführung**

Benedikt XVI. hat in seiner vielbeachteten Rede im Deutschen Bundestag nach Orientierungskriterien für Verantwortungsträger bei der Rechtsbildung gefragt. Als Antwort hat er von Natur und Vernunft als den wahren Rechtsquellen gesprochen, von dem Zusammenklang zwischen objektiver und subjektiver Vernunft, der das Gegründetsein beider Sphären in der schöpferischen Vernunft Gottes voraussetzt. Diese Formulierung kann in gewisser Weise als Ergebnis des Ringens von Joseph Ratzinger/Benedikt XVI. um die Grundlagen des freiheitlichen Rechtsstaates verstanden werden. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Gespräch mit Jürgen Habermas in der Katholischen Akademie in München am 19. Januar 2004 zu. Bei dieser Gelegenheit hat sich der damalige Präfekt der Kongregation für Glaubenslehre bei der Suche nach den Voraussetzungen des Rechts ausdrücklich nicht auf das Naturrecht stützen wollen. Begründet hat Ratzinger dies ein Jahr vor seiner Wahl zum Römischen Oberhirten damit, dass die „Idee des Naturrechts [...] einen Begriff von Natur (voraussetzt), in dem Natur und Vernunft ineinander greifen, die Natur selbst vernünftig ist.“<sup>1</sup> Dem Begriff einer „vernünftigen Natur“ steht aber „der Sieg der Evolutionstheorie“ entgegen. Der einzig noch übriggebliebene Naturbegriff, so der Kardinal, ist jener des römischen Juristen Ulpian, der unter Naturrecht jenes Recht verstanden hat, dass die Natur alle Lebewesen gelehrt hat.<sup>2</sup> Gerade ein solcher Begriff von Natur schien Ratzinger damals im Hinblick auf die Formulierung eines Naturrechts ungenügend.

---

<sup>1</sup> Joseph RATZINGER: Was die Welt zusammenhält. In: DERS: *Werte in Zeiten des Umbruchs*. Freiburg–Basel–Wien, Herder, 2005. 35.

<sup>2</sup> *Ibid.* 35.

Die Bundestagsrede enthält im Gegensatz dazu ein deutliches Bekenntnis zum Naturrecht und auch bei dieser Gelegenheit nimmt Benedikt XVI. Rückgriff auf die Antike.

Die Begegnung von römischem Recht, christlicher Philosophie und Christentum haben Natur und Vernunft in einer harmonischen Einheit zusammengeführt, die Ursprung und Ziel im Schöpfergott hat. Der Ausdruck „Zusammenklang“, den der Papst gebraucht, legt den Vergleich mit der Wahrnehmung von Musik nahe. Gehört werden nicht nur Töne, Melodie, Harmonie und Struktur eines Musikstückes. Seine Schönheit zeigt sich den Zuhörern durch das Zusammenspiel all dieser Elemente, das Erleben dieser Schönheit führt zu Gott.<sup>3</sup> Harmonie und Schönheit, die im Zusammenspiel von objektiver und subjektiver Vernunft zum Ausdruck kommen, können – so scheint der Papst im späteren Verlauf der Rede andeuten zu wollen<sup>4</sup> – auch einen Weg zur Erfassung von Recht und Gerechtigkeit darstellen. Was für die Harmonie der Musik gilt, kann auch auf die Ausrichtung des Menschen auf das sittlich Gute gesagt werden.<sup>5</sup> In der Bundestagsrede bezieht sich der Papst nicht auf die Schönheit der Musik, sondern er sucht nach einem Beispiel, von dem er denkt, dass es im Hinblick auf seine Zuhörerschaft „konsensfähig“ ist und findet es in der „ökologischen Bewegung“, in der er „einen Schrei nach frischer Luft“ und ein Aufreißen von Fenstern erblickt.<sup>6</sup> Natur, Vernunft und das Offensein gegenüber der schöpferischen Vernunft Gottes sollen als Grundlage zur Schaffung eines tragfähigen und wirksamen Rechts dienen.<sup>7</sup> Dabei bringt der Papst jedoch keine genaue Beschreibung des Begriffes „Natur“ noch eine Präzisierung dessen, was er unter „Vernunft“ versteht. Zur Konkretisierung der Begriffe weist Benedikt XVI. auf das kulturelle Erbe Europas hin. Die spezifisch juristische Argumentation entnimmt

<sup>3</sup> Benedikt XVI. hat etwa über die Musik Mozarts gesagt, dass er schon als Kind, wenn er sie in der Kirche gehört hat, den Eindruck gehabt hat, dass eine solche Musik nur vom Himmel kommen könne und sich in ihr die Schönheit Gottes offenbaren würde. Als unvergesslich bezeichnete er ein von Leonard Bernstein dirigiertes Konzert von Bach. Der damalige Kardinal von München-Freising saß neben dem lutherischen Bischof Johannes Hanselmann. Am Ende einer der großen Kantaten waren sich die beiden Kirchenmänner darüber einig, dass wer diese Musik gehört hat, weiß, dass der Glaube wahr ist. Vgl. Pablo BLANCO: *Joseph Ratzinger, Vida y Teología*, Madrid, Rialp, 2006. 155 f.

<sup>4</sup> Benedikt XVI. formuliert als Antwort auf die Feststellung Kelsens, dass es völlig aussichtslos sei, über die Wahrheit des Glaubens zu diskutieren die Frage, ob es denn wirklich sinnlos wäre zu bedenken, ob die objektive Vernunft, die sich in der Natur zeigt, nicht eine schöpferische Vernunft, einen Creator Spiritus voraussetzt.

<sup>5</sup> Der Katechismus der Katholischen Kirche formuliert im Zusammenhang mit den Wegen zur Gotteserkenntnis in Punkt 33 folgendermaßen: „[...] Mit seiner Offenheit für die Wahrheit und Schönheit, mit seinem Sinn für das sittlich Gute, mit seiner Freiheit und der Stimme seines Gewissens, mit seinem Verlangen nach Unendlichkeit und Glück fragt der Mensch nach dem Dasein Gottes.“

<sup>6</sup> Ansprache von Papst Benedikt XVI. im Bundestag. Im folgenden Beitrag wird die Ansprache nach dem Text auf der Homepage des Vatikans zitiert ([www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>7</sup> Christoph OHLY: Wie erkennt man, was recht ist? Zur Perspektive einer politischen Sternstunde. In: Michaela Christine HASTETTER – Helmut HOPING (Hrsg.): *Ein hörendes Herz. Hinführung zur Theologie und Spiritualität von Joseph Ratzinger/Papst Benedikt XVI.* Regensburg, Pustet, 2012. 110.

der römische Oberhirte einem Buch des Salzburger Rechtshistorikers Wolfgang Waldstein mit dem Titel „Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft“.<sup>8</sup> Das Buch Waldsteins seinerseits stellt einen Querschnitt der Ergebnisse dar, die der Professor für Römisches Recht in mehr als fünfzig Jahren der Beschäftigung mit den Quellen des römischen Rechts erzielt hat. Im Anschluss an die Rede wurde mehr Waldstein als Benedikt XVI. vorgehalten, dass er nicht ausreichend zwischen Natur und Norm unterscheiden würde. Besonders pointiert formuliert dies der deutsche Verfassungsjurist Horst Dreier, der die Aussagen Waldsteins dahingehend auslegt, dass dieser die Ansicht vertritt, dass „die Natur in prinzipiell gleicher Weise zu erkennen sei wie das Naturrecht“ und dass „Normen anscheinend in prinzipiell gleicher Weise wie Dinge der äußeren Natur [existieren]“.<sup>9</sup> Von thomistisch-aristotelischer Seite wurde vorgebracht, dass Waldstein nicht ausreichend zwischen „Natur“ und „Norm“ bzw. „Natur“ und „Recht“ differenziert, was zu methodologischer Unklarheit führt.<sup>10</sup>

Das Ziel des vorliegenden Beitrages besteht darin, die Sicht des Professors für Römisches Recht anhand einiger Ausführungen Waldsteins zu antiken Quellentexten ansatzweise zu illustrieren. Wichtig für eine Beurteilung der Methode ist dabei, dass Waldstein als Rechtshistoriker sich zwar sehr wohl mit rechtstheoretischen Fragen auseinandersetzt, dies jedoch nicht in erster Linie auf theoretisch-spekulative, sondern auf historische Weise tut. Er versucht aus konkreten Texten herauszulesen, was die antiken Denker unter Naturrecht verstanden haben. Das hermeneutische Rüstzeug bezieht Waldstein dabei aus der griechischen Philosophie. Sowohl was die inhaltliche Festmachung des Begriffes *ius naturale*, als auch was die Frage seiner Erkenntnis betrifft, hat Wolfgang Waldstein seine Erkenntnisse im Meinungsaustausch mit Fachkollegen gewonnen.<sup>11</sup> Im Hinblick auf die Untersuchung des Naturrechtsverständnisses von Wolfgang Waldstein scheint mir noch ein weiterer Aspekt ausschlaggebend. Bereits in seiner am 25. Januar 1966 in Salzburg gehaltenen Antrittsvorlesung hat Waldstein hervorgehoben, dass sich in den römischen Rechtsquellen zahlreiche Ausdrücke finden, die vor dem positiven Recht liegen. Das römische *ius naturale* ist nur eines unter mehreren Elementen, die zur Gestaltung des römischen Rechts beigetragen haben. Der Professor für Römisches Recht formulierte damals ausdrücklich die Frage, ob der „herkömmliche Begriff des *ius naturale* überhaupt dazu ausreicht, alle vorpositiven Ordnungselemente [...] zu erfassen“. Eine solche Einengung des Gesichtsfeldes könnte – so Waldstein – zur Folge haben, dass „sehr verschiedene, aus den Quellen erkennbare Phänomene mehr oder

<sup>8</sup> Wolfgang WALDSTEIN: *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*. Augsburg, Sankt Ulrich, 2010.

<sup>9</sup> Horst DREIER: Benedikt XVI. und Hans Kelsen. *JZ* 23/2011. 1152.

<sup>10</sup> Martin RHONHEIMER: Säkularer Staat, Demokratie und Naturrecht. In: Georg ESSEN (Hrsg.): *Verfassung ohne Grund? Die Rede des Papstes im Bundestag*. Freiburg–Basel–Wien, Herder, 2012. 90 Anm.10.

<sup>11</sup> Dazu Nadja EL BEHEIRI: Wolfgang Waldstein: Ein wissenschaftliches Porträt im Diskurs mit Kollegen und Dialogpartner. *Pázmány Law Review*, I. 2013. 211–237.

minder gewaltsam unter einen Begriff gezwängt werden, unter den sie in Wahrheit nicht passen.<sup>12</sup> Neben Wortverbindungen mit *natura* führt Waldstein damals die Begriffe *aequitas*, *bonum et aequum*, *bona fides*, *iustum*, *iustitia* und andere wie etwa *honestus* an. Auf ihre Analyse ist Waldstein im Laufe seines wissenschaftlichen Werkes bei zahlreichen Gelegenheiten zurückgekommen. Es scheint wichtig, bei der Untersuchung des Begriffes des Naturrechts Absolutisierungen zu vermeiden. Auch das römische *ius naturale* gilt es als ein Element zu untersuchen, das als Teil eines harmonischen Ganzen verstanden werden will.

## 2. *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*

### 2.1. Zur Definition des Ulpian

Im Mittelpunkt der Naturrechtsdiskussion steht seit der Antike die Definition des römischen Juristen Ulpian.<sup>13</sup> Diese Definition wurde von Glossatoren und Kanonisten und nicht zuletzt auch von Thomas von Aquin als Ausgangspunkt verwendet.<sup>14</sup> Wie bereits erwähnt greift auch Benedikt XVI. auf die Begriffsbeschreibung des antiken Juristen zurück.<sup>15</sup>

Eine angemessene Beurteilung der Definition des Ulpian wird – so schreibt Waldstein – zunächst dadurch erschwert, dass die römischen Juristen kein Interesse an einer dogmatisch klaren, methodologisch sauberen Systematisierung der Begriffe im modernen Sinn hatten.<sup>16</sup> Diesen Aspekt betont auch Max Kaser. Die Aussage *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* – so legt Kaser dar – stammt aus einer Einführungsschrift des Ulpian, in der der Spätclassiker Anfängern im juristischen Studium Grundgedanken über Recht und Gerechtigkeit nahe bringen wollte. Die Überlegungen betreffen zunächst die Abgrenzung von *ius publicum* und *ius privatum*, innerhalb des *ius privatum* findet sich dann die Unterteilung in *ius civile*, *ius gentium* und *ius naturale*. Das *ius civile* ist römischen Bürgern vorbehalten, das *ius naturale* gilt für alle Lebewesen, das (privatrechtliche) *ius gentium* ist das allen Menschen gemeinsame Recht. Diese Dreiteilung – so Kaser –

<sup>12</sup> Wolfgang WALDSTEIN: *Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht*. Salzburg–München, Pustet, 1967. 5.

<sup>13</sup> Vgl. für den ungarischen Sprachraum: FRIVALDSZKY János: *Természetjog, Eszmetörténet* [Naturrecht. Geistesgeschichte]. Budapest, Szent István Társulat, 2001. 48 ff.

<sup>14</sup> Vgl. FRIVALDSZKY op. cit. 91. Wilhelm E. MAY: The meaning and nature of the natural law in Thomas Aquinas. *The American Journal of Jurisprudence*, 1977/22. 168–189.

<sup>15</sup> Der damalige Präfekt zitiert den Satz des Ulpian in einer von der Formulierung in den Institutionen abweichenden Form (*ius naturae est, quod natura omnia animalia docet*). Die Naturrechtsdefinition ist nicht die einzige Frage, in der Papst Benedikt auf Äußerungen des Ulpian zurückgreift. In der Fastenbotschaft des Jahres 2010 stellt er die Definition der Gerechtigkeit des römischen Juristen an den Anfang seiner Überlegungen ([www.vatican.va](http://www.vatican.va). Botschaften für die Fastenzeit).

<sup>16</sup> Wolfgang WALDSTEIN: Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen. In: Hildegard TEMPORNI – Wolfgang HAASE (Hrsg.): *ANRW*. Berlin–New York, Walter de Gruyter, 1976. 80.



ist weder als *partitio* im Sinne einer Zerlegung in Stücke zu verstehen, bei der jedes Element unabhängig von den anderen existiert, noch ist sie eine Teilung, bei der die kleinere Einheit in der größeren Einheit mitenthalten ist.<sup>17</sup> Otto Lenel ordnet den Begriffen in der Palingenesie verschiedene Texte zu. So gehört zum *ius gentium* die Abgrenzung des Begriffes *hostes* von *latrunculi*, die Manumission von Sklaven, das *precarium*, die *locatio-conductio*, *mutuum* und *depositum*. Im Hinblick auf das *ius civile* stehen nicht einzelne Rechtsfiguren im Vordergrund, es werden vielmehr die zur Entstehung des *ius civile* führenden Rechtsquellen aufgezählt.<sup>18</sup> Der von Lenel an erster Stelle angeführte Begriff *ius naturale* wird durch ein einziges Beispiel verdeutlicht und zwar durch die Bezugnahme auf die Menschen und Tieren gemeinsame Neigung zu dem jeweils anderen Geschlecht. Der Jurist schreibt, dass das Naturrecht für alle Lebewesen [gilt], die es auf dem Lande und im Wasser gibt und auch den Vögeln eigen ist. Aus diesem Recht – so der Spätklassiker – leitet sich die Verbindung des männlichen Geschlechts mit dem weiblichen ab, die wir Menschen Ehe nennen, ebenso die Erzeugung und Erziehung der Kinder. Ulpian fügt hinzu, dass wir ja wissen, dass auch die übrigen Lebewesen, ja selbst die wilden Tiere, nach der Kenntnis dieses Rechts eingestuft werden.<sup>19</sup> Von den verschiedenen Gesichtspunkten, die bei der Beurteilung der drei Kategorien des Rechts in Frage kommen, akzeptiert Kaser nur jene, die im Hinblick auf die Rechtssubjekte von der kleineren Einheit zur größeren Einheit fortschreitet. Das *ius civile* richtet sich nur an die römischen Bürger, durch das *ius gentium* werden alle Menschen, durch das *ius naturale* alle Lebewesen angesprochen. Die Formulierung des Ulpian ist in mehrerer Hinsicht singulär. Max Kaser weist darauf hin, dass Ulpian der einzige Jurist ist, der von einem Menschen und Tieren gemeinsamen Recht spricht.<sup>20</sup> Die Schwäche der ulpianischen Formulierung wird von modernen Autoren – unter diesen auch Kardinal Ratzinger – darin gesehen, dass sie gerade den spezifisch menschlichen Aspekt, die Vernunft, unberücksichtigt lässt. Wolfgang Waldstein hat darauf hingewiesen, dass die antiken Juristen, „das *ius naturale* als Grundlage für ihre Entscheidungen herangezogen [...] und es so „in einem sehr bedeutsamen Ausmaß erschlossen“ (haben).<sup>21</sup> Eine umfassende Diskussion dieser Stellen muss einer späteren Arbeit vorbehalten bleiben. Die Problemstellung, die hier beantwortet werden kann, lautet nur, inwiefern die von Waldstein erstellten Gruppierungen, eine Schlussfolgerung auf die Beziehung von Natur und Vernunft zulässt. Die ins Auge gefasste Kategorie betrifft ausschließlich den Bereich des *ius naturale*, jenen Bereich also, in dem die Natur als Ausgangspunkt zur Formulierung einer Norm dient.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Max KASER: *Ius Gentium*. Köln–Weimar–Wien, Böhlau, 1993. 69 f.

<sup>18</sup> Otto LEHNEL: *Palingenesia iuris civilis 2*. Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1960. 927–929. und KASER op. cit. 68–69.

<sup>19</sup> D.1.1.1.3.

<sup>20</sup> KASER op. cit. 70.

<sup>21</sup> WALDSTEIN (1976) op. cit. 88.

<sup>22</sup> Vgl. für die Analyse des Begriffes „*rerum natura*“: János ERDŐDY: „Intelleguntur in *rerum natura esse*“. A „*rerum natura*“ kifejezés megjelenése és mibenléte a Digestában. *Iustum Aequum Salutare*, 2010/1. 156 f.

Ein Blick auf die von Waldstein im Zusammenhang mit der Untersuchung des *ius naturale* behandelten Fälle zeigt, dass diese zunächst vor allem Bereiche betreffen, die sich aus Verfasstheit des Menschen als Beziehungswesen ergeben. Neben der von Ulpian ausdrücklich genannten Ehe findet sich eine „verhältnismäßig große Gruppe“, die sich auf „auf Grund des *ius naturale* bestehenden Verwandtschaft der Menschen“ beziehen.<sup>23</sup> Als besonders bedeutsam hebt Waldstein jene Stelle hervor, in der der Jurist Florentinus das Recht sich gegen Gewalt und Unrecht zu wehren aus der natürlichen Verwandtschaft unter allen Menschen ableitet.<sup>24</sup> Es folgt eine Stelle des Gaius, in der betont wird, dass die Verwandtschaft durch das *ius civile* nicht aufgehoben werden kann. Auf das *ius naturale* wird weiters in Zusammenhang mit Schuldverhältnissen und auch mit dem Eigentumserwerb hingewiesen. Was den Eigentumserwerb betrifft, so werden vor allem zwei Gruppen als „natürlicher“ Erwerb bezeichnet. Der Eigentumserwerb durch *traditio* und die originären Arten des Eigentumserwerbes.<sup>25</sup> Auch die *condictio indebiti*, die Klage zur Geltendmachung einer ungerechtfertigten Bereicherung, hat ihre Grundlage im *ius naturale*. Ganz allgemein wird festgelegt, dass sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern dürfe und auch das Verbot des – in Rom sehr weit gefassten Diebstahls – wird durch das *ius naturale* begründet.<sup>26</sup> Innerhalb der angeführten Relationen beziehen sich einige auf eine allgemeine Verwandtschaft unter den Menschen. Die generelle Beziehung führt dazu, dass dem anderen kein Schaden zugefügt werden darf. Andere ergeben sich spezifisch aus dem Willen der Menschen, diese sind stärker und können auch zu einer Handlungsverpflichtung führen. Liest man die angeführten Beispiele im Licht der Aussage des Juristen Gaius, dass alles Recht sich entweder auf Personen oder Sachen oder auf Klagen bezieht<sup>27</sup>, so beziehen sich die aus dem Willen des Menschen entstehenden Relationen entweder auf Rechtsverhältnisse unter Personen oder auf das Recht auf Sachen. Das Recht auf Sachen kann wiederum innerhalb eines Beziehungsverhältnisses oder unabhängig von einer solchen Relation geltend gemacht werden. Im Falle der originären Eigentumserwerbsarten ist die Natur der konkreten Sache, oder auch die Stellung der Sache innerhalb des Gemeinwesens ausschlaggebend. Der Wille wird höchstens in Hinblick auf die Sache, im Fall der *occupatio*, nicht aber in Hinblick auf andere Menschen aktiv. In den erwähnten Stellen lassen sich drei Elemente, Natur, Wille und Vernunft ausmachen. Die Natur schafft eine allgemeine Verwandtschaft unter den Menschen, die unabhängig vom menschlichen Willen besteht, der Verstand erkennt und führt dazu, dass der andere weder in seiner Person, noch in seinem Recht auf Sachen verletzt werden darf. Der Mensch kann jedoch auch durch seinen Willen Beziehungen schaffen, wobei die konkrete Ausgestaltung der Beziehungen von der Willensentscheidung

<sup>23</sup> WALDSTEIN (1976) op. cit. 85.

<sup>24</sup> Vgl. Ulp. D. 1.1.1.4.

<sup>25</sup> WALDSTEIN (1976) op. cit. 86 Anm. 310 unter Berufung auf Gai. inst. 2,65.

<sup>26</sup> Vgl. WALDSTEIN (1976) op. cit. 85–88.

<sup>27</sup> Gai. inst. 1,8.

abhängen oder unabhängig davon sein kann. Ersteres gilt etwa für die Verträge des Schuldrechts, letzteres für das Wesen der Ehe.

## 2.2. Das *ius naturale* innerhalb einer Ordnung des rechtlichen Sollens

Das *ius naturale* steht bei der Aufzählung der vorpositiven Elemente bei Wolfgang Waldstein an erster Stelle, es wird aber – wie bereits erwähnt – nicht als alleinstehender Aspekt verstanden. Naturrecht ist Teil einer Ordnung. Dies belegt der Professor für Römisches Recht zunächst durch die Aussage des Gaius im Zusammenhang mit dem *ius gentium*, das – so hebt er ausdrücklich hervor – dem *ius naturale* besonders nahe ist. Das *ius gentium* wurde – so Gaius – durch die natürliche *ratio* unter allen Menschen festgesetzt. Der Begriff *ratio* wird im vorliegenden Zusammenhang von Waldstein im Deutschen nicht wie allgemein üblich durch Vernunft, sondern durch Ordnung wiedergegeben. Durch die Abweichung bei der Übersetzung wird das Schwergewicht von dem erkennenden Subjekt auf den Erkenntnisgegenstand verlegt. Die möglichst unbefangene Betrachtung des Gegenstandes ist für Waldstein ein wesentliches Element auf dem Weg zur Wahrheitsfindung.<sup>28</sup> Der Professor für Römisches Recht begründet die von ihm gewählte Übersetzungsvariante aus dem „Kontext vieler Stellen“, aus denen hervorgeht, dass „*ratio* eine vorgegebene Ordnung bedeuten muß, die der Mensch mit seiner Vernunft erfassen kann“<sup>29</sup> und die dann zu einer – *recta ratio imperandi atque prohibendi* – rechten Ordnung im Befehlen und Gebieten wird.<sup>30</sup>

Die erkannte und durch die Vernunft zu einer Ordnung des Befehlens und Verbietens geformte *ratio* ist, so Waldstein, eine normative Ordnung, sie ist jedoch kein „abstraktes Prinzip“, aus dem „irgendwelche Normen“ deduziert werden könnten. Sie ist gleichzeitig mit dem Menschengeschlecht entstanden [..]<sup>31</sup>, stammt aber nicht vom

<sup>28</sup> Ausdrücklich formuliert dies Waldstein in einem wissenschaftlichen Interview im Zusammenhang mit der Frage, was das Streben nach Wahrheit ganz praktisch bedeute. Waldstein beschreibt den Begriff der Wahrheit folgendermaßen: „Wahrheit bedeutet Übereinstimmung mit dem Seienden. So wie es wirklich ist. Wahrheit bedeutet weiter, dass ein Bezugspunkt außerhalb des Menschen gesucht wird. Es wird gefragt, wie etwas objektiv ist“. Vgl. Nadja EL BEHEIRI: Ein Gespräch mit Wolfgang Waldstein. *Forum Historiae Iuris*, <http://www.forhisiur.de/2014-09-el-beheiri/>, Rz. 41.

<sup>29</sup> Wolfgang WALDSTEIN: Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian. In: M. BECK-MANNAGETTA – Helmut BÖHM – Georg GRAF (Hrsg.): *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, FS für Theo Mayer-Maly*. Wien–New York, 1996. 55.

<sup>30</sup> Vgl. Cic. De Leg. 1,42.

<sup>31</sup> Wolfgang WALDSTEIN: Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen. In: Werner KRAWIETZ – Theo MAYER-MALY – Ota WEINBERGER (Hrsg.): *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*. Berlin, Duncker&Humblot, 1984. 241. In der Gedächtnisschrift für René Marcic weist Waldstein in Übereinstimmung mit dem bei 1971 bei einem Flugzeugunglück ums Leben gekommenen Wissenschaftler, der auch zu den Vorgängern Waldsteins als Rektor der Universität Salzburg gehört, darauf hin, dass der Satz Ulpians „nur auf dem Hintergrund der antiken Auffassung der „Welt als Kosmos“ zu verstehen ist“. Wolfgang WALDSTEIN: Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen. In: Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen. In: Dorothea MAYER-MALY – Peter SIMONS M (Hg): *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. 115–116.

Menschen.<sup>32</sup> Zur Konkretisierung des Verhältnisses zwischen der Ordnung und ihrer Erfassung durch den Menschen beruft sich der Salzburger Professor auf die berühmte Definition der *lex naturalis* von Thomas von Aquin. Der Kirchenlehrer beschreibt die *lex naturalis* als „*participatio legis aeternae in rationali creatura*.“ Dem Text des Hl. Thomas fügt Waldstein einen Text des Cicero hinzu, in dem der antike Philosoph zunächst darlegt, dass „das Streben nach Vereinigung zum Zwecke der Zeugung und eine gewisse Sorge für diejenigen die gezeugt worden sind“ allen Lebewesen gemeinsam ist. Im Anschluss an diese Feststellung weist der antike Denker darauf hin, dass zwischen Mensch und Tier Unterschiede bestehen, insbesondere jener, dass Tiere nur von einer sinnlichen Wahrnehmung angesprochen werden, während der Mensch – *quod rationis est particeps, per quam consequentia cernit* –, der Vernunft teilhaftig ist, durch die er die Folgen absieht...<sup>33</sup> Nach Waldstein ist es gerade dieses „*rationes particeps*“, das es ermöglicht, dass es zu einer *participatio legis aeternae in rationali creatura* kommt.<sup>34</sup>

Die Vernunft erkennt die vorgegebene Ordnung und antwortet auf sie. Dabei zeigt sich, dass die Antwort qualitativ durchaus differenziert ausfallen kann. Nimmt man das Beispiel der Verwandtschaft im engeren Sinn, so lassen sich bei Waldstein verschiedene Beispiele finden. So führt er die durch Männer als Träger der *patria potestas* vermittelte agnatische Verwandtschaft des *ius civile* an. Waldstein weist mit Gaius darauf hin, dass diese Art der Verwandtschaft die Blutsverwandtschaft des *ius naturale* nicht aufheben kann. Stellt man bei der Art der Antwort durch den Gesetzgeber auf die natürlichen Gegebenheit ab, so kann gesagt werden, dass die Formulierung der agnatischen Verwandtschaft eine zulässige Kategorie darstellt, so lange sie der Berücksichtigung konkreter Gesichtspunkte des *ius civile* dient, der natürlichen Verwandtschaft aber nicht widerspricht. An zweiter Stelle führt Waldstein das Beispiel an, wonach zwischen Sklaven nach *ius civile* zwar grundsätzlich keinerlei Verwandtschaftsbeziehungen bestehen können, diese jedoch auch durch das *ius civile* berücksichtigt werden, etwa in Form eines natürlichen Eehindernisses bei freigelassenen Sklaven. Demselben Zusammenhang ordnet Waldstein die Aussage des Juristen Paulus zu, wonach ein Vater seine uneheliche Tochter, zu der ja nach *ius civile* keine Rechtsbeziehungen bestehen, unter Berufung auf die natürliche Verwandtschaft nicht heiraten darf.<sup>35</sup> Dass die Sklaverei an sich dem *ius naturale* widerspricht ist auch von den römischen Juristen erkannt worden, durch das *ius civile* wurde sie jedoch dennoch anerkannt. Die Antwort des Gesetzgebers steht im Fall der Sklaverei dem *ius naturale* entgegen, die Gegebenheit des *ius naturale* wurde durch die Antwort jedoch nicht verändert. Ausdrücklich sagt Ulpian, dass Sklaven zwar nach *ius civile* keine Personen sind, nicht jedoch auch nach *ius naturale*, weil, was das *ius naturale* betrifft, alle Menschen gleich sind.

<sup>32</sup> WALDSTEIN (2010) op. cit. 31. und WALDSTEIN (1976) op. cit. 86.

<sup>33</sup> Vgl. Cic. Off 1,11.

<sup>34</sup> WALDSTEIN (1996) op. cit. 55.

<sup>35</sup> WALDSTEIN (1984) op. cit. 244. Bei den zitierten Digestenstellen handelt es sich um Paul. D. 23.2.14.2; Gai. inst. 1,156 und 158; Ulp. D. 50.17.32.

### 3. Erkenntnis im Wege der Intuition

Was nun die Frage der Erkenntnis dieser Ordnung betrifft, so hat Waldstein in diesem Zusammenhang der Intuition eine herausragende Bedeutung zugemessen. Dabei folgt er im Wesentlichen dem phänomenologischen Zugang des Dietrich von Hildebrand, bei dem er ganz zu Beginn seiner akademischen Laufbahn im Jahre 1957 ein Semester lang an Fordham University in New York Erkenntnistheorie gehört hat. Waldstein schreibt im Jahr 1992: „Recht und Naturrecht waren jedoch nicht das erste Thema im philosophischen Bemühen von Hildebrands. Was aber weithin unbeachtet geblieben ist und heute höchste Aktualität hat, das ist die Tatsache, daß von Hildebrand das philosophisch-erkenntnistheoretische Rüstzeug herausgearbeitet und bereitgestellt hat, das schon immer für die Erkenntnis auch spezifisch rechtlicher Wesensgesetze und vor allem des Naturrechts entscheidend war und heute noch ist“.<sup>36</sup> Die Intuition bei Hildebrand ist eine „rationale Intuition“. Der Philosoph aus der Schule Edmund Husserls ist sich der Assoziation, die der Ausdruck bei vielen spontan hervorruft durchaus bewusst. So schreibt er, dass der Ausdruck vielfach den Eindruck von einem „mysteriösen und irrationalen Kontakt mit dem Gegenstand“ bezeichnet, eine „mystische Vision“ oder „zumindest eine Verbindung, die jenseits rationaler Erkenntnis liege“ nahelegt. Von Hildebrand legt im Gegensatz dazu dar, dass „rationale Intuition“ im engen und spezifischen Sinn des Wortes eine „einzigartige Intelligibilität“ bedeutet, die durch das Wesen der „höchst intelligiblen notwendigen Soseinseinheiten“, die er auch „echte Wesenheiten“ nennt bestimmt ist. „In der Intuition wird das Wesen des Gegenstandes für uns licht“. Intuition steht im Gegensatz zu der „Erkenntnis des Seins von außen“, sie bezieht sich vielmehr auf eine „Erkenntnis von innen her“.<sup>37</sup> Als Beispiele für im Wege der Intuition erkennbare Gegebenheiten bringt er das Wesen der Tapferkeit oder auch der Liebe und stellt die Frage nach dem Zusammenhang zwischen intuitiver Erkenntnis und der Untersuchung des Gegenstandes anhand von Beispielen. Die Funktion, die den Beispielen bei der intuitiven Erkenntnis zukommt besteht bei von Hildebrand darin, dass die Exempel einen kontinuierlichen Kontakt mit dem Wesen des Gegenstandes ermöglichen. Beispiele versetzen uns „immer von neuem in den vollen Duft des wirklichen Gegenstandes“ und bewahren uns vor „künstlichen Konstruktionen oder vor jeder Verkapselung in Begriffen“.<sup>38</sup> Wahre Philosophie im Sinne von Hildebrand ist „in gewissem Sinn weniger abstrakt als die exakten Wissenschaften“.<sup>39</sup>

Waldstein hat nun bei mehreren Gelegenheiten auf eine Arbeit von Max Kaser hingewiesen. Kaser, dessen außerordentliche Kenntnis der römischen Rechtsquellen unter anderem in dem Handbuch zum Römischen Privatrecht klar zu Tage tritt, hat in einer Untersuchung aus dem Jahre 1969 festgestellt, dass bei den römischen Juristen die Intuition, die Gewinnung der richtigen Entscheidung durch ein

<sup>36</sup> Wolfgang WALDSTEIN: The Philosophy of Dietrich von Hildebrand. *Aletheia*, Bern, 1992. 127f.

<sup>37</sup> Dietrich VON HILDEBRAND: *Was ist Philosophie*. Stuttgart, Kohlhammer, 1976. 197–198.

<sup>38</sup> HILDEBRAND op. cit. 201–202.

<sup>39</sup> HILDEBRAND op. cit. 203.

unmittelbares Erfassen im Vordergrund stand.<sup>40</sup> In dieser Untersuchung ist Kaser auch auf die Voraussetzungen eingegangen, die Erkenntnis im Wege der Intuition möglich machen. Unter den Elementen, die in der Antike den Weg zur Erkenntnis ebneten, nennt Kaser den „Sinn der Römer für die Wirklichkeiten des Lebens“, der zu Lösungen führt, die der Natur der Dinge und damit „der inneren Gesetzmäßigkeit der behandelten Materie am vollkommensten gerecht wurden.“<sup>41</sup> An zweiter Stelle nennt er den im *mos maiorum* zum Ausdruck kommenden Traditionalismus. Auch das bewährte Herkommen der Väter trug dazu bei, die „Rechtserkenntnis noch bis zum Ende der Klassik in sichere Bahnen“<sup>42</sup> zu weisen. Dieses Herkommen war bestimmend für die Einrichtungen der Gesellschaft und ihre Grundlagen und wurde durch religiöse Vorschriften und auch durch den bürgerlichen Konservatismus der Römer getragen.<sup>43</sup> Was die persönlichen Eigenschaften der Juristen betrifft, so betont Kaser, dass sie einer über die Jahrhunderte hinweg bestehende gehobenen gesellschaftlichen Schicht angehörten, die über den notwendigen sozialen Einfluss und die persönliche Autorität verfügte, um ihre Erkenntnisse sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht umsetzen zu können. Das Standesbewusstsein der Juristen hat zu der allgemeinen Praxis geführt, dass die Juristen bei ihren Ausführungen gerne auf ältere Fachkollegen Bezug genommen haben. Dabei hatten sie sowohl die Motive der Entscheidung als auch die Autorität des Juristen vor Augen.<sup>44</sup> Das Rechtsempfinden der Römer war aber auch durch die Freude an Harmonie und Schönheit geprägt.<sup>45</sup>

Diese Kriterien haben zu einer reichen Sammlung von Entscheidungen geführt, deren Exegese und Analyse im Hinblick auf das Naturrecht zu immer neuen Einsichten führen kann. Wolfgang Waldstein ist bei seiner Arbeit an der Materie zu Ergebnissen gekommen, die vielfach inspirierend sind und zu einer Lösung aktueller Fragen rund um die Grundlagen des Rechts beitragen können. Es lohnt sich, diese Erkenntnisse zu studieren und nutzbar zu machen.

---

<sup>40</sup> Max KASER: Zur Methode der römischen Rechtsfindung. In: Max KASER: *Ausgewählte Schriften I*. Napoli, Jovene Editore, 1976. 54.

<sup>41</sup> KASER op. cit. 56.

<sup>42</sup> KASER op. cit. 56–57.

<sup>43</sup> KASER op. cit. 57.

<sup>44</sup> Vgl. KASER op. cit. 58.

<sup>45</sup> Vgl. KASER op. cit. Anm. 32.

## A “JURIDICAL ECOLOGY” FOR THE FUTURE OF HUMAN NATURE\*

Andrea NICOLUSSI  
Università Cattolica del Sacro Cuore

1. Law and reason. – 2. Law, natural law, morals and post-Auschwitz constitutions.  
– 3. The need to fling open the windows of the law in action. 4. Juridical ecology,  
human nature, biolaw and conscience.

### 1. Law and reason

A new chapter in the history of the relationship between law and natural law was opened in 2011 when Pope Benedict XVI addressed the German parliament. Although this fact cannot be technically considered as a new scientific study on this subject, it, nonetheless, prompted a series of comments and academic analyses<sup>1</sup>. If it can be argued that the context normally gives power and meaning to the words that one pronounces, in this case the context was very meaningful. First of all, the speaker, the theologian Pope, of German origin, residing in Rome, *cunabula iuris* (the *cradle of the law*), who had already authored of a number of publications on this subject; secondly, the location; and thirdly, the audience, the German legislative body and political representatives of a country which has been viewed as the “new Rome” in the development of legal science since the Enlightenment period. The development of this more evolved legal science, however, could not prevent the rise of a barbarian and totalitarian regime that led to such extreme evil which resulted from the “banality” of the execution of laws and orders contrary to any respect of

---

\* I would like to thank Iris and James Crittenden and Francesca Marin for their contributions in the writing of this article.

<sup>1</sup> See among others H. DREIER: Benedict XVI. und Hans Kelsen. *JZ*, 2011. 1151 ff.; N. IRTI – A. NICOLUSSI – A. TRAVI – P. CAPPELLINI: *L'uomo la legge lo Stato*. Dopo Ratzinger al Bundestag, *Vita e Pensiero*, 2012. 61 ff.; M. CARTABIA – A. SIMONCINI: Benedetto XVI e il pensiero giuridico. In: M. CARTABIA – A. SIMONCINI (edit.): *La legge di re Salomone*. Milano, 2013.; J. H. H. WEILER: *Da Ratisbona a Berlino, Il sacro e la ragione*. In: CARTABIA–SIMONCINI op. cit. 52 ff.; W. FAROUQ: *Le finestre di Benedetto XVI: ragione, rivelazione e legge*. In: CARTABIA–SIMONCINI op. cit. 177 ff.;

human dignity and thus valid only from the “pure” legalistic perspective: a kind of “euthanasia of law”<sup>2</sup>.

Law was evidently a highly meaningful concept for the Pope, who unexpectedly announced his renunciation of the Petrine office in 2013, in his objectives to establish a renewed alliance between faith and reason<sup>3</sup>. In law the dialectics of modern reason<sup>4</sup> is emblematically reflected by the development of the German juridical culture of recent centuries. Indeed, the reduction of reason to the ability only to conduct perfect calculations, which has raised questions about the true principle of reason<sup>5</sup> and in certain extreme positions of legal positivism has in fact led to the collapse of the connecting bridge with ethics<sup>6</sup>, has legitimised a regime which paradoxically refused to justify its law making and order executing process<sup>7</sup>.

These extremisms are stressed by Benedict XVI, who argues that, according to the theory that proposes the purity of law, law should disengage when confronted by the naturalistic fallacy (or the is-ought problem: «An “ought” can never follow from an “is”, because the two are situated on completely different planes». «Nature therefore could only contain norms if a will had put them there»)<sup>8</sup> and build «a

<sup>2</sup> “We have seen how power became divorced from right, how power opposed right and crushed it, so that the State became an instrument for destroying right – a highly organized band of robbers, capable of threatening the whole world and driving it to the edge of the abyss” BENEDICT XVI: *The Listening Heart*. Reflections on the Foundations of Law. In: [www.vatican.va](http://www.vatican.va). *Euthanasie der Rechtsphilosophie* is a famous expression of G. RADBRUCH: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1914. 16. quoted also by DREIER op. cit. 1151.

<sup>3</sup> Refer to the dialogue J. RATZINGER – J. HABERMAS: *Vorpolitische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*. Katholische Akademie in Bayern, 2004. that I quote from the Italian version edited by M. NICOLETTI: *Etica, religione e stato liberale*. Brescia, 2004. See also, N. EL BEHEIRI: Wolfgang Waldstein: Ein wissenschaftliches Porträt im Diskurs mit Kollegen und Dialogpartner. *Pàzmány Law Review*, 2013. 233.

<sup>4</sup> T. W. ADORNO – M. HORCKHEIMER: *Dialectic of Enlightenment*. Stanford, 2002.

<sup>5</sup> M. HEIDEGGER: *The Principle of Reason*. Bloomington, 1991.

<sup>6</sup> H. KELSEN: *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford, 1992. 17., who defines justice as “an object that is at bottom alien to logic”. The development of Kelsen’s point of view after Second World War is not discussed here. Often the separation between law and ethics is referred to Kant, although the German thinker was not actually a legal positivist (see C. CASTRONOVO – L. MENGONI: *Profili della secolarizzazione nel diritto private*. In: L. LOMBARDI VALLAURI – G. DILCHER [edit.]: *Cristianesimo secolarizzazione diritto moderno*, Milano–Baden Baden, 1981. 1192). According to H. WELZEL: *Gesetz und Gewissen, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*. Karlsruhe 1960. 390 ff. Kant’s concept of autonomy was or is misunderstood by those authors who derived or still derive the foundation of separation between law and ethics from Kant. Recently the issue was analysed by G. PRAUSS: *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*. Freiburg–München, 2008.

<sup>7</sup> This fact gave rise to the famous criticism of Radbruch to legal positivism. See G. RADBRUCH: *Die Erneuerung des Rechts, Die Wandlung*. 2, Heidelberg, 1947. 8–16.; G. RADBRUCH: *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht I. Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1946. 105–108.

<sup>8</sup> Often naturalistic fallacy and the so called Hume’s Law are identified, as in the text above. Actually the naturalistic fallacy is a thought defended by G. E. MOORE: *Principia ethica*. 1903. Chapter II <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica>. Connection between Kelsen and Hume’s analysis of causality emerges in H. KELSEN: *The Emergence of the Causal Law from the Principle of Retribution*



concrete bunker with no windows, in which we ourselves provide lighting and atmospheric conditions<sup>9</sup>: a bunker built on nothing, that is an empty *Grundnorm*, as much theoretically necessary as poor in substance. The result is a law without values or, as could be argued, corresponds only to a framework in which choices made by the competent authority are arbitrary and not based on a set of moral values.

Certainly, on the one hand “it would indeed be wrong to think that we can easily read these eternal laws of reason in the soul, as the Praetor’s edict can be read on his notice-board, without effort or inquiry”<sup>10</sup> while on the other hand, totalitarianism can be considered as a tyranny of values. However, this tyranny can be justified, above all, on the basis of radical positivism, which reduces juridical norms to a mere product of a will (political, economic, technocratic, religious), rather than that which is autonomous and distinct from ethics, though not necessarily unconnected. Only by taking seriously the requirement of law to be open, and being aware of the limits of law constructed only by its internal logic and knowing that law cannot renounce its ethical aspect, can the post Auschwitz-Constitutions transplant a “listening heart” into law and therefore extend the process of legitimizing juridical norms. The laws are no longer valid just because they are an expression of the will of the majority<sup>11</sup>, but also because they are justified on the basis of the values institutionalized in the Constitution and embedded in the *Grundnorm* of human dignity.

This constitutionalization of the Law has its roots in Rome<sup>12</sup>, Athens and Jerusalem and has evolved throughout history, and through Christianity and the Enlightenment, delivered us an inter-subjective reason that founded the cornerstones and established the principles of an ethical cognitivism or at least a moderate ethical cognitivism to which the law can refer without necessitating a revelation (*Et haec quidem quae iam diximus locum <aliquem> haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari*

---

(1<sup>st</sup> pub. 1939), trans. P. HEATH. In: *Kelsen Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht, 1973. 165–215, at 196–200.

<sup>9</sup> Benedict XVI, *The Listening Heart*, Reflections on the Foundations of Law. The Pope’s imagery evokes Kelsen’s words “Given an absolutely good social order emerging from nature, reason, or divine will, the activity of the legislators would be as foolish as artificial illumination in the brightest sunlight” (*Introduction to the Problems of Legal Theory*, 17).

<sup>10</sup> The entire quotation in French is: “*Il est vray qu’il ne faut point s’imaginer, qu’on puisse lire dans l’ame ces éternelles loix de la raison à livre ouvert, comme l’Edit du Preteur se lit sur son album, sans peine et sans recherche; mais c’est assez qu’on les puisse decouvrir en nous à force d’attention; à quoy les occasions sont fournies par les sens, et le succès des experiences sert encore de confirmation à la raison, à peu près comme les épreuves servent dans l’arithmetique pour mieux éviter l’erreur du calcul quand le raisonnement est long.*” (LEIBNIZ: *Nouveaux essais*. Preface. A VI, 6, 50.; RB, 50.

<sup>11</sup> KELSEN op. cit. 18.: “all ideology has its roots in will, not in cognition [...] Again and again cognition rends the veils that the will, through ideology, draws over things”.

<sup>12</sup> H. GROTIUS: *De Iure Belli ac Pacis*. Proleg. 11., 10. Particularly, Benedict XVI, quoting W. WALDSTEIN: *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*. Augsburg, 2010. 11 ff., 31–61., underlines the fact that in Rome in the first half of the second century B.C., social natural law developed by the Stoic philosophers came into contact with leading teachers of Roman Law.

*nequit, non esse Deum aut non curari ad eo negotia humana*)<sup>13</sup>. In fact, from the point of view of the believer the Grotian principle could be interpreted as an application of the subsidiarity principle in a theological sense<sup>14</sup>. That God, as superior authority, considers the human being able to rationally acknowledge moral values, He therefore lets the inferior authority pursue the task on its own.

While, though, the Grotian principle is the progeny of an European culture influenced, in spite of the bloody religious fractures, by the *imago Dei* and human dignity as a consequence of it, a certain type of relativism in the second half of the 20<sup>th</sup> century evolved into a dogma (absolute relativism)<sup>15</sup>. And this endangered the very idea that it is possible to reason about justice without having to appeal to a divine revelation. Indeed, if human reason excludes any possibility of recognizing absolute truths – even in the form of provisional truths (verisimilitude), in consideration of our limited and historically conditioned point of view, but not simply depending on historical contingency – how can we recognize the absolute value (dignity) of every man, as did the Constitutions, drafted after the experience of the “Banality of Evil” of the second world war<sup>16</sup>? Only if reason opens itself to an external realm, that is to the being, avoiding proudly fencing itself in, can the essence of law be equated to the human person<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> According to CASTRONOVO–MENGONI op. cit. 1197., the constitutional reference to moral values can be described as a soft de-secularization in the sense that the legal system accepts being submitted to verification by extra-systematic values, renounces self-sufficiency and therefore presents itself as a system open to criteria of substantive justice.

<sup>14</sup> See R. BRAGUE: *Il Dio dei Cristiani, L'unico Dio?* Milano, 2009. Italian transl. from *Du Dieu des Chrétiens et d'un ou deux autres*. Paris, 2008. 108–109 ff. deriving from John of the Cross.

<sup>15</sup> The expression “absolute relativism” was used by L. STRAUSS: *Diritto naturale e storia*. Introduzione. Geneva, 2009. 33, who quoted *Ernst Troeltsch on Natural Law and Humanit.* In: O. GIERKE: *Natural Law and the Theory of Society* (ed. E. BARKER), I, Cambridge, 1934. 201–222. As is well known, the papacy of Benedict XVI had been characterised by the denunciation of a fundamentalist relativism which sustains that any value should be rendered subjective. See also C. CASTRONOVO: *Autodeterminazione e diritto private*. Europa dir. privato, 2010. 1064.

<sup>16</sup> “*Letztlich konnte ich dann doch sehen, wenn wir von dem Begriff der Wahrheit abgehen, dann gehen wir gerade von den Grundlagen ab*”. J. RATZINGER: *Gott und die Welt. Glauben und Leben in unserer Zeit. Ein Gespräch mit Peter Seewald*. Stuttgart–München, 2000. 225. This point seems to me missed by M. LUCIANI: *Sulla dottrina della democrazia in Benedetto XVI, La legge di Salomone, Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI* (edited by M. CARTABIA – A. SIMONCINI). Milano, 2013. 115 fn 66, who – criticising my remarks in *Un'ecologia giuridica per il futuro*, Vita e pensiero, 2012. 67 – doesn't take into consideration the relationship between truth and freedom (or will). This author, moreover, calls into question the absolute value of man in the constitution, saying that each constitutional value is subjected to balancing. This can be true regarding the different values of man (right to live, right to health, freedom of speech, freedom of circulation, etc.) not for the value of the man itself, who is the constitutional cornerstone and who is the point of reference for all of these values.

<sup>17</sup> A. ROSMINI: *Filosofia del diritto*. (edit. R. ORECCHIA). Padova, 1967–69. 191.: «“la persona dell'uomo è il diritto umano sussistente”: quindi anco l'essenza del diritto».

## 2. Law, natural law, morals and post-Auschwitz constitutions

The fact that law has been opened to the concept of morals, to the ethical values of man, recalls the Pope’s invitation to “fling open again the windows” and not remain closed in an artificial world (“we must see the wide world, the sky and the earth once more and learn to make proper use of all this”); an invitation consistent with the very shape of a new *Reichstag* where the legislators can see through the transparency of the glass walls. Unfortunately, a certain legal culture at the beginning of the second half of the 20<sup>th</sup> century was not able to understand this turning point of the concept of law in a “postpositivist” sense after which the positive principle (law is language dependent and its reasoning bound<sup>18</sup>) is not rejected but joined by reference to moral values which implicitly become of a dual nature, both moral and legal<sup>19</sup>. This dated culture continued to propose a duplication of the concept of law, in which positive law is contrasted to the «blunt tool» of natural law<sup>20</sup>, which – so intended – obliges the positive law to be of a more radical positivist nature. Therefore, every reference to natural law is required to be updated within the framework of contemporary history and must take into consideration the development of the current concept of law. Consequently, stressing the “concept of nature” in the Pope’s words cannot (or should not) be intended to deny the achievements of Constitutionalism, but rather to show how they might be lost if we follow the path of absolute relativism which claims that values are mere artificial products of man, who has no duty to recognize them in the “nature of things”<sup>21</sup>.

Inserting law in a relationship with the idea of nature means, first of all, making a distinction between production and acknowledging and accepting the existence of limits of human law making and therefore an objective dimension on which the debate can be based. Certainly, law needs words and thoughts in touch with the current culture when the legal experience becomes transformed into reality. However, this does not necessarily exclude reference to models of justice that, although conditioned by the historical point of view, do not reduce it to history. “Attributing to history an ontological foundation of values, that is an understanding of history as the unique

<sup>18</sup> See L. MENGONI: *Metodo e teoria giuridica* (edit. C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI). Milano, 2011. 23 ff, 31 ff., 149 ff., 179 ff., 223 ff.

<sup>19</sup> Cfr. R. ALEXY: *Begriff und Geltung des Rechts* 2. Freiburg – München, 1994. 121 ff. spec. at 125, 129; L. MENGONI: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano, 1996. 119, text and footnote 10 where quotations.

<sup>20</sup> Natural law was qualified “blunt tool” by J. RATZINGER, *Etica, religione e Stato liberale*. Brescia, 2004. 50.

<sup>21</sup> The weakening of contemporary thought seems to be the reason for concern about foundation on constitutional values expressed by E.W. BÖCKENFÖRDE: *Stato, costituzione, democrazia*. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale (Ital. trans. edit. by M. NICOLETTI and O. BRINO of *Staat, Verfassung, Demokratie*. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main 1991), Milano, 2006. 59 f. Obviously “the nature of things” evokes the famous G. RADBRUCH: *Die Natur der Sache als juristische Denkform, Gesamtausgabe*, III, *Rechtsphilosophie* III, Heidelberg, 1990. 229 ff., whose incipit is: “*der Begriff ‘Natur der Sache’ gehört der allgemeinen Geistesgeschichte an*”.

constitutive factor of values, is different from recognizing the historical dimension as *modus existendi* of the knowledge of values. If history is thought of as the real precondition of truth, it will cease to evoke the ghost of historical relativism<sup>22</sup>. If nature is not oppressed by history, it can arouse curiosity about that which is not mere historical contingency, encouraging us to overcome that attitude called «provincialism, not of space, but of time»<sup>23</sup>. It is common to refer to models of justice that do not seem to belong only to the present time or to a predefined time. These standards correspond to the ideas of value that come into existence in the human spirit and can be conceived as the object of judgements of verisimilitude; these judgements should be recognised as knowledge, because they possess, on their level (which is that of verisimilitude, not of apodictic certainty), the aspect of evidence which characterizes knowledge in its strict sense<sup>24</sup>.

### 3. The need to fling open the windows of the law in action

Moreover, the reference to nature shows that the requirement of human will to produce autonomous legal rules is limited, because human cannot foresee everything and therefore absolutizing it would be naive. The real law in action proves the need for values as points of reference in order to justify the judge's choice of the various possible interpretations of a particular case, especially considering the complexity of societies and their continuous change at the current time when the words of law cannot be considered unequivocal.

From this perspective the defence of the separation between law and morals pursued by Hart seems to lead rather to a confirmation of the existence of a relationship between law and morals than a counter-argument. In fact, it is not sufficient to sustain that «instead of saying that the recurrence of penumbral questions shows us that legal rules are essentially incomplete, and that, when they fail to determine decisions, judges must legislate and so exercise a creative choice between alternatives, we shall say that the social policies which guide the judges' choice are in a sense there for them to discover; the judges are only "drawing out" of the rule what, if it is properly understood, is "latent" within it»<sup>25</sup>. Firstly, the problem is to discern exactly what «properly understood» means, secondly, the issue about analogy and gap in law remains unsolved. Moreover, when Hart points out that a judge's judgement must be

<sup>22</sup> MENGONI op. cit. 81 inc. the quotation of GADAMER: *Ermeneutica, Enciclopedia del Novecento*, II. Roma, 1977. 735.

<sup>23</sup> MENGONI op. cit. 79, footnotes 27, 28, 29 where reference to Leibniz, Husserl, Ricoer, Schiedermacher regarding enlargement of logics to verisimilitude.

<sup>24</sup> HART (1958) op. cit. 612.

<sup>25</sup> A. D'ENTREVES: *Natural Law. An Introduction to legal philosophy*. London, 1952<sup>2</sup>. 116. Actually at least the influence of morality on law is not denied by H. L. A. Hart: *The Concept of Law*. Oxford, 1961<sup>2</sup>. 203 ff., who sustains: "no "positivist" could deny that these are facts, or that the stability of legal systems depends in part upon such types of correspondence with morals. If this is what is meant by the necessary connection of law and morals, its existence should be conceded".

«the opposite of a decision<sup>26</sup> reached blindly in the formalist or literalist manner», that is «a decision intelligently reached by reference to some conception of what ought to be»<sup>27</sup>, he seems to adhere to the thesis of the existence of a relationship between law and morals. This thesis does not necessarily imply the “fusion” of law and morals, but only an “intersection between law and morals”<sup>28</sup>. Finally, proposing like Hart «that here if anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself»<sup>29</sup> means that ultimately the judge’s choice is not purely positivist, thus law cannot be described as an *hortus conclusus*<sup>30</sup>.

In addition, the requirement for judgement, which characterises the experience of law, and its “controversial nature”<sup>31</sup>, implies a third dimension, that supposes a communicable rationality. Thus the experience of law is contradictory to the idea of a disunity of humanity into individual parts as a sum of *Wertsetzer* or “moral strangers”<sup>32</sup>, who tend to become “moral enemies”, people incapable of

<sup>26</sup> HART (1958) op. cit. 629.

<sup>27</sup> This is recognized by HART (1961<sup>2</sup>) op. cit. 205, where, however, he points out that “if these facts are tendered as evidence of the necessary connection of law and morals, we need to remember that the same principles have been honoured nearly as much in the breach as in the observance”. L. L. FULLER: *La moralità del diritto*. Milano, 1986. 288 (Ital. transl. of *The Morality of Law*. Yale, 1964) observes that Hart, like positivists in general, shows a certain embarrassment in dealing with the problem of interpretation, as demonstrated by the fact that the word interpretation was omitted by him in the index of *The Concept of Law*. Anyway, Hart dedicates a specific paragraph to interpretation, starting with this words (pg. 204): “Laws require interpretation if they are to be applied to concrete cases, and once the myths which obscure the nature of judicial process are dispelled by realistic study, it is patent, as we have shown in Chapter VI, that the open texture of law leaves a vast field for creative activity which some call legislative”.

<sup>28</sup> See G. CAPOGRASSI: *Il problema della scienza del diritto*. Milano, 1962. 150 ff.

<sup>29</sup> According to H. T. ENGELHART: *The Foundations of Bioethics*. New York, 1996<sup>2</sup>. 7.: “Moral strangers are persons who do not share sufficient moral premises or rules of evidence and inference to resolve moral controversies by sound rational argument, or who do not have a common commitment to individuals or institutions in authority to resolve moral controversies. However, “moral strangers need not be alien to each other (...). “A different ranking of fundamental values will render individuals moral strangers, but not incomprehensible to each other.”.

<sup>30</sup> See J. DERRIDA: *Il monolinguisimo dell'altro o la protesi d'origine*. Milano, 2006. (Ital. transl. of *Le monolinguisme de l'autre*. Paris, 1996.), and J. DERRIDA: Force of Law: the “Mystical foundation of Authority”. *Cardozo Law Review* 11, 1990. 919 ff. specifically about law and justice from a deconstructive perspective. Refer to the response of L. MENGONI: *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*. Metodo e teoria giuridica, 31 ff.

<sup>31</sup> KELSEN (1992) op. cit. 17.

<sup>32</sup> J. RATZINGER: *Wendzeit für Europa? Diagnosen und Prognosen zur Lage von Kirche und Welt*. Einsiedeln–Freiburg, 1991. 59 and 71 quoted a phrase from the heading of chapter 13 of Feyerabend’s *Against Method*; 2002. 125. This quotation gave rise to criticism, which is not discussed here. The quotation seems to be a pertinent example of Ratzinger’s proposal regarding the necessity to relativize the scientific approach, that means to circumscribe its proper scope and boundaries, instead of considering it as the unique point of reference for human knowledge, which would imply denying the possibility of a rational knowledge, although provisional, about ethics.

understanding “each other’s language”<sup>33</sup>: this hypothetical condition of humanity would be insensitive to the words and reason of law. Although external light entering through the windows of law cannot reveal perfect juridical solutions because reality is inherently a multiplicity of points of view and even conflicts of value, law cannot renounce moderate cognitivism which that light makes possible, allowing the resolution of conflicts with reasonableness and with respect for the boundaries of law. That does not mean “to fix the essence of the Platonic idea or the thing-in-itself”<sup>34</sup> which implies again – in the Kelsen style - a rigid separation between form and substance, denying the human experience of values in real life. The provisional nature of human truths that Ratzinger remarked upon in the past quoting Feyerabend<sup>35</sup> advised *iuris-prudentia* (*prudentia* as in the Latin meaning of cautiousness and sense of limitations), but this doesn’t necessarily mean neither that formulas like “to each his own” are “completely empty”<sup>36</sup> nor that in general the attempt to search for right and wrong in the experience of law is vain<sup>37</sup>.

#### 4. Juridical ecology, human nature, biolaw and conscience

When law – *iurisprudentia* – is sensitive to the reality of human beings as a whole it ceases to be a creontic law (only “male” law), closed in its own autarchic legalism; it shares the point of view of Antigone (so to say a “female” point of view), acquiring a new dimension which is describable in terms of «juridical ecology».

The word ecology, as we know, is linked with the value of respecting the natural environment, a sort of self-restraint that people should endorse in industrialised societies, where the artificial threatens the natural, in order to save a harmonious

<sup>33</sup> KELSEN (1992) op. cit. 17, qualifies “to each his own”, among other formulas, as completely empty. Recently E. SEVERINO: *Giustizia e verità. Ars interpretandi*. 2013. 30) criticises the idea that “to each his own” is a vicious cycle.

<sup>34</sup> In a certain sense, the possibility of distinguishing right from wrong requires an open reason which, quoting Benedict XVI, can be metaphorically described as the requirement for King Salomon of «a listening heart so that he may govern God’s people, and discern between good and evil (cf. 1 Kg 3:9)». From a thomistic perspective see also O. DE BERTOLIS: *L’ellisse giuridica. Un percorso nella filosofia del diritto tra classico e modern*. Padova, 2011. 143 ff.

<sup>35</sup> According to D. BIRNBACHER: *Bioethik zwischen Natur und Interesse*. Frankfurt am Main, 2006. 101 also the classic utilitarian philosophers, like Jeremy Bentham, John Stuart Mill and Henry Sidgwick were not insensitive to the ecological issue. We may say, in other words, that this value can be presented as a common value, not only the consequence of certain ethical perspectives.

<sup>36</sup> Art. 32 of the Italian Constitution provides: The Republic safeguards health as fundamental right of the individual and as a collective interest, and guarantees free medical care to the indigent. No one shall be obliged to undergo particular “health” treatment (trattamento sanitario) except under the provisions of the law. The law cannot under any circumstances violate the limits imposed by *respect for the human person*.

<sup>37</sup> WELZEL (1981) op. cit. 399: “Ein Staat, dem es um Schutz des Gewissens ernst ist, darf nicht die Intoleranz tolerieren!”. Actually the Pope refers to “resistance” and to “resistance movements against the Nazi regime and other totalitarian regimes, thereby doing a great service to justice and to humanity as a whole”. Conscientious objections and resistance are different concepts.

relationship with the natural environment. When using the expression juridical ecology we mean firstly, that law absorbs values, that the windows to allow morals to enter are open and thus it avoids rendering “reason of law” purely artificial. Juridical ecology can be thought of, therefore, as a framework that contains other values, as the very principle of respect for the natural environment, which thus leads to the idea that the world must be protected from an arbitrary and unlimited manipulation. Respect is a word stemming from *respicere* (look back, relationship, regard) and means that one should not act as if alone and irresponsible to that which surrounds one, but should refrain from injuring persons or damaging things. From this perspective, law embodies the value of respect and care for “sora nostra matre terra” (our Sister Mother Earth, according to Francis of Assisi), for the *humus* in which the *homo humilis* (the humble human being) is incarnate. “We are not angels, for we have a body”, stressed Teresa of Avila. The spirituality of current technique-dominated times reveals itself in the opposition to the idea of a complete manipulation of nature according to the artificial separation between nature and culture, biology and biography, mind and body<sup>38</sup>.

From that premise we can discern an important guide line useful in dealing with difficult issues of bioethics and biolaw. In fact we need to apply a level of reasonableness, distinguishing among “hard cases” cases of “grey areas” (an issue or a situation lacking clearly defined characteristics because it raises between two extremes and has mixed characteristics of both. Falling somewhere in between two extremes, it is hard to determine which side the issue mostly agrees with) and “borderline cases” (the general rule can be applied to this kind of cases although on the borderline, otherwise the very border would be shifted), and protect the wellbeing of the whole of humanity, with its polar opposites so that the new *can do* doesn’t eliminate the *can do not*. This dimension of “juridical ecology” can be called human (juridical) ecology, because it traces a line to the concept of treating the body of man in any way whatsoever. This view, different from any form of religion of nature (biolatry), could be described as a form of man’s self-respect<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> This problem was highlighted not only by Karl Marx, but also by liberal authors like B. RUSSELL: *Authority and the Individual. Conflict of Technique and the Human Nature*. London, 1985. 59.: “Among the things which are in danger of being unnecessarily sacrificed to democratic equality perhaps the most important is self-respect. By self-respect I mean the good half of pride—what is called ‘proper pride’. The bad half is a sense of superiority. Self-respect will keep a man from being abject when he is in the power of enemies, and will enable him to feel that he may be in the right when the world is against him. If a man has not this quality, he will feel that majority opinion, or governmental opinion is to be treated as infallible, and such a way of feeling, if it is general, makes both moral and intellectual progress impossible. The old load of poverty and suffering and cruelty, from which mankind has suffered since history began, is no longer necessary to the existence of civilisation; it can be removed by the help of modern science and modern technique, provided these are used in a humane spirit and with an understanding of the springs of happiness and life. Without such understanding, we may inadvertently create a new prison just, perhaps, since none will be outside it, but dreary and joyless and spiritually dead. How such a disaster is so be averted, I shall consider in my two last lectures.”

<sup>39</sup> See *Conscientious Objection and Bioethics*, Opinion of Italian National Bioethics Committee, <http://>

Human (juridical) ecology, in other words, is not an anachronistic refusal to technological advancement we experience in current times, but rather an antidote to its reductionism. In fact, the dualistic temptation of the contemporary biotechnological approach seems to reduce man to an abstract “will to power”, to a ghost, who threatens, through unlimited biological manipulation, the future of human nature. The paradox, in a nutshell, is exactly the expectation to reach the infinite by manipulating the finite, which leads man into a desperate dead end.

Finally, human (juridical) ecology should suggest a principle of respect of conscience at least when legal duties regard the fundamental rights of man. If law is based on the human being, it cannot reduce man to just one dimension, dividing the conscience into two parts, one loyal to the state and another denied the right to be loyal to his inner self, when the conscience calls for those very values on which the law is based. Law, therefore, must take into account the conscience of the people<sup>40</sup>. This is particularly important nowadays in the context of biojuridical issues where in some cases professionals are obliged by the law to perform a specific job-related task which might be perceived by them as being contrary to the ends of medicine. The problem of loss of respect for oneself which characterises industrial society in the “age of technique” and in capitalistic economics tends to extend from workers to professionals<sup>41</sup>. Conscientious objection is thus manifested as a means of safeguarding the very value of self-respect of people involved in these matters preventing them from being transformed into tools of the system. This doesn't mean empowering them to boycott the law, whose validity must be guaranteed in addition to the exercise of those rights provided therein<sup>42</sup>. In this perspective, conscientious objection not only protects the freedom of the individual conscience<sup>43</sup>, but it is also

---

www.governo.it/bioetica/eng/opinions.html. WELZEL (1981) op. cit. 400. proposes a *Gewissenklauseel* which allows people to substitute the performance of job related tasks contrary to the conscience with another one (*Erstazpflicht*). Similarly BÖCKENFÖRDE op. cit. 319 sustains the opportunity of “unpleasant alternatives” – quoting N. LUHMANN: *Die Gewissenfreiheit und das Gewissen. AöR* 90 (1965), 284 f. – which can be a tool for rendering conscientious objection more serious. From the perspective of the Catholic doctrine on conscientious objection, J. FRIVALDSZKY: *L'objection de conscience et la doctrine catholique. Pázmány Law Review*, 2013, 95 ff.

<sup>40</sup> Regarding the importance of freedom of conscience and its content see BÖCKENFÖRDE op. cit. 269 ff and footnotes.

<sup>41</sup> See *Conscientious Objection and Bioethics*, Opinion of Italian National Bioethics Committee; DREIER op. cit. 1154 footnote 37 contests the possibility of drawing from Kelsen the idea of an absolutism of the majority, but recognizes (1153 footnote 25) that, although in *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.) 1945/1949 Kelsen did not repeat the qualification as being naïve regarding the statement that describing despotism as a legal system is senseless (*Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925. 334 f.), he continued to think that despotism is a form of legal system (quoting p. 300 of *General Theory of Law and State*).

<sup>42</sup> See N. IRTI – E. SEVERINO: *Dialogo su diritto e tecnica*. Bari, 2001. 106.

<sup>43</sup> E. KAUFMANN: *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 Reichsverfassung*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*. Heft 3, Berlin–Leipzig, 1927. 20 quoted also by L. NOGLER: *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*. In: L. NOGLER – A. NICOLUSSI (edit.): *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*. Padova, 2007. 284, footnote 123.



a democratic institution which allows people to participate in the important task to keep attention focussed on fundamental values. Indeed, it prevents, in the case of highly controversial matters that are inherent to fundamental values, the majority from overriding the individual conscience and even acknowledging doubt<sup>44</sup>. Destiny of law is not necessarily “juridical nihilism”, which, in refusing to assimilate values in the body of law, serves the “will to power” of those who conceive law as a blind means without respecting the ends of the legal system. Protecting the conscience means conserving, at least, the doubt, and this perspective helps in contemplating the implicit reductionism in juridical nihilism<sup>45</sup>: «*der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht*»<sup>46</sup>.

The everlasting purpose of natural law is to pose the problem of the limits that the state must observe in order to respect the profound dignity of man which we can recognize under every sky, existing through the entire course of history and which we pass on to our children. The safeguarding of the living environment, including psychophysical conditions for the unfolding of life<sup>47</sup>, in order to prevent man from ceasing to be man is an issue that law cannot ignore. The task of natural law is, indeed, to question whether positive law has ignored or will ignore this at any step in its historical or future development.

<sup>44</sup> Art. 3 of the Italian Constitution provides that “it is a duty of the Republic to remove those obstacles of an economic and social nature that, by in fact limiting the freedom and equality of citizens, impede the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organisation”. Art. 2 “guarantees inviolable rights of man, for the individual, and for social groups where personality is unfolded, and demands the fulfilment of the fundamental duties of political, economic, and social solidarity”.

<sup>45</sup> See N. IRTI – E. SEVERINO: *Dialogo su diritto e tecnica*. Bari, 2001. 106.

<sup>46</sup> E. KAUFMANN: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 Reichsverfassung. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*. Heft 3, Berlin–Leipzig, 1927. 20 quoted also by L. NOGLER: L’itinerario metodologico di Luigi Mengoni. In: L. NOGLER – A. NICOLUSSI (edit.): *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*. Padova, 2007. 284, footnote 123.

<sup>47</sup> Art. 3 of the Italian Constitution provides that “it is a duty of the Republic to remove those obstacles of an economic and social nature that, by in fact limiting the freedom and equality of citizens, impede the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic and social organisation”. Art. 2 “guarantees inviolable rights of man, for the individual, and for social groups where personality is unfolded, and demands the fulfilment of the fundamental duties of political, economic, and social solidarity”.



## ALCUNE RIFLESSIONI RIGUARDO ALLA FILOSOFIA DEL DIRITTO NELLA PROSPETTIVA DELL'ANTROPOLOGIA TRINITARIA<sup>1</sup>

János FRIVALDSZKY  
Università Cattolica „Pázmány Péter”

### 1. Che cos'è lo scopo della persona?

Per poter cogliere l'essenza della persona, soggetto per eccellenza del diritto, dobbiamo chiederci, prima di tutto, quale sia la caratteristica distintiva fondamentale, vale a dire la natura della 'persona umana'. A nostro avviso è l'orientarsi alla finalità del *suo* essere. Ma viene da chiedere: in che cosa consiste questo scopo? In base alla tradizione personalista cristiana possiamo definirlo nella tensione ed esperienza *interpersonale di comunione* e nella pienezza che di conseguenza ne scaturisce. Questa comunione di unità è la caratteristica della 'persona',<sup>2</sup> che è propria per eccellenza di Dio Uno-Trino – ma in modo assai diverso da quanto sia concepibile presso le persone umane.<sup>3</sup> Questa comunione umana si realizza nell'armonia secondo l'*ordine dell'amore*.<sup>4</sup> Secondo quali criteri? Prima di tutto secondo la verità dell'essere della persona umana. Infatti, l'ordine dell'amore contiene alcuni elementi fissi di verità, per esempio l'essere uomo o donna proprio della persona umana, che fonda l'istituto

<sup>1</sup> La pubblicazione di quest'articolo e la ricerca sottostante sono stati finanziati dal progetto KAP-3.6-14/003. „Oktatói kiválósági ösztöndíjak és díjak” [Premi e Borse di studio di Eccellenza per i Professori] della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica „Péter Pázmány” (PPKE JÁK).

<sup>2</sup> È stato Tertulliano ad applicare la nozione di 'persona' per primo al discorso trinitario. Egli non „attinge direttamente al bagaglio giuridico e nemmeno a quello filosofico, ma al linguaggio comune.” Tuttavia il termine 'persona' come lo usa Tertulliano „si carica pure di risonanze insieme giuridiche e filosofiche”. Andrea MILANO: *Persona in teologia. Alle origini del significato di persona nel cristianesimo antico*. Napoli, Edizioni Dehoniane, 1984. 84.

<sup>3</sup> Jacques MARITAIN: *La persona e il bene comune*. Brescia, Morcelliana, <sup>11</sup>1998. 34–36.

<sup>4</sup> Vedi l'*ordo amoris* inteso nella sua accezione agostiniana. Ma è degno d'interesse anche lo sviluppo ulteriore di questa nozione: Max SCHELER: *Ordo amoris*. Brescia, Morcelliana, 2008.

del matrimonio.<sup>5</sup> Tutto l'ordine complesso dell'essere persone in reciproca relazione va cercato continuamente ma, dopo di ciò, anche subito vissuto e realizzato.

## 2. Chi è la persona?

Per cercare la verità della persona prima di tutto, secondo la dialettica platonica, dovremmo, definendola, inquadrare la categoria 'persona' tra gli altri esseri. Secondo la nostra conoscenza attuale sicuramente la *dignità* è l'essenza che distingue la persona umana dagli altri esseri non umani. È questa *dignità* che fonda l'autonomia personale e non viceversa – per questa ragione neanche i mammiferi più sviluppati sono persone, si deve precisare contro Peter Singer.<sup>6</sup> Gli elementi dell'autonomia sono propri della persona solo se essi sono davvero i tratti distintivi della persona, altrimenti non testimoniano l'esserci della personalità allorché si tratti di animali (scimmie, elefanti ecc). La coscienza di sé, l'agire autonomo e strumentale, la capacità di comunicazione ecc. non sono espressioni della personalità se non appartengono all'uomo, alla persona umana. Gli animali, nemmeno i mammiferi più sviluppati, sono 'persone', e così in questo senso non hanno la personalità e la dignità che ha l'uomo. Gli animali (soprattutto i mammiferi) hanno ciascuno il proprio valore – e non solo quello funzionale – ed hanno la propria bellezza ed un certo tipo di unicità, ma non sono 'persone', anche se si dice che hanno il loro 'viso', 'volto' o lo 'sguardo'.<sup>7</sup> Per capire in modo giusto la persona umana si deve partire dalla natura umana, che è ben diversa da quella animale.

La normatività della relazionalità interpersonale verte sulla realizzazione comunionale che presuppone la consapevolezza esistenziale (personale) del 'logos della persona'. La persona non tanto e non solo è l'essere razionale, ma piuttosto è l'essere umano *logos*-orientato in modo inter-relazionale, che tende dunque al *logos* personale e, in modo non distaccabile da questo, al *logos* interpersonale-comunionale. La relazionalità strutturale della persona è dimostrabile ed è da concepire, prima di tutto, a partire dalla caratteristica della differenza-unità sessuale uomo-donna (marito-moglie).

<sup>5</sup> Un semplicistico indirizzo personalista potrebbe considerare unicamente la sfera di emozioni propria delle persone (gli affetti, l'attrazione, i sentimenti ecc.) e così, senza un'ontologia fissa, senza la concettualizzazione della natura della persona umana non si avranno ragioni valide contro l'unione di omosessuali che richiedono che essa venga riconosciuta come un matrimonio vero e proprio. Cfr.: Giuseppe MAZZOCATO: L'indirizzo personalista ed i suoi problemi. In: Giuseppe ANGELINI (a cura di): *La legge naturale. I principi dell'umano e la molteplicità delle culture*. Milano, Glossa, 2007. 175–177.

<sup>6</sup> Cfr.: Cfr. Peter SINGER: *Animal Liberation*. London, Pimlico, 1995<sup>2</sup>. 18.

<sup>7</sup> Jacques DERRIDA: *L'animale che dunque sono*. Milano, Jaca Book, 2006. 159.

### 3. Cos' è il diritto in vista della persona?

Il diritto come *rapporto fondamentale* è un rapporto inter-relazionale di *reciproco riconoscimento* che è *universale* e di natura *obbligatoria*.<sup>8</sup> Questo rapporto esprime in modo normativo-obbligatorio la realtà inter-relazionale della persona.

La persona umana non è una persona perfetta, bensì è imperfetta, delimitata, mortale, ed è anche un 'individuo'. Per questo necessita del diritto che è un ordine ordinante, che, delimitando a ciascuno il suo, sorregge ed aiuta l'uomo a realizzarsi come individuo e come persona. L'uomo in quanto tale non può vivere senza diritto. Ma il diritto fa anche incontrare le persone, anzi esprime e prescrive le modalità del convivere. Nell'ambito della concezione di 'persona' esso collega le persone invece che delimitarle.<sup>9</sup> Oltre a ciò le diverse relazioni sociali intersoggettive hanno la propria struttura giuridica implicita che consta di principi e di regole di equità e di giustizia. Il diritto, dunque, è umanizzante e personalizzante non solo per la singola persona ma reciprocamente per le persone, che sono viste dal diritto nelle loro relazioni. Il diritto subentra sempre là dove c'è l'intersoggettività. Ma dove ha origine storicamente questa peculiarità del diritto? Ci sono prove storico-filosofiche di questa originaria intersoggettività del diritto?

### 4. L'origine del rapporto giuridico nell'esperienza veterotestamentaria

L'essere persona dell'uomo viene manifestato e realizzato dall'Alleanza di Dio. È degno d'attenzione che Dio ha scelto e si è servito del mezzo del 'diritto' (alleanza, Berit, legge di Mosè) per *ripristinare* il rapporto con l'uomo che, con il proprio peccato, ha rotto il rapporto originale con Dio e si è allontanato da Lui. Dio, nel suo disegno salvifico, vuole avere un *rapporto personale* con ciascun uomo, perché è Amore e l'amore è sempre personale, in quanto intercorre *tra persone* e si manifesta in atti concreti (*ad personam*). Prima Dio fa *promesse* (vincolante) ad una persona scelta, ad Abramo, poi sceglie il mezzo dell'alleanza<sup>10</sup>, vale a dire il mezzo di una speciale forma di diritto che esprime l'amore *personalizzante* e personale di Dio-Amore. Un'alleanza, pur essendo asimmetrica, è sempre interpersonale: per prova di ciò si ricorda che Dio ha rivelato il proprio nome prima di allearsi con il popolo eletto.<sup>11</sup> Lui è 'colui che È' (Jhwh). Il nome esprime il Suo essere e nell'alleanza si

<sup>8</sup> Sergio COTTA: *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenologia giuridica*. Milano, Giuffrè, 1991. 144. 209. cfr.: Antonio PUNZI: *L'intersoggettività originaria. La fondazione filosofica del diritto nel primo Fichte*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2000.; Paolo SAVARESE: *Il diritto nella relazione*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2000.

<sup>9</sup> Luigi Lombardi VALLAURI: *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*. Milano, Giuffrè, 1974. 124.

<sup>10</sup> Per le formule dell'alleanza si veda: Rolf RENDTORFF: *La „formula dell'alleanza”. Ricerca esegetica e teologica*. Brescia, Paideia, 2001.

<sup>11</sup> Cfr.: „La prima Parola (il primo dei *deka logoi*) non si presenta nella forma di un precetto (*miswa*), ma di un'affermazione, di una perentoria *autoaffermazione*: »Io sono Jhwh, tuo Elohim« (Es 20,2). Non si tratta di un comandamento, ma del necessario presupposto di tutta la Legge.” Massimo CACCIARI: Il

autopresenta.<sup>12</sup> L'uomo (contraente) esiste in quanto è *in un rapporto giuridico* con il suo Dio, perché Dio è la vita. Il popolo di Israele diviene veramente realtà collettiva per via dell'Alleanza, vale a dire per mezzo del rapporto giuridico (ma impregnato di senso teologico) stretto con Dio. Il rapporto interpersonale con Dio per l'uomo è salvifico. Per rimanere nell'Alleanza si deve essere *giusti*, nel senso della giustizia di Dio rivelata nell'Alleanza stessa. L'espressione '*hajah*' esprime un modo di essere *concreto e attivo* compiendo atti di giustizia.<sup>13</sup> 'Vive' e, dunque, 'è' colui che con i propri atti *compie* atti di giustizia e di misericordia. Rimanere nell'Alleanza, dunque, vuole dire adempiere le leggi di Mosè nello spirito dell'Alleanza. Come devono essere interpretate le leggi di Mosè? La chiave interpretativa della Legge deve essere lo spirito ermeneutico dell'Alleanza, vale a dire la volontà etica di rimanere nel rapporto vivo con Dio: il che, in pratica, significa essere fedeli con atti di giustizia all'Alleanza. Solo colui che è in rapporto vivo con Dio compiendo atti di giustizia, di carità e di misericordia (questi sono gli elementi della giustizia di Dio) rimane nell'Alleanza e adempie veramente la Legge di Mosè. Agire secondo la giustizia della Legge – sempre nello spirito dell'Alleanza – è salvifico per uomo. Chi torce e abusa la lettera della Legge in modo da distaccarla dallo spirito dell'Alleanza personifica il prototipo, la figura del 'fariseo', che è colui che, nonostante l'apparente osservanza della Legge, non sta nell'Alleanza. Questo è il giudizio di Gesù stesso, che è Figlio di Dio, cioè Dio in prima persona. Chi non è nell'Alleanza con Dio si perde. La perdizione è di non essere in rapporto interpersonale di giustizia e di amore con Dio. Si perde colui che non compie atti di giustizia e di amore verso il fratello. Nell'Alleanza Nuova i criteri ultimi della salvezza: „dare da bere all'assetato”, „dare da mangiare” a chi ha fame ecc.<sup>14</sup> sono atti di giustizia prima che di amore perché a queste cose chi ne ha bisogno ha un diritto vero e proprio a causa dei requisiti di giustizia provenienti dalla dignità dell'uomo. Il diritto di sopravvivere (ricevere da mangiare e da bere) è un diritto che, dunque, esige atti giusti adeguati nei confronti di tutti i bisognosi.<sup>15</sup> Essere giusti nei confronti dei bisognosi è quindi salvifico perché fa rimanere l'uomo giusto nell'Alleanza. Non si può rimanere nel rapporto con Dio se non vengono compiuti quegli atti di giustizia che sono richiesti per la

---

pensiero più alto. In: Massimo CACCIARI – Piero CODA: *Io sono il Signore Dio tuo*. Bologna, il Mulino, 2010. 83. „[...] la Legge che stabilisce le forme della relazione tra uomo e Dio, ne presuppone la Rivelazione.” CACCIARI (2010) op. cit. 84. „È in questa relazione personale che Jhwh si fa conoscere Chi Egli è. Il Nome rende sensibile e costante la relazione di Dio col suo popolo.” Piero CODA: Sul „Nome” di Dio. In: Piero CODA – Massimo DONÀ: *Dio-Trinità tra filosofi e teologi*. Milano, Bompiani, 2007. 63. Cfr.: „Nell'alleanza Dio ha svelato a Israele il suo nome: non si presenta come l'assolutamente altro, ma come il Dio di Abramo, Isacco, Giacobbe [...]” Francesco D'AGOSTINO: *Il diritto come problema teologico. Ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*. Torino, Giappichelli, 1995. 45.

<sup>12</sup> Per la „formula di autopresentazione” si veda: RENDTORFF (2001) op. cit. 77–80.

<sup>13</sup> Thorleif BOMAN: *Das hebräische Denken im Vergleich mit dem griechischen*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1977; Cfr: Il verbo '*hajah*' significa: „vivere, esistere, mostrarsi, operare”. CODA (2007) op. cit. 60–61.

<sup>14</sup> MATTEO 25:31–46.

<sup>15</sup> D'AGOSTINO (1995) op. cit. 43.

dignità di ciascun uomo, in quanto creato all'immagine di Dio. L'Alleanza e la legge di Mosè sono mezzi pedagogici di Dio per far conoscere all'uomo, al popolo eletto, il valore dell'Altro. Attraverso l'obbligo della Legge s'intuisce il valore del fratello, della giustizia e dell'amore nei suoi confronti. Chi è giusto (*tsedaqah*), perché compie questi atti, vive secondo la concezione di 'hajah' e avrà vita perché rimane nel rapporto con Dio secondo i criteri dell'Alleanza. Solo per il fatto di comportarsi in modo giusto (elemento che nel registro della Legge comprende anche la carità sociale, la misericordia ecc.) si è in rapporto con Dio. La via del prossimo è la via per rimanere in relazione di Alleanza con Dio.

### **5. L'amore giusto è oltre la misura della giustizia ma è regolato dall'ordine di un'amore da cercare dinamicamente**

Secondo la Nuova Alleanza, per essere cristiani non basta più la giustizia (pur di elevato livello delle Legge di Mosè), ma occorre l'amore *vicendevole*<sup>16</sup> descritto da Gesù. L'istanza dell'amore reciproco non vanifica mai nè sostituisce la virtù della giustizia, ma solo la perfeziona. L'amore senza giustizia non è amore e non è di natura soprannaturale, ma è *disumano*, ed è *contro la natura* della persona umana. L'amore *per definitionem* è una donazione oltre la misura ponderata della giustizia in vista del bisogno dell'Altro ma non è mai senza ordine. L'amore è sempre *ordinato*<sup>17</sup> e, in questo senso, è *giusto*. L'amore giusto non è mai disordinato ed ha sempre una misura: il *vero bene* della persona si colloca nelle finalità e nell'ordine del progetto creazionale di Dio. Quest'ordine va cercato e interpretato compiendo azioni di giustizia e di amore giusto. Sant'Agostino afferma che è l'amore che lo conduce nella sua vita, che – alla pari del peso degli oggetti fisici che li colloca e li direziona al loro posto secondo l'ordine della legge della gravitazione e di tutte le altre leggi fisiche – lo fa essere ove egli deve essere in quel momento secondo l'ordine dell'amore.<sup>18</sup> Infatti, l'amore giusto va in cerca di tutte le ingiustizie e le ripara. La giustizia 'restituisce' le cose a coloro cui appartengono, ma che, ingiustamente, ora non le possiedono.<sup>19</sup> La 'restituzione' è la parola chiave della giustizia secondo San Tommaso D'Aquino,

<sup>16</sup> „Questo è il mio comandamento: che vi amiate gli uni gli altri come io ho amato voi.” GIOVANNI 15:12.

<sup>17</sup> „Secondo giustizia e santità vive colui che sa stimare rettamente le cose. Per avere quindi un amore ben ordinato occorre evitare quanto segue: amare ciò che non è da amarsi, amare di più ciò che è da amarsi di meno, amare ugualmente ciò che si dovrebbe amare o di meno o di più, o amare di meno o di più ciò che deve essere amato allo stesso modo.” Sant'AGOSTINO: *De doctrina christiana*. [La Dottrina Cristiana] I, 27. 28. [http://www.augustinus.it/italiano/dottrina\\_cristiana/index2.htm](http://www.augustinus.it/italiano/dottrina_cristiana/index2.htm)

<sup>18</sup> „Ogni corpo a motivo del suo peso tende al luogo che gli è proprio. Un peso non trascina soltanto al basso, ma al luogo che gli è proprio. Il fuoco tende verso l'alto, la pietra verso il basso, spinti entrambi dal loro peso a cercare il loro luogo. L'olio versato dentro l'acqua s'innalza sopra l'acqua, l'acqua versata sopra l'olio s'immerge sotto l'olio, spinti entrambi dal loro peso a cercare il loro luogo. Fuori dell'ordine regna l'inquietudine, nell'ordine la quiete. Il mio peso è il mio amore; esso mi porta dovunque mi porto.” Sant'AGOSTINO: *Confessioni*. V, 13, 9, 10 [http://www.augustinus.it/varie/preghiere/preghiere\\_conf\\_5.htm](http://www.augustinus.it/varie/preghiere/preghiere_conf_5.htm)

<sup>19</sup> Cfr.: Javier HERVADA: *Introduzione critica al diritto naturale*. Milano, Giuffrè, 1990. 18–29.

che ha ben colto il lato dinamico della giustizia.<sup>20</sup> Quest'ultima esige l'atteggiamento attivo ed eticamente impegnato dell'*interpretare il giusto* e del metterlo in pratica, in modo simile alla visione della 'tsedaqah' – che a sua volta implica, e allo stesso tempo presuppone, il modo di essere 'hajah'. Derrida intuisce qualcosa di questo intreccio complesso quando, per l'influenza di E. Levinas (di origine ebraica), vuole ritornare alla giustizia concreta e personale, „al 'viso' dell'altro che mi comanda”<sup>21</sup> al posto della legge moderna, che – a suo avviso – è il risultato di un atto di violenza privo di giustizia legittimante.

L'amore è senza la misura bilanciata della giustizia, ma secondo l'ordine dell'amore. Sant'Agostino scrive nel *De doctrina christiana* che tutto e tutti devono essere amati in base al proprio *essere ordinati*, che prescrive come e in quale misura si deve essere amati – per la propria stessa natura. L'amore ordinato di sé dell'uomo è la misura e il movente della regola d'oro, che è, a sua volta, il riassunto del diritto naturale fino all'epoca medioevale.<sup>22</sup> La 'regola' della legge giusta indica solo l'atto giusto da compiere: ci si deve sempre attenere, oltre che alle regole, anche ai 'principi' della giustizia, per poter precisare l'atto veramente giusto colto nel dato concreto – allo stesso modo come si doveva vivere lo spirito dell'Alleanza, vale a dire si doveva essere nel contesto ermeneutico dei suoi principi, per poter adempiere fedelmente (*hesed*)<sup>23</sup> le leggi di Mosè.

I principi giuridici, in confronto con le regole che vengono applicate impassibilmente, esigono creatività ed empatia intersoggettiva, in quanto il comportamento obbligatorio non è prescritto da una regola precisa di contenuto determinato, ma da un filo conduttore che è la caratteristica di un principio. Anche i consigli hanno una certa vaghezza, ma a differenza di questi ultimi i principi giuridici sono obbligatori – mentre i consigli no.

Nel riconsiderare l'antropologia nell'unità dell'uomo e della donna e la concezione di una società nuova in base al modello della famiglia, volta a superare la concezione attualmente dominante della società fatta solo di individui,<sup>24</sup> si devono reintegrare anche i valori e gli aspetti del diritto veterotestamentario, ove si scorgono virtù che possono essere considerate anche „mariane”: misericordia, carità sociale, perdono,

<sup>20</sup> San Tommaso D'AQUINO: *Sum., Theol.*, II-II, 62.; Josef PIEPER: *La giustizia*. Brescia, Morcelliana, 2000. 82–86.

<sup>21</sup> Jacques DERRIDA: Diritto alla giustizia. In: Jacques DERRIDA – Gianni VATTIMO (a cura di): *Diritto, giustizia e interpretazione*. Roma–Bari, Laterza, 1998. 26.

<sup>22</sup> GRATIANUS: *Concordia discordantium canonum*. dist. I (PL 187, 29A): „ius naturale est quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri.”

<sup>23</sup> Per la nozione di 'hesed' si veda particolarmente: Martin BUBER: *The Prophetic Faith*. New York, Harper Torchbooks, 1960. 114. <https://archive.org/stream/propheticfaithr00bube#page/114/mode/2up>

<sup>24</sup> Francesca BREZZI – Maria Teresa RUSSO (a cura di): *Oltre la società degli individui. Teoria ed etica del dono*. Torino, Bollati Boringhieri, 2011.



accoglienza (cfr. il processo ‘*rib*’<sup>25</sup> nella storia di Giuseppe e dei suoi fratelli, che al posto della pena di morte, mira al perdono e al reintegrazione del colpevole).

## 6. Il modello del rapporto matrimoniale e della famiglia

Il rapporto uomo-donna nel matrimonio e le relazioni familiari ci indicano un’antropologia che ha una certa vigenza normativa anche nei sistemi professionali e sociali. Accanto ai ruoli sociali attraverso i quali le caratteristiche del ‘uomo moderno’ vengono determinate – l’uomo cittadino, l’uomo lavoratore, l’uomo consumatore ecc. – dovremmo partire anche dalla ‘persona familiare’, che possiede anche una rilevanza sociale e pubblica. In questo senso dovremmo riconsiderare quasi tutte le sfere del diritto: il diritto fiscale in base alla giustizia distributiva che offre il modello della famiglia, il diritto internazionale in base alla comunità „familiare” di tutte le nazioni, il diritto penale (ristorativo/riparativo) in base al principio della reintegrazione sociale, il diritto ambientale nel rispetto degli interessi delle future generazioni che appartengono alla nostra comunità ecc. Fino al Medioevo le virtù della Bibbia e il modello della famiglia erano ampiamente considerati validi (anche nella politica, nel modo di governare<sup>26</sup>), mentre il progetto della modernità è fallito antropologicamente. Per questo si deve ritornare all’antropologia cristiana.

## 7. Il rapporto giuridico esprime e difende la dimensione (inter)personale dell’uomo

Il rapporto giuridico scaturisce dalla struttura esistenziale della persona: tutte le persone per loro natura devono riconoscere l’Altro come un ‘altro sé’ e devono atteggiarsi di conseguenza. La ‘legge’ con le proprie regole è solo l’espressione di questo ‘rapporto giuridico fondamentale’, dove quest’ultimo le conferisce la forza obbligatoria. Senza questo rapporto originale e fondante di riconoscimento la legge positiva è priva di forza obbligatoria, e diventa una forza coercitiva non legittimata se non mera violenza. Se, però, la legge si adegua al rapporto giuridico fondamentale del riconoscimento obbligatorio e universale, diviene un mezzo adatto a sviluppare l’esistenza interpersonale e sociale delle persone. Infatti, se si compiono atti impegnati di buona volontà e di cuore puro conformi a codeste leggi, la legge positiva non sarà uno strumento di divisione ma di *incontro*, anzi sarà strumento di una certa unità nella giustizia armoniosa in grado di vertere sull’ordine dell’amore. Il diritto *non è mezzo di limitazione*, lo diventa solo nella modernità – tra individui e tra Stati. Il diritto

<sup>25</sup> Pietro BOVATI: *Ristabilire la giustizia. Procedure, vocabolario, orientamenti*. Roma, Editrice Pontificio Istituto Biblico, 2005.

<sup>26</sup> „And so let him be both father and husband to his subjects, or, if he has known some affection more tender still, let him employ that; let him desire to be loved rather than feared, and show himself to them as such a man that they will out of devotion prefer his life to their own, and regard his preservation and safety as a kind of public life; [...] For love is strong as death; and the wedge which is held together by strands of love is not easily broken.” John of SALISBURY: *Policraticus*. IV, 3. New York, Russell & Russell, 1963. <http://www.constitution.org/salisbury/policrat456.htm>

è subentrato nella storia dell'umanità – secondo il cristianesimo – per far ritrovare l'uomo con il suo Creatore. Come abbiamo già visto, il diritto (Alleanza, Legge di Mosè) è personalizzatore ed è salvifico perché fa incontrare, fa *collegare* Dio e le persone (popolo eletto) e le persone tra loro, nella giustizia materiale. È il luogo e lo strumento di *incontro* sia tra Dio e le persone umane, sia fra le persone umane stesse. Abbiamo visto che nell'Antico Testamento chi non è giusto con il fratello secondo la legge di Mosè – ma sempre nello spirito dell'interpretazione ermeneutica dell'Alleanza –, legge che comprende in certo qual modo anche l'amore, addirittura non esiste, perché per l'ebreo esistere vuole dire essere in rapporto con Jahve per mezzo dell'Alleanza. Chi non ama in giustizia e non è giusto nell'amore, non esiste e si perderà, perché non c'è vita per un ebreo credente all'infuori del rapporto salvifico con Jahve, che si realizza, si concretizza nella *Torah*. Senza troppa esagerazione si potrà dunque dire che in questo contesto il diritto, per la sua natura (struttura) che implica il prescrivere in modo obbligatorio atti etici nei confronti dei fratelli, è il mezzo della salvezza tramite il fratello.

### **8. L'antropologia dell'amore giusto o ingiusto che è ravvisabile nella filosofia del diritto di una data epoca**

Si deve ammettere che la vita interpersonale e comunitario-sociale è giusto ed è ordinato secondo l'ordine dell'amore giusto, solo nel caso in cui tanti, (quasi) tutti, vivono secondo la Legge di Dio, ovvero secondo il diritto naturale. La modernità e la post-modernità, però, si fondano sull'*amore di sé*<sup>27</sup>, prevalentemente disordinato e ingiusto. Per questo motivo il diritto basato sull'antropologia giusta e osservato fedelmente è il pegno, il cardine dell'armonia, della fioritura della persona, che necessita di una certa unità d'intenti nel ricercare insieme *la bene comune della comunità, inteso secondo la giustizia dell'amore giusto e ordinato*. Ogni filosofia sociale si fonda su una *concezione di amore*, ed ogni filosofia del diritto si fonda su una filosofia morale. L'importante è che la concezione d'amore *sia giusta* e questo a sua volta dipende dalla *giustizia dell'antropologia filosofica*. Le conseguenze sociali di quest'ultima vengono evidenziate tramite la filosofia del diritto. In tal modo possiamo affermare che *la concezione dell'amore giusto o non giusto si ravvisa nella filosofia del diritto di una data epoca*. Questo è registrabile anche attraverso le concezioni teoriche (o „antiteorie”) del „diritto naturale”: si pensi agli uomini-lupo di Hobbes e alle scimmie, ai mammiferi di Peter Singer. Mentre fino al Medioevo l'amore di sé era la misura e il movente dell'atto giusto e dell'amore verso gli altri, in base a cui era efficiente la regola d'oro,<sup>28</sup> nella modernità a causa della concezione

<sup>27</sup> Per il caso della modernità si veda: Alberto DONATI: *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human rights e Grundrechte*. Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>28</sup> „Quattro dunque sono le cose che dobbiamo amare: una è sopra di noi, un'altra siamo noi stessi, una terza ci è assai vicina, una quarta è inferiore a noi. Riguardo alla seconda e alla quarta non occorre che ci venisse dato alcun precetto, poiché l'uomo, per quanto devii dalla verità conserva sempre l'amore per se stesso e per il suo corpo.” Sant'AGOSTINO: *De doctrina christiana*. [La Dottrina

insana dell'amore di sé si è abusato della stessa regola d'oro<sup>29</sup> e rispetto ai classici si è così modificato il contenuto e l'ordine interno dei principi giuridici della vita sociale in base alla concezione dell'individualismo (per esempio: il principio moderno dell' *'aliena abstinentia'* versus il classico *'alterum non ledere'*). Ne sono testimoni le filosofie sociali esplicitate in altrettanto errate filosofie del diritto – per esempio in Rudolf Jhering, che basa la sua concezione sull'egoismo.<sup>30</sup>

## 9. L'ontologia del diritto segue l'ontologia della relazionalità e il modo di conoscenza di essa

Il diritto è l'elemento essenziale non soltanto della realizzazione delle persone, ma, ancor di più, della fioritura delle comunità. La fioritura, la realizzazione, è possibile solo attraverso l'etica intersoggettiva,<sup>31</sup> che è sempre *inter-personale*, in un certo senso anche nelle dimensioni macrosociali. Si deve riconoscere che nella prassi non sono praticabili le etiche egoiste combinate con regole universalizzatrici (come in certi tipi di utilitarismo e di neokantianismo); come teorie, esse, sono per di più astratte. Il diritto per sua natura è sempre personale ed è interpersonale in quanto finalizzato alla vera realizzazione delle persone e delle loro comunità, se vissuto secondo la propria caratteristica determinante. Il diritto ha, dunque, un effetto per così dire 'personificante'. Ma nelle teorie postmoderne (Michel Foucault, Jacques Derrida, Gianni Vattimo ecc.) la legge (e non il diritto) è diventato il luogo di

---

*Cristiana*] I, 23. 22.; „In conclusione, non c'è bisogno di leggi perché ciascuno ami se stesso o il suo corpo, cioè quello che siamo noi e quello che è al di sotto di noi ma fa parte di noi. Ciò amiamo per una basilare legge di natura che è stata partecipata anche agli animali, i quali di fatto amano se stessi e il loro corpo. Per questo motivo non restava altro se non che ci venissero impartiti precetti concernenti ciò che è al di sopra di noi o accanto a noi. [...] Fine dunque del precetto è l'amore nelle sue due ramificazioni: amore di Dio e amore del prossimo.” Sant'AGOSTINO: *De doctrina christiana*. I, 26. 27.. [http://www.augustinus.it/italiano/dottrina\\_cristiana/index2.htm](http://www.augustinus.it/italiano/dottrina_cristiana/index2.htm)

<sup>29</sup> Nel caso di Rousseau la regola viene distorta, mentre Locke nega che la regola d'oro sia un principio pratico innato. „Fais à autrui comme tu veux qu'on te fasse, inspire à tous les hommes cette autre maxime de bonté naturelle bien moins parfaite, mais plus utile peut-être que la précédente: Fais ton bien avec le moindre mal d'autrui qu'il est possible.” Jean-Jacques ROUSSEAU: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. I, 33. <http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Rousseau%20JJ%20Discours%20sur.pdf>

Nel caso di John Locke la regola d'oro non è un principio naturalmente ragionevole: „But should that most unshaken rule of morality and foundation of all social virtue, »That one should do as he would be done unto,« be proposed to one who never heard of it before, but yet is of capacity to understand its meaning; might he not without any absurdity ask a reason why? And were not he that proposed it bound to make out the truth and reasonableness of it to him?” JOHN LOCKE: *An Essay Concerning Human Understanding*. III, <http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/locke/lockel/contents2.html>

<sup>30</sup> Rudolf VON JHERING: *Lo scopo nel diritto*. Torino, Giulio Einaudi Editore, 1972.

<sup>31</sup> Gennaro Cicchese consiglia di passare dall'intersoggettività alla consoggettività: Gennaro CICHESE: *Pensare l'intersoggettività. Contesto antropologico e provocazione teologica*. In: Piero CODA – Andreas TAPKEN (a cura di): *La Trinità e il pensare. Figure, percorsi, prospettive*. Roma, Città Nuova, 1997. 325–327. Cfr.: VALLAURI (1974) op. cit. 124.

soppressione, di sopraffazione, di esclusione. L'epistemologia e l'antropologia sono rovesciate rispetto alla concezione del sorgere del diritto della cultura ebraico-cristiana. Nell'Antico Testamento il 'conoscere'<sup>32</sup> si fonda sull'amore (per esempio il culmine della conoscenza tra i coniugi è l'atto di unificazione carnale, che è unità di amore e di corpo).<sup>33</sup> In contrasto con ciò, il 'conoscere' è violenza secondo Michel Foucault, che si rifa esplicitamente a Nietzsche.<sup>34</sup> Ma laddove è la violenza o l'odio la forza intersoggettiva per eccellenza che struttura e regola i rapporti sociali, sparisce necessariamente il diritto (come nel caso del nazismo), e viene meno contestualmente anche la filosofia del diritto. Solo nel suo significato originale (veterotestamentario) il diritto svolge il suo ruolo personificante. E per riconoscere ciò non è necessario neanche essere credenti. Come abbiamo già visto, anche Derrida ha in parte intuito il punto, grazie a Levinas. Nel ragionamento postmoderno, sulla scia „dell'ermeneutica del sospetto” di Freud, Nietzsche e Marx, la 'legge' intesa nella sua accezione moderna, come si è già accennato, è mezzo di alienazione, soppressione e sfruttamento.

L'uomo postmoderno soffre la mancanza, la *perdita, del logos* personale. Se, però, vive secondo giustizia verso l'Altro, perché lo deve fare per la legge giusta, potrebbe ritrovare il *logos*<sup>35</sup> perso nel rapporto intersoggettivo, anche solo per il fatto che per legge deve rivolgersi all'Altro agendo in modo giusto nei suoi confronti. La legge giusta o il diritto fa uscire dal proprio guscio, per così dire con un'espressione colloquiale, per incontrare i diritti, gli interessi veri e giusti dell'Altro, il '*quod iustum est*'. Il *logos* insito nella legge (che prescrive quello che si deve dare all'Altro) ha un effetto *curativo* riguardo alla carenza di *logos* dell'uomo postmoderno. Non solo perché la legge, o il diritto, prescrivono cose oggettivamente giuste da

<sup>32</sup> „Si tratta di una »conoscenza«, che implica confessare JHWH e rendergli culto come all'unico Dio, ma pure riconoscere effettivamente la sua sovranità mediante l'osservanza del suo precetto dell'amore e della giustizia verso gli uomini” – fa riferimento Piero Coda a J. Alfaro, poi poco dopo afferma: „Dunque, come logica conclusione, solo chi ama conosce realmente e non solo astrattamente o per sentito dire quel Dio che è Amore.” Piero CODA: *Teo-logia. La parola di Dio nelle parole dell'uomo. Epistemologia e metodologia teologica*. Milano, MURSIA, Pontificia Università Lateranense, 1997. 75–76.

<sup>33</sup> Cfr.: BUBER (1960) op. cit. 115. Cfr.: „This »knowing« in the contact made through revelation and the establishment of the covenant.” BUBER (1960) op. cit. 115. <https://archive.org/stream/propheticfaithtr00bube#page/114/mode/2up> Cfr.: MAX SCHELER: *Amore e conoscenza*. Brescia, Morcelliana, 2009.

<sup>34</sup> „Ainsi, entre l'instinct et la connaissance, l'on trouve non pas une continuité, mais une relation de lutte, de domination, de servitude, de compensation ; de la même façon il ne peut y avoir, entre la connaissance et les choses que la connaissance doit connaître, aucune relation de continuité naturelle. Il ne peut y avoir qu'une relation de violence, de domination, de pouvoir et de force, de violation. La connaissance ne peut être qu'une violation des choses à connaître, et non pas une perception, une reconnaissance, une identification de celles-ci ou à celles-ci.” Michel FOUCAULT: *La vérité et les formes juridiques*. Dits Ecrits tome II texte n°139 <http://libertaire.free.fr/MFoucault194.html>

<sup>35</sup> Vedi i riferimenti di Bruno Romano a Viktor Frankl: Bruno ROMANO: *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*. G. Torino, Giappichelli Editore, 2009. 101. 103.; Bruno ROMANO: *Sulla trasformazione della terzietà giuridica. Sette domande al giurista e al filosofo*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2006. 66.; Bruno ROMANO: *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2009. 91–94., 97.

rendere all'Altro, ma soprattutto perché così l'attore giusto partecipa in modo attivo alla creazione di un ordine giusto. Chi è giusto è per forza rivolto all'Altro, deve considerare l'Altro, deve uscire di sé in vista dell'Altro – di questo che non appare capace l'uomo della post-modernità (anche se Derrida per certi versi rappresenta un'eccezione<sup>36</sup>). Quest'etica basata sull'antropologia altruistica è vissuta e praticata nel matrimonio e nella famiglia. Si devono dunque riconsiderare queste realtà per capire quanto la relazionalità etico-normativa abbia origine e modello in esse. Ci pare che i principi di giustizia delle relazioni umane non mutino più di tanto carattere se, uscendo dalla vita familiare, entrano nella vita sociale e per questo, in un certo senso, potrebbero fungere da modelli anche per la società intera.

Non si capisce il diritto se non si coglie la natura essenzialmente inter-relazionale dell'uomo. L'uomo per sua essenza è un 'essere familiare' ed è un 'essere persona in relazione'<sup>37</sup>, tratto che deve essere vissuto esistenzialmente da ciascuno. In relazione a ciò si deve notare che, secondo Jacques Lacan, per il bambino l'apparire della figura (del nome) del padre, che è la Legge (dell'incesto), è il segno della *separazione*.<sup>38</sup> Dunque la legge „personificata” dal nome del padre è l'origine e la causa della perdita dell'armonia interpersonale (con la madre). Dobbiamo ricordarci, però, che per la storia dell'umanità (ebreo-cristiana) l'Alleanza e la legge di Mosè sono l'inizio dell'*incontro* con Dio e con i fratelli. Mentre dunque nella post-modernità la legge è la *causa della divisione* (e dell'oppressione: vedi la concezione di Engels sul matrimonio e sulla proprietà)<sup>39</sup>, secondo l'Antico Testamento il diritto dato da Dio è la via per mantenersi in *rapporto interpersonale* secondo *giustizia e amore*. Possiamo affermare che, se viene meno il diritto inteso in questo senso, viene meno anche *l'essere relazionale* della persona. Se sparisce la filosofia del diritto – intesa in questo senso – ne soffrirà anche l'antropologia filosofica. Di ciò si sentono già i sintomi. A nostro parere solamente un'antropologia filosofica „inter-personalista” e inter-relazionale è capace di fondare una valida filosofia del diritto.

Il diritto con le proprie regole ci educa a vivere l'essenza interpersonale delle persone, ed i principi ci fanno impegnare a decifrare cosa significhi nel caso concreto, l'essere giusto, dando agli altri quello che spetta loro. Le regole delle leggi tante volte non ci indicano precisamente l'atto concreto da compiere, e in questi casi sono proprio i principi che devono essere implementati per poter avere un contenuto vero e proprio in concreto. La regola d'oro richiede proprio quell'esigenza di apertura nei confronti degli Altri pensata nel modo in cui noi amiamo noi stessi. L'empatia impegnata, l'apertura alla situazione dell'Altro – che per esempio anche la regola

<sup>36</sup> Caterina RESTA: *L'evento dell'altro. Etica e politica in Jacques Derrida*. Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

<sup>37</sup> „All'inizio è la relazione.” Martin BUBER: „Io e Tu” In: Martin BUBER: *Il principio dialogico e altri saggi*. Milano, San Paolo, 2004. 72.

<sup>38</sup> Joël DOR: *Il padre e la sua funzione in psicoanalisi*. Parigi, Éditions érès, coll. Point Hors ligne, 2008. 40. [http://www.lacan-con-freud.it/aiuti/traduzioni/dor\\_funzione\\_del\\_padre.pdf](http://www.lacan-con-freud.it/aiuti/traduzioni/dor_funzione_del_padre.pdf)

<sup>39</sup> Friedrich ENGELS: *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*. Roma, Editori Riuniti, 2005.

d'oro esige – sono requisiti dell'applicazione fedele dei principi di giustizia (infatti: „*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*”): quei principi che ci fanno sviluppare la nostra natura inter-relazionale.

## 10. Verso l'epistemologia trinitaria

La scienza giuridica tardo-medievale, che potrebbe essere considerata l'epoca d'oro della giurisprudenza, aveva come strumento per esplorare i contenuti dei principi e della regolazione giuridica la *dialettica dialogica* (controversiale).<sup>40</sup> Quest'epistemologia era adatta ad evidenziare le soluzioni giuridiche appropriate perché l'ordine di equità creato da Dio<sup>41</sup> è un ordine di persone interrelate tra loro e formanti una società. Questa società ha in sé principi insiti della giustizia („*ubi societas ibi ius*”).<sup>42</sup> I principi e le regole della giustizia inter-relazionale devono essere indagati in un modo che ben si addice alla materia a cui si rivolge la ricerca, cioè alla società intesa come un insieme di relazioni. L'ordine delle relazioni inter-relazionali deve essere dunque esplicitato in una maniera per eccellenza dialogica, vale a dire, appunto, propria della dialettica<sup>43</sup> retoricamente orientata, metodo di ricerca squisitamente *sociale*. Allo stesso modo se l'antropologia viene vista in modo trinitologico (trinitario), anche i principi di una società intesa in questo modo devono essere indagati in base ad una *epistemologia dell'amore reciproco*. Quest'ultima è attenta all'ordine dell'amore. Quest'ordine per i suoi tratti essenziali è fisso, determinato, ma per molti versi è da cercare in modo comune e dialogico.

I glossatori medievali non sono giunti a questo punto, cioè a leggere la realtà intersoggettiva-sociale dal punto di vista della Trinità (Dio uno e trino)<sup>44</sup>, forse perché la stessa Santissima Trinità non è stata contemplata da loro come un insieme di relazioni d'amore tra Persone divine. Giova notare che la 'relazione' nella tradizione aristotelica è una categorica distinta dalla 'sostanza' e non è neanche posta in prima luce. Ma, come afferma Giorgio Santi,<sup>45</sup> non „si può non rilevare come le categorie di

<sup>40</sup> Alessandro GIULIANI: *La controversia. Contributo alla logica giuridica*. Pavia, 1966.; Andrea ERRERA: *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*. Torino, Giappichelli Editore, 2006.

<sup>41</sup> Vedi in proposito: Andrea PADOVANI: *Perché chiedi il mio nome? Dio, Natura e diritto nel secolo XII*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1997.

<sup>42</sup> Paolo GROSSI: *L'Ordine giuridico medievale*. Roma-Bari, Editori Laterza, 1995.

<sup>43</sup> Si è già accennato prima a Tertulliano, per questo si deve anche menzionare il fatto, che lui aveva „disprezzo per la logica aristotelica” che „[...] era considerata il simbolo della filosofia pagana, cavillosa e, in ultima analisi, inutile, perché incapace di raggiungere la verità.” TERTULLIANO: *Contro gli eretici*. Roma, Città Nuova, 2002. 38., nota 26. Cfr: *La fioritura della dialettica, X-XII. secolo*. Roma-Milano, Città Nuova – Jaca Book, 2008. Si deve tener presente che l'argomentazione scolastica, il metodo della *questio* verte sulla verità: Gilberto DE LA PORRÉE: *La quaestio: struttura e forma*. In: P. FELTRIN – M. ROSSINI (a cura di): *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*. Bergamo, Lubrina, 1992. 140-141.

<sup>44</sup> Cfr.: Piero CODA: *Dio uno e trino. Rivelazione, esperienza e teologia del Dio dei cristiani*. Milano, San Paolo, 2006.

<sup>45</sup> Giorgio SANTI: *Filosofia triadica e teologia trinitaria in Agostino. Elaborare l'esperienza di Dio* [in

Aristotele siano alla base del pensiero di Agostino e del loro uso a livello metafisico<sup>47</sup>. La dottrina sulla Trinità di Sant'Agostino si è già orientata nella direzione giusta,<sup>46</sup> ma sui glossatori ha influito l'*Isagoge* di Porfirio<sup>47</sup> (Agostino conosceva molto bene le opere di Porfirio<sup>48</sup>) e probabilmente l'insegnamento di Giovanni Scoto (Eriugena)<sup>49</sup>, soprattutto riguardo all'*equitas*. Ora, però, che sono a nostra disposizione i risultati delle ricerche svolte ultimamente sulla Trinità,<sup>50</sup> non possiamo più eludere l'urgenza di prendere sul serio la nostra natura umana creata in base all'immagine di Dio unotrinno, traendone le conclusioni dovute anche nell'ambito del diritto. Nel fare ciò si deve tener presente che il nostro essere umano è personale e 'relazionale' per sua *essenza*, vale a dire non *accidentalmente*.<sup>51</sup> Una siffatta natura sul campo dell'etica è tesa all'obbligo della giustizia, che è una virtù '*ad alterum*'<sup>52</sup> per eccellenza, e alla carità vicendevole,<sup>53</sup> che a sua volta perfeziona e supera la giustizia.<sup>54</sup>

L'amore giusto rende ad ogni persona il proprio, visto con gli occhi dell'amore. La giustizia perfetta confina con l'amore perché è esigente nel determinare e nel rendere ai fratelli il loro.<sup>55</sup> In vista dell'ordine dell'amore dovrebbe essere ristrutturato il giusto da rendere a ciascuno nella società. In vista dell'amore deve essere così riconsiderata la giustizia e si vedrà che già per giustizia spetta molto di più all'Altro di quanto si potrebbe pensare a prima vista. L'amore libero e gratuito è posto oltre questa misura.

L'ordine dell'amore deve essere indagato nell'atmosfera del rispetto, anzi, direi dell'amore reciproco, perché ogni oggetto di ricerca esige un'epistemologia di analoga

---

linea], *Atti del Convegno «La Trinità», Roma 26-28 maggio 2009. Reportata*, Passato e presente della teologia. <http://mondodomani.org/teologia/santi2011.htm>

<sup>46</sup> „Agostino invece ripensa le stesse categorie ponendo però in evidenza che in Dio oltre a quella della sostanza si deve parlare di relazione e non in senso accidentale: Padre, Figlio e Spirito sono un'unica sostanza in relazione tra di loro. La relazione in Dio non può essere accidentale, ma appartiene alla sua sostanza.” Santi (2011) *Riguardo a Tommaso d'Aquino* Piero Coda afferma: „Inoltre, riprendendo l'intuizione agostiniana della relazione, Tommaso giunge a dire che nelle Persone divine l'esser-in-sé (la sussistenza) e la relazione coincidono. Il Padre, il Figlio e lo Spirito Santo, dunque, esistono in quanto sono relazione l'uno rispetto all'altro.” Piero Coda: *Dio che dice Amore. Lezioni di teologia*. Roma, Città Nuova, 2007. 143.

<sup>47</sup> PORFIRIO: *Isagoge*. G. Girgenti (a cura di). Rusconi Libri, Milano, 1995.

<sup>48</sup> Cfr.: SANTI (2011) op. cit.

<sup>49</sup> PADOVANI (1997) op. cit. 150–175.

<sup>50</sup> Vedi soprattutto le opere di Piero Coda: CODA (2006) op. cit.

<sup>51</sup> „[...]l'essere in relazione« è essenziale per l'essere e soprattutto per la vocazione della persona.” Josef SEIFERT: *Persona, trascendenza e finalità*. in: *La fine della persona? Atti del II Corso dei „Simposi Rosminiani” 29 agosto – 1 settembre 2001*. Stresa, Edizioni Rosminiane, 162.

<sup>52</sup> Tommaso D'AQUINO: *Sum. Theol.*, II-II, q. 58, a. 2

<sup>53</sup> Chiara LUBICH: *L'amore reciproco*. Florence Gillet (a cura di). Roma, Città nuova, 2013.

<sup>54</sup> Reginaldo PIZZORNI: *Giustizia e carità*. Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1995. 343.

<sup>55</sup> „Non c'è, né ci può essere alcuna opposizione fra carità e giustizia, fra amore dei fratelli e amore dei diritti dei fratelli. Anzi la carità obbliga anzitutto ad amare e a volere rispettare il diritto dei fratelli, dona un animo nuovo alla giustizia: fa sì che la giustizia sia compiuta con amore, e che l'amore si realizzi nella maniera giusta.” PIZZORNI (1995) op. cit. 343.

natura: l'esplorazione dell'ordine dell'amore esige dunque l'amore reciproco da parte degli studiosi. Certo si tratta di un progetto arduo da realizzare. L'ordine dell'amore non ha mai un contenuto del tutto preordinato e anticipatamente determinato in tutti i suoi dettagli, ma solo nei suoi contenuti più essenziali: la dignità della persona ed i suoi diritti fondamentali, gli istituti del matrimonio e della famiglia ecc.<sup>56</sup> Oltre questi elementi quello che si deve dare precisamente all'Altro secondo giustizia e/o amore, viene visto e discusso in un dialogo aperto e costruttivo che mira all'equità (nozione chiave di tutta l'era classica), al bene comune e alla fioritura di tutta la comunità e di tutte le persone che ne fanno parte. Devono sorgere scienziati nuovi per un lavoro così sublime ma arduo,<sup>57</sup> che prendano sul serio il fatto che l'uomo è stato creato all'immagine di Dio uno-trino e la creazione reca in un certo qual modo l'impronta di questa natura divina, per questo anche l'epistemologia della ricerca deve essere per forza 'trinitaria' per i cristiani.

L'università nella città di Bologna era la sede della giurisprudenza nell'epoca d'oro dei glossatori che adoperavano la dialettica *dialogica*. È un modello che esprime una visione dialogico-sociale del diritto. I giuristi hanno diffuso il loro modello dialettico-scolastico in altre branche della scienza in tutta l'Europa. Analogamente, i molteplici luoghi di incontro dei giuristi cristiani, per l'esperienza di comunione e di condivisione vissuta, potrebbero essere luoghi reali e simbolici che fanno fiorire una nuova filosofia del diritto, forse già di impronta trinitaria.

---

<sup>56</sup> Cfr.: János FRIVALDSZKY: Quale legge naturale per l'Europa dopo la scuola neoclassica del diritto naturale? In: Marcello M FRACANZANI – Stefania BARONCELLI (a cura di): *Quale religione per l'Europa?* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. 51–72.

<sup>57</sup> Cfr.: Enrique CAMBÓN: *Trinità, modello sociale*. Roma, Città Nuova, 2005.



## THE NATURAL LAW RULES OF IUS COMMUNE IN THE CROATIAN LEGAL SYSTEM

Marko PETRAK  
University of Zagreb

### 1. Introductory remarks

The purpose of this paper is to analyse the significance and role of the natural law rules of the *ius commune* tradition in the contemporary law of the Republic of Croatia.

As it is generally known, the term *ius commune* denotes the legal system that was the source of law in almost entire Europe in the medieval and early modern times. That system was formed through the reception of Roman Law, i.e. the process of gradual acceptance of the rules of Roman law contained in Justinian's codification (*Corpus iuris civilis*) as a positive law and their integration with certain elements of canon law and customary laws, with the adjustment of these rules to the needs of life and legal practice of the aforementioned periods.<sup>1</sup> Although *ius commune*, after centuries of continuous validity, ceased to be a formal source of law in most European countries due to the passage of modern civil codes in the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> century, in their very essence the aforementioned codes actually represented different codifications of received Roman law, i.e. the national variations of the common European legacy. Thus, in these codified forms the tradition of *ius commune*, with all the principles, institutes and solutions belonging to it, has continued to have a crucial impact on the overall European legal development to the present day.<sup>2</sup> Moreover, it should be

<sup>1</sup> For general information on *ius commune* as a legal system, see e.g. Francesco CALASSO: *Introduzione al diritto commune*. Milano, Giuffrè, 1970. Helmut COING: *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*. Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1968. Id: *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts*. Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986. Manlio BELLOMO: *L'Europa del diritto commune*. Roma, Il Cigno GG Edizioni, 1998. Brand on VAN CAENEGEM: *European Law in the Past and the Future*. Cambridge, University Press, 2002. 13 sqq.

<sup>2</sup> See e.g. Peter STEIN: *Roman Law in European History*. Cambridge, University Press, 1999. 104 sqq.; Reinhard ZIMMERMANN: *The Civil Law in European Codes*. In: David Carey MILLER – Reinhard ZIMMERMANN (eds.): *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays*. Berlin, Duncker&Humblot, 1997. 259 sqq.

emphasised that the tradition of *ius commune* experienced its ultimate culmination during the period in which the idea of codification dominated, owing to the German Pandectist school, the doctrines of which significantly influenced the legislation, science and practice of private law in practically all European countries in the second half of the 19<sup>th</sup> century and in the 20<sup>th</sup> century. These doctrines still form the basis of the common European private law dogmatics.<sup>3</sup> In addition to that, in the most recent times the process of European integration and of rendering uniform the European legal system largely renewed the interest in *ius commune* as a predecessor of this process in itself, whereby Roman legal tradition, as a common denominator of the European legal culture, became an important factor in the formation of contemporary European identity.<sup>4</sup>

Within this context, the purpose of the paper is to analyse the significance of the natural law rules of *ius commune* for the contemporary Croatian law. Before focusing on the topic of *ius commune* as a source of law in the contemporary Croatian law system, it is necessary to briefly explain what exactly the notion of “natural law rules of *ius commune*” refers to in the context of this paper. It refers to maxims or brocards of natural law (*ius naturale*) contained in the sources of ancient Roman Law (*regulae iuris*) or formulated in the medieval and early modern Roman legal tradition on the basis of these ancient sources. These maxims are particularly important due to the fact that they concisely express the millenarian Roman and European experience in the field of natural law as *semper aequum ac bonum*, ranging from the fundamental legal principles to concrete solutions, and their content has been incorporated into the European law systems to a large extent to this day.<sup>5</sup>

Starting from the statement above, and bearing in mind the usual division of sources of law into direct and indirect sources,<sup>6</sup> the following part of the paper will

<sup>3</sup> For general information on the German pandectistic doctrine in the second half of the 19<sup>th</sup> century and the creation of the Pandect law system see e.g. Franz WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, Vandenhoeck&Ruprecht, 1996. 430 sqq., with references to numerous further reading.

<sup>4</sup> For general information on Roman law tradition as a “common denominator” of European (private) law systems in the context of the creation of the European civil law legislation see e.g. Fritz STURM: *Droit romain et identité européenne*. RIDA, Supplément au tome XLI (1994), 147 sqq.; Rolf KNÜTEL: *Römisches Recht und Europa*. RIDA, Supplément au tome XLI (1994), 185 sqq.; Reinhard ZIMMERMANN: *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>5</sup> On the significance of Latin legal maxims as one of the basic elements of the European legal tradition and legal culture see *amplius* Andreas WACKE: *Sprichwörtliche Prinzipien und europäische Rechtsangleichung. Orbis iuris romani*, 1999/5. 174 sqq.; cf. Detlef LIEBS: *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. München, Beck, 1991. 9 sqq.; Janez KRANIC: *L atinski pravni reki [Latin Legal Maxims]*. Ljubljana, 1998. 5 sqq; on the definition of *ius naturale* as the law which is *semper aequum ac bonum*, originally contained in Paul. D. 1, 1, 11, see e.g. *Der Begriff des ius naturale im Römischen Recht*, Basel, 1952. 85 sqq.; Wolfgang WALDSTEIN: *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*. In: Hildegard TEMPORNI – Wolfgang HAASE (Hg): *ANRW*. Berlin–New York, Walter de Gruyter, 1976. 82 sqq.

<sup>6</sup> On the division in question, see Mira ALINČIĆ ET AL.: *Obiteljsko pravo [Family Law]*. Zagreb, Narodne novine, 2007. 8 sqq.

*prima facie* briefly comment on the use of the natural law rules of *ius commune* as an indirect source of law, particularly in the legislative procedure of the Croatian Parliament and in the Croatian legal practice. Subsequently, the paper explores the possibility of treating the natural law rules of *ius commune* as a direct source of law in the contemporary Croatian legal system. The final part of the paper especially questions whether a more intense application of those natural law rules of *ius commune* that contain legal principles common to almost all European legal systems can contribute to a further Europeanization of the contemporary Croatian legal system.

## 2. Natural law rules of *ius commune* as an indirect source of contemporary Croatian law

In order to analyse the use of natural law rules of *ius commune* as an indirect source of contemporary Croatian law, the author has conducted a brief research of the use of these rules in the legislative procedure of the Croatian Parliament and in the Croatian legal practice. The fact that, in the process of passing a certain legal regulation, the legislator referred to a particular natural law rule of *ius commune* as its foundation does not mean that the rule in question thus obtained the status of a positive law *eo ipso*. However, in the case of application of the legal norm in question, judicial practice will indisputably be able to refer to the cited *ius commune* rule as its *ratio legis*, which is not an isolated case in the Croatian legal life, as this paper will show.

In this context, it should be emphasised that there are some cases in which the Cabinet of the Republic of Croatia as a sponsor of a bill or individual Members of Parliament in the legislative procedure directly refer to natural law rules of *ius commune*. Thus, for example, in the argumentation of the final version of the The Act on Ownership and other Real Property Rights of July 1996, the sponsor explicitly mentions the natural law principle *superficies solo credit* in the Latin language, explaining the necessity of its reintroduction into the Croatian real property law system with the reasons of “following the European legal tradition” and the needs of “entrepreneurship and market economy”. The principle in question has been incorporated in the Art. 9 of the aforementioned Law.<sup>7</sup> The Supreme Court of the Republic of Croatia also explicitly used that rule of *ius naturale* in the Latin language.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> See the argumentation of the final proposal of the Act on Ownership and Other Real Property Rights, in: Mladen ŽUVELA (ed.): *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima [The Law on Ownership and Other Real Property Rights]*, Zagreb, 1997. 312.; on the natural law character of the *superficies solo credit* rule, originally contained in Gai. 2, 73. see MASCHI: *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*. Milano, 1937. 284 sqq.; VOGGENSPERGER (n. 5) 42 sqq.; Max KASER: *Ius gentium*. Köln–Weimar–Wien, Böhlau 1993. 102 sq.; Wolfgang WALDSTEIN: *Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen*. In: Dorothea MAYER-MALY – Peter SIMONS (Hrsg.): *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*. Berlin, Duncker-Humblot, 1983. 245 sq.

<sup>8</sup> Rev-1584/1997-2.

The following parliamentary debate of an exceptional interest, during which the natural law rules of *ius commune* as a normative category were referred to, related to one of the central issues of the Croatian family law reform that has been conducted in the recent years: should the *mater semper certa* principle – rooted in the Roman and European legal tradition for almost two thousand years – continue to remain in force, or is it necessary to come up with a better solution more in tune with the time, taking into consideration the development of so-called reproductive technologies? Thus, during the debate on the regulation of the principle in question in the Family Act of 2003, one member of Parliament explicitly argued that “since Roman times and Roman law, the mother has been the woman who gave birth to the child”, and that “the countries with a high level of democracy and rule of law have the legal definition of mother that is in accordance with Roman law”.<sup>9</sup> With the Family Act of 2004, the legislator has, after a short period of experimentation with a different solution, accepted the understanding explained above, and restored the *mater semper certa* principle, thus confirming its exceptional ethical and legal vitality.<sup>10</sup> Within the context of this restoration, the Croatian family law doctrine explicitly mentioned that the *mater semper certa* rule is reintroduced in the positive law according to the natural law principle *de natura condere iura*.<sup>11</sup> Additionally, it is interesting to point out that the Constitutional Court of the Republic of Croatia directly referred to that natural law rule of *ius commune* in the Latin language.<sup>12</sup>

In this context, it is particularly interesting to point out *The Authentic Interpretation of the Article 3, Paragraph 1 of the Act on the Interest on Arrears* (The Official Gazette, No. 28/96), which interpretation was given by the Croatian Parliament at its session held on April 30, 2004. This interpretation literally emphasises the following rule of *ius commune* in which the concept of *natura* is included: “Ever since Justinian’s *Digesta*, the interests are considered to be the fruit of the principal (“*Usura non natura pervenit, sed iure percipitur*”). But they are not inherent to the nature of the principal, than acquired by certain right as “*fructus civiles*”.<sup>13</sup> The aim of the authentic interpretation was – using, *inter alia*, Justinian’s *Digesta* as a legal source – to discourage the widespread practice of calculating interest on interest, i.e.

<sup>9</sup> Izvješća Hrvatskog sabora [The Croatian Parliament Reports] 2003/14. No. 373, 30.

<sup>10</sup> On the aforementioned principle in the context of the reform of the Croatian family law, see Dubravka HRABAR: Što je s podrijetlom djeteta ako *mater non semper certa est* [What about the Origin of the Child if *mater non semper certa est*]. In: Dubravka HRABAR (ed.): *Obiteljski zakon. Novine, dvojbe i perspektive* [Family Act. Novelities, Doubts and Perspectives], Zagreb, Narodne novine d.d., 2003. 23 sqq.; on the *mater semper certa est* rule, originally contained in Paul. D. 2, 4, 5, see LIEBS (1991) op. cit. 118.; KRANIC (1998) op.cit. 150 sq.

<sup>11</sup> See Dubravka HRABAR: Pobrčkani lončići: Obiteljski zakon, majčinstvo i očinstvo [*Qui pro quo*: Family Act, Maternity and Paternity], Vjesnik (Herald), 11. July 2003.

<sup>12</sup> U-I-11/1993; U-I-904/1995.

<sup>13</sup> Narodne Novine [The Official Gazette of Republic of Croatia] 58/04. The rule in question is originally found in Pap. D. 6, 1, 62 pr.

to eliminate the economic practice that was contrary to the principle of prohibiting anatocism, i.e. against the rule *usurae usurarum non possunt*.<sup>14</sup>

The aforementioned examples are certainly not the only cases of referring to the natural law rules of *ius commune* in the parliamentary procedure and legal practice, however, they undoubtedly prove that the Croatian legislator or judge takes into consideration these *ius commune* rules as a relevant normative content. However, in order for that practice to expand to even wider and more precisely defined proportions with the purpose of improving the Croatian legal system, taking also into consideration its further Europeanization<sup>15</sup>, it is our belief that it would be useful to attempt to answer the question of whether there is a positive legal basis for a direct application of the natural law rules of *ius commune* in the Croatian legal system.

### 3. The natural law rules of *ius commune* as a direct source of the contemporary Croatian law

In order to provide an adequate answer to that question, the only possible way is to start from the text of the *Act on the Application of Legal Rules passed before April 6th 1941 (Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine)* (hereinafter: ZNPP), which came into force on December 31st 1991<sup>16</sup>. According to the provisions of the ZNPP, legal regulations that were in force on April 6th 1941 are to be applied in the Republic of Croatia as legal rules in the relations that are not regulated by positive legal order of the Republic of Croatia, provided that they are in conformity with the Croatian constitution, and if they have been applied in the Republic of Croatia until the day on which the ZNPP came into force (Article 1-2 ZNPP). The basic *ratio* of the ZNPP is to fill in the legal gaps that exist in the legal system of the Republic of Croatia by the application of legal rules that were in force on the present-day territory of the Republic of Croatia on April 6, 1941.<sup>17</sup> The ZNPP actually defined that all legal regulations from all legal orders that were in force in Croatia on April 6th 1941 can become a subsidiary law if they fulfil the following three conditions: 1) that they were applied on the territory of the present-day Republic of Croatia until December 31st 1991; 2) that there is a legal gap on which an individual legal regulation can be applied; 3) that they are in conformity with the Constitution and the laws of the Republic of Croatia.

<sup>14</sup> On the principle of prohibiting anatocism and the significance of the *usurae usurarum non possunt* principle in the context of the contemporary Croatian civil law, see Martin VEDRIŠ – Petar KLARIĆ: *Gradansko pravo [Civil Law]*. Zagreb, Narodne Novine, 2003. 386 sqq.

<sup>15</sup> On the application of the natural law rules of *ius commune* as a manner of Europeanization of the contemporary Croatian legal system see *infra* under 4.

<sup>16</sup> *Narodne Novine* [The Official Gazette of Republic of Croatia] 73/91.

<sup>17</sup> On ZNPP see VEDRIŠ–KLARIĆ (2003) *op. cit.* 19 sq.; Nikola GAVELLA ET AL.: *Hrvatsko gradansko pravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug* [Croatian Civil Law Order and Continental European Legal Family]. Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1994. 170 sq.

Among these three conditions, only the meaning of the first of them seems to be disputable. In our opinion, the only sensible interpretation is that all the rules that were positive law on April 6th 1941 can be applied as a subsidiary source of law if they were in force at any period of time between April 6th 1941 (*dies a quo*) and December 31st 1991 (*dies ad quem*) on the territory of the present-day Republic of Croatia. Through the application of any other criterion, as it was explained in more detail elsewhere,<sup>18</sup> the ZNPP could not fulfil its purpose at all.

Taking into consideration the aforementioned context, it should be pointed out that no civil code has been passed yet in the Republic of Croatia, i.e. the civil law system is regulated by partial acts and thus fragmented in the separate branches of law (real property law; the law of obligations; inheritance law etc.).<sup>19</sup> Therefore the systematic regulation of the general part of civil law as a common basis of all other civil law segments does not exist, which *eo ipso* encourages the debate on the possibilities of a more direct and extensive use of the rules of *ius commune*, including the natural law ones, especially as the general principles of law, than it is the case in the countries that have civil codifications.<sup>20</sup>

However, with regard to the central subject of the paper, i.e. the question of whether the natural law rules of *ius commune* can be a source of positive law in the Republic of Croatia, it is of far greater importance to consider the issue of whether the ZNPP enables the application of the *ius commune* rules as the valid law in any way?

### 3.1. The *ius commune* rules as “the principles of natural law” in the sense of § 7 ABGB

In the aforementioned context, the attention should primarily be drawn to § 7 ABGB. Briefly speaking, the said paragraph determines that “the natural law principles” should be applied as a source of law in all the situations in which a certain legal case cannot be solved by the mere application of positive legal regulations or methods. Since the contemporary Croatian regulations do not contain provisions what to do in the situations when a certain legal case cannot be solved in an indisputable manner by the application of positive law, it should be concluded that in such situations – based

<sup>18</sup> See amplius Marko PETRAK: Rimska pravna pravila kao izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava [Roman Legal Rules as a Source of Contemporary Croatian Family Law]. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* [Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb], 2005/3–4. 602 sqq.

<sup>19</sup> On the need for the creation of the Croatian civil code see Nikola GAVELLA: Teze za izradu hrvatskog građanskog zakonika [Theses for the Making of the Croatian Civil Code]. *Zakonitost [Legality]*, 1992/ 46. 751 sqq.

<sup>20</sup> For general information on *ius commune* rules that incorporate general principles of law and their function in contemporary private law systems see amplius Sandro SCHIPANI: *La codificazione del diritto romano commune*. Torino, Giappichelli, 1999. 83 sqq., with references to further reading; cf. Fernando Reinoso BARBERO: El derecho romano como *desideratum* del derecho del tercer milenio: los principios generales del derecho. *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 1997/3. 23 sqq.

on the ZNPP – the § 7 ABGB, i.e. the “principles of natural law”, should be applied. Bearing in mind the fact that the mentioned paragraph is still applied in the Austrian private law system<sup>21</sup>, it is necessary to determine what are “the principles of natural law” in their substance. According to the older Austrian doctrine, the principles in question are largely contained in Roman law and *ius commune*<sup>22</sup>: *ius gentium* of the Romans actually represents natural law as such.<sup>23</sup> Such an opinion was embraced by the Croatian doctrine until World War II, and it is of great importance to emphasise that in the context of the possible application of § 7 ABGB in the Republic of Croatia today. Thus, according to Ivan Maurović<sup>24</sup>, the ABGB editors understood natural law as “*ratio naturalis*, which they considered as the immutable foundation of Roman Law and Austrian code”.<sup>25</sup> It is not difficult to comprehend that Maurović took into consideration a well-known Gai’s concept of *ius gentium*: “[...] the law that natural reason (*naturalis ratio*) establishes among all mankind is followed by all peoples alike, and is called *ius gentium* as being the law observed by all mankind”.<sup>26</sup> The understanding that “natürliche Rechtsgrundsätze” from of § 7 ABGB are primarily natural law principles formed on the basis of the *ius gentium* rules in the ancient times and *ius commune* rules in the medieval and modern continental Europe, was once again – thus ending a long period of the domination of one-dimensional positivistic legal approach in the interpretation of the principle in question – convincingly advocated by Wolfgang Waldstein, one of the greatest contemporary scholars of Roman law.<sup>27</sup> Based on this short analysis of the concept of “principles of natural law” from § 7 ABGB, it should be concluded that the *ius commune* rules that contain

<sup>21</sup> On the application of § 7 ABGB in the contemporary Austrian legal system, see e.g. Theo MAYER-MALY: Die Natürlichen Rechtsgrundsätze als Teil des geltenden österreichischen Rechts. In: Dorothea MAYER-MALY – Peter SIMONS (Hrsg.): *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*. Berlin, Duncker & Humblot, 1983. 853 sqq., with references to further reading; cf. also Michael SCHWIMMANN (ed.): *Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Bd. I.*, Wien, Orac, 1997. 58 sq.

<sup>22</sup> See e.g. Leopold PFAFF – Franz HOFMANN: *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. I.* Wien, Manz, 1877. 206 sq.: “[...] überhaupt ist das röm Recht größentheils ein in seinen Folgerungen dargestelltes Naturrecht”.

<sup>23</sup> Cf. Joseph UNGER: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1876. 67 sq.

<sup>24</sup> On the life and work of Ivan Maurović (1873-1952), professor of Civil Law at the Faculty of Law in Zagreb, see Zlatan STIPKOVIĆ in: GAVELLA ET AL. (1994) op. cit. 46 sq.

<sup>25</sup> Quote from Ivan MAUROVIĆ: *Nact predavanja o općem privatnom pravu. Prva knjiga: opći dio [An Outline of a Lecture on General Private Law, Book One: General part]*, Zagreb, Knjižara St. Kugli, 1919. 13.

<sup>26</sup> Gai. Inst. 1. 1: “[...] *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*; on the significance of Roman *ius gentium* for the contemporary European legal system, see Wolfgang WALDSTEIN: *Ius gentium und das Europäische ius commune. Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 1998/26. 453 sqq.

<sup>27</sup> See e.g. Wolfgang WALDSTEIN: *Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1967/17. 1 sqq.*; WALDSTEIN (1983) op. cit. 239 sqq.

the principles of natural law can – based on the ZNPP – be a subsidiary source of law in the Republic of Croatia.

### 3.2. Natural law rules of *ius commune* as a source of the law valid on April 6th 1941 on the Croatian territories belonging to the former Hungarian legal area

It should, however, be emphasised that the ABGB did not regulate private law order on the entire territory of the present-day Republic of Croatia on April 6th 1941. In certain areas, to be more precise in Međimurje (Muraköz) and Baranja (Baranya), the Hungarian private law was in force at that time<sup>28</sup>, based on Werbözy's *Tripartitum* from 1514, as well as on the numerous later regulations that together formed the *Corpus iuris Hungarici*, as a collection of the entire Hungarian law.<sup>29</sup> In the time of socialist Yugoslavia, owing to the acceptance of the legal-political principle of “the unity of law”<sup>30</sup>, individual segments of Hungarian private law were applied as subsidiary law on the entire Croatian territory until the independence of the Republic of Croatia in 1991. Following Croatian independence, the judicial practice – based on the ZNPP – continued to apply certain rules of Hungarian private law as the subsidiary law (e.g. in the area of land-registry law), still using the principle of “the unity of law” as the relevant criterion.<sup>31</sup> In this context, it is interesting to note that the Republic of Croatia is the only state in which it is still possible to apply the *Corpus iuris Hungarici*, since private law regulations contained in the collection in question were derogated long ago in Hungary and Slovakia by the civil codes passed after World War II.<sup>32</sup>

Where lies the connection between the fact that the old Hungarian law can still be applied as Croatian *ius in subsidio* and our quest of a legal basis for the applicability of the natural law rules of *ius commune* in present-day Croatia? Although Hungarian law resisted the direct reception of Roman law for several centuries<sup>33</sup>, the

<sup>28</sup> On the six different legal areas in interwar Kingdom of Yugoslavia, see Giannantonio BENACCHIO: *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud*. Padova, CEDAM, 1995. 126 sqq.

<sup>29</sup> On the origin, significance and structure of the *Corpus iuris Hungarici* see Mihajlo LANOVIĆ: *Privatno pravo Tripartita* [Private Law of Tripartitum]. Zagreb, Tipografija, 1929. 93 sqq; generally about the sources of Hungarian private law applied in certain areas of interwar Yugoslavia, see e.g. Ivo MILIĆ: *Pregled mađarskog privatnog prava u poredjenju sa austrijskim građanskim zakonikom* [A Survey of Hungarian Private Law in Comparison with the Austrian Civil Code]. Subotica, Samozal, 1921. 7 sqq.

<sup>30</sup> On the principle of “the unity of law”, see Nikola GAVELLA: *Građansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalno-europski pravni krug* [Civil Law in Croatia and Continental European Legal Family]. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* [Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb], 1993/43. 358 sq.

<sup>31</sup> See Tatjana JOSIPOVIĆ in: GAVELLA ET AL. (1994) op. cit. 130. n. 354.

<sup>32</sup> Civil code was passed in Hungary in 1959, and in the Czechoslovakia in 1950; cf. Gábor HAMZA: *Die Entwicklung des Privatrechts auf römisch-rechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*. Budapest, Andrassy Gyula Deutschsprachige Universität, 2002. 139 sqq; 184.

<sup>33</sup> On the reasons for resisting the reception of Roman Law in Hungary, see e.g. Imre ZAJTAY: *Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois*. In: *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria*



Hungarian judicial practice and doctrine has from the second half of the 19<sup>th</sup> century onwards – due to the withering away of the feudal relations and consecutive failed attempts to pass a modern national civil code<sup>34</sup> – gradually elevated *ius commune*, including its natural law elements, to the level of a subsidiary source of law.<sup>35</sup> The Croatian doctrine between the two World Wars also supported the understanding that *ius commune* is a subsidiary source of Hungarian private law, and should be emphasised in the context of determining the scope of the possible application of the natural law rules of *ius commune* in the Republic of Croatia today. Thus, for example, Ivo Milić resolutely emphasises in the very beginning of his work *A Survey of Hungarian Private Law in comparison with the Austrian Civil Code* that where “[...] there are no positive regulations, the principles of *ius commune*, i.e. pandect law should be applied without hesitation, as they formed the basis of the Austrian civil code and [...] Hungarian private law”.<sup>36</sup> Such a situation with regard to the legal sources of the Hungarian private law did not change until April 6th 1941.

Within this context, it is also important to note that *Corpus iuris Hungarici* contained as its part the final title of the last book of Justinian’s *Digesta* (D. 50, 17), which is entitled *De diversis regulis iuris antiqui*. This title, undoubtedly one of the most significant parts of Justinian’s codification, contains 211 short fragments by Roman lawyers, summarising in the form of *regulae* the basic Roman legal principles on which the subsequent European legal culture and European private law systems were based to a large extent.<sup>37</sup>

---

*di Paolo Koschaker, Vol. II.* Milano, Giuffrè, 1954. 183 sqq.; György BÓNIS: Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn. *Ius romanum medii aevi*, Pars V, 10, Mediolani, 1964, 1 sqq., napose 111 sqq.; András FÖLDI: Living Institutions of Roman Law in Hungarian Civil Law. *Helikon*, 1988/28. 364 sqq.

<sup>34</sup> On various attempts, proposals and drafts of the codification of civil law in Hungary in the 19<sup>th</sup> century and the first half of the 20<sup>th</sup> century, see e.g. János ZLINSZKY: Die historische Rechtsschule und die Gestaltung des ungarischen Privatrechts im 19. Jahrhundert. In: *Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii. Acta universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica, Tomus XXXIII., Fasciculus 1-31 (1985)*. 433 sqq.; cf. Ernst HEYMANN: Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1917. 9 sqq.; HAMZA (2002) op. cit. 135 sqq.

<sup>35</sup> On the gradual acceptance of *ius commune* as subsidiary law in the Hungarian private law system, see e.g. Gábor HAMZA: Sviluppo del diritto privato ungherese e il diritto romano. In: *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*. Napoli, Jovene, 2001. 357 sqq.; cf. HEYMANN (1917) op. cit. 12 sqq; FÖLDI (1988) op. cit. 366 sq.; HAMZA (2002) op. cit. 134 sq.

<sup>36</sup> Quoted MILIĆ (1921) op. cit. 1; on the life and work of Ivo Milić (1881-1957), professor of Roman Law, Private International Law and Civil Procedural Law at the Faculties of Law in Subotica and Zagreb, see Magdalena Apostolova MARŠAVELSKI: Rimsko i pandektno pravo na Pravnom fakultetu u Zagrebu [Roman and Pandect Law at the Law Faculty in Zagreb]. In: Zeljko PAVIĆ (ed.): *Pravni fakultet u Zagrebu II* [Law Faculty in Zagreb II]. Zagreb, 1996. 237.

<sup>37</sup> On the title *De diversis regulis antiqui*, its structure, contents and significance in the European legal tradition, see amplius Peter STEIN: The Digest Title, *De diversis regulis iuris antiqui* and the General Principles of Law. In: Ralph A. NEWMAN (ed.): *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianapolis–New York, The Bobbs-Merrill Co. Inc. 1962. 1 sqq., with instructions for further reading.

It is particularly interesting to note that *Digesta* 50, 17 also includes certain fundamental natural law principles, e.g. *secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda* (D. 50, 17, 10); *quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (D. 50, 17, 32); *quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* (D. 50, 17, 188, 1) or *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento iniuria fieri locupletiozem* (D. 50, 17, 206).<sup>38</sup>

The aforementioned title of the *Digesta* was included in the very first edition of *Corpus iuris Hungarici* from 1581 by its editor, Hungarian humanist *Iohannes Sambucus* (János Zsámboki)<sup>39</sup>, and thus the legal rules contained in it became a source of law in the Lands of the Crown of Saint Stephen. The rules in question continued to be an integral part of the Hungarian private law for centuries.<sup>40</sup> They were also undisputedly a source of law on April 6th 1941 on the Croatian territories belonging to the former Hungarian legal area (Međimurje, Baranja). Therefore we believe that they should be also treated as potential subsidiary law in the Republic of Croatia in the sense of norms of the ZNPP, including its natural law aspects.

Having in mind all of these facts, it can be concluded that the natural law rules of *ius commune* – under conditions determined by the ZNPP – could be applied as a source of contemporary law in the Republic of Croatia through two different “channels”. Firstly, the *ius commune* rules that contain the principles of natural law are applicable based on § 7 ABGB. Secondly, owing to the fact that *ius commune* was a source of private law on April 6th 1941 in the former Hungarian legal area of Croatia, the entire corpus of the natural law rules of *ius commune* – including the *Digesta* 50,17 – can represent a potential source of contemporary Croatian law.

#### IV. Concluding remarks

Based on the conducted analysis, it seems that sufficient arguments were presented to support the statement that the natural law rules of *ius commune*, according to the provisions of the ZNPP, can have the status of a source of contemporary Croatian law.

Even though, in a formal sense, these rules only have the status of a subsidiary source of law, in terms of their content they can be of fundamental importance for the contemporary legal system, as a series of these rules contain the fundamental natural law principles on which a range of the most important legal institutes are founded. Thus, for example, the *superficies solo credit* rule as a basic principle of the Croatian real property law is relevant for the legal regulation of almost all institutes of the contemporary real property law, including those that did not originate under the Roman legal tradition (e.g. floor ownership, land-registry books etc.).<sup>41</sup>

<sup>38</sup> On the natural law character of these rules contained in *Digesta* 50,17 see e.g. WALDSTEIN (1976) op. cit. 86 sqq.; Wolfgang WALDSTEIN: *Saggi sul diritto non scritto*. Padova, CEDAM, 2002. 67 sqq.

<sup>39</sup> See Mihály MORA: Über den Unterricht des römischen Rechtes in Ungarn in den letzten hundert Jahren. *Revue internationale des droit de l'antiquité (RIDA)* 1964/11. 413.; HAMZA (2002) op. cit. 133.

<sup>40</sup> Cf. LANOVIĆ (1929) op. cit. 96.

<sup>41</sup> On the *superficies solo credit* rule cf. supra under 2.

Therefore the reception of the *ius commune* rules as a subsidiary law by the judicial practice and legal doctrine could contribute to a relevant extent to a correct interpretation and application of contemporary legal regulations, and the legal practice could directly apply the natural law principles contained in these rules to a much larger and more precisely defined extent than it was the case so far, especially in the situations where there is a need to fill in the legal gaps or provide a more precise interpretation of the existing legal norms<sup>42</sup>.

Taking the comparative law perspective, it should be pointed out that such an application of *ius commune*, including its natural law aspects, represents by no means a *unicum* in the European or global context. Indeed, today *ius commune* represents a subsidiary source of law in a dozen European and non-European countries, and judicial practice in these countries often bases its decisions directly on the sources of that law, starting from Justinian's codification<sup>43</sup>. Additionally, in the countries in which *ius commune* no longer represents a source of positive law, the judicial practice frequently refers to the numerous *ius commune* rules, including the natural law ones, particularly in the meaning of legal principles<sup>44</sup>. In the aforementioned context, it is particularly interesting to point out that the EU judicial bodies, as well as

<sup>42</sup> Generally on the significance of the *ius commune* rules that incorporate the general principles of law see the literature mentioned under supra n. 20.

<sup>43</sup> Thus with regard to the European countries, *ius commune* is a subsidiary source of positive private law in individual parts of the United Kingdom (Scotland, Channel Islands), Malta, San Marino, Andorra, and in a strictly limited scope in Spain and Germany. With regard to non-European countries, *ius commune* is *in subsidio* applied in the entire area of South Africa (South African Republic, Zimbabwe, Botswana, Lesotho, Swaziland, Namibia), as well as in Sri Lanka and Guiana; on *ius commune* as a contemporary positive law in the form of a survey according to individual countries of the world see Jeroen CHORUS: *Römisches Recht auf dem Südpol und anderswo*. In: Johannes Emil SPRUIT: (ed.): *Coniectanea Neerlandica Iuris Romani. Inleidende Opstellen over Romeins Recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974. 139 sqq.; see also EVANS-JONES (ed.): *The Civil Law Tradition in Scotland*. Edinburgh, The Stair Society, 1995. (for Scotland); Willem ZWALVE: *Snell v. Beadle*. The Privy Council on Roman law, Norman customary law and the *ius commune*. In: Luuk DE LIGT (ed.): *Viva vox iuris romani. Essays in honour of J.E. Spruit*. Amsterdam, Gieben, 2002. 379 sqq. (for Channel Islands); Michaela REINKENHOF: *Die Anwendung von ius commune in der Republik San Marino. Einführung in die Grundlagen und Erbrecht*. Berlin, Duncker & Humblot, 1997. (for San Marino); Fernando Reinoso BARBERO: *España y el derecho romano actual. Labeo. Rassegna di diritto romano*, 1986/32. 310 sqq. (for Spain); Max KASER – Rolf KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*. München, Beck, 2003. 14 sqq. (for Germany); Reinhard ZIMMERMANN: *Das römisch-holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983. (for South Africa); Marleen VAN DEN HORST: *The Roman-Dutch Law in Sri Lanka*. Amsterdam, Free University Press, 1985. (for Sri Lanka); Jan SMITS: *The Making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*. Antwerp–Oxford–New York, Intersentia, 2002. 139. (for Guiana).

<sup>44</sup> See e.g. Jean CARBONNIER: *Usus hodiernus Pandectarum*. In: *Festschrift für I. Zajtay*. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982. 107 sqq. (for France); G. MICALI: *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione. Giurisprudenza it.*, 145, Parte IV (1993) 489 sqq. (for Italy); Witold WOŁODKIEWICZ: *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* Kraków, Zakamycze, 2003. (for Poland); cf. Samuel ASTORINO: *Roman Law in American Law: Twentieth Century Cases of the Supreme Court. Duquesne Law Review*, 2001–2002/40. 627 sqq. (for the USA).

international courts, have directly referred to the legal principles of *ius commune*, not excluding the natural law ones, in a relevant number of their cases<sup>45</sup>. Therefore it is indisputable that the Croatian legal practice can also creatively use the *ius commune* rules in concrete cases, especially those natural law rules that contain general legal principles, by the application of § 7 ABGB or the *Digesta* 50,17 in the sense of norms of the ZNPP.

Proceeding from the fact that the *ius commune* rules formulated as the Latin legal maxims represent a traditional concise expression of the very essence of the European legal tradition and culture<sup>46</sup>, a final question arises: to what an extent could their more extensive application, including its natural law aspects, contribute to a further Europeanization of the Croatian legal system? In the recent detailed analyses of the application of the *ius commune* rules by the judicial bodies of the European Union, both in the cases of the existence of legal gaps in the European legal order, as well as with the aim of providing a more precise interpretation of its existing legal norms, it is particularly emphasised that a systematic application of those rules as general legal principles common to all national European legal systems that belong to the *ius commune* tradition represents, together with the different types of legislative acts, one of the ways to further harmonisation and/or unification of the European legal area<sup>47</sup>.

In our view, one of the possible ways to improve the process of Europeanization of the national law systems is to recognize the harmonising effect of natural law rules of *ius commune* which are to be found in the judicial acts of the European Court of Justice or the European Court of Human Rights (e.g. *accessorium sequitur*

<sup>45</sup> On the application of the Roman legal rules or *ius commune* rules and the legal principles contained in them by the judicial bodies of the EU see amplius ROLF KNÜTEL: *Ius commune* und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union. *Juristische Schulung*, 1996/9. 768 sqq.; J. Michael RAINER: Il Diritto romano nelle sentenze delle Corti europee. In: Danilo CASTELLANO (ed.): *L'anima europea dell'Europa*. Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2002. 45 sqq.; FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law. *European Review of Private Law*, 2004/3. 347 sqq.; on the application of these rules by international courts see e.g. Randal LESAFFER: Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription. *European Journal of International Law*, 2005/16. 25 sqq.; cf. Christian BALDUS: *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft: zur Rezeptionsfähigkeit römischen Denkens*. Frankfurt a. M., Peter Lang, 2000.

<sup>46</sup> Cf. KRANJC (1998) op. cit. 5.; WACKE (1999) op. cit. 174 sqq.

<sup>47</sup> See e.g. KNÜTEL (1996) op. cit. 768 sqq.; RAINER (2002) op. cit. 45 sqq.; SANTOS (2004) op. cit. 347 sqq., which papers provide further analyses of the individual cases in which the *ius commune* rules were applied in the judicial practice of the EU; cf. also WACKE (1999) op. cit. 174 sqq., who particularly emphasises the role of Latin legal maxims and the legal principles contained in them in the process of the Europeanization of private law.

*principale*<sup>48</sup>; *mater semper certa*<sup>49</sup>; *neminem laedere*<sup>50</sup>; *superficies solo cedit*<sup>51</sup>; *ubi commoda ibi incommoda*<sup>52</sup> etc.) and to use them systematically in the national judicial practice. Such an approach could prove *in concreto* that there is “[...] ein Naturrecht, das die Rechtserfahrungen aller Kulturvölker sammelt, die Europa aufbauen geholfen haben”.<sup>53</sup>

Therefore a possible wider scope of the application of the natural law rules of *ius commune* in the Croatian judicial practice would not simply represent a nostalgic quest for the hidden treasure of the European legal tradition, but a part of a long-term creative effort for the Europeanization of the contemporary legal orders on firm foundations of the common legal culture.

<sup>48</sup> See e.g. judgment of the Court of Justice, Case C-6/01; on the natural law character of the *accessorium sequitur principale* rule, originally contained in Ulp. D. 34, 2, 19, 13, see WALDSTEIN (1983) op. cit. 245 sq.

<sup>49</sup> See e.g. judgment of the European Court of Human Rights, Case *Johnston and others v. Ireland*, No. 9697/82; judgment of the European Court of Human Rights, Case *Kearns v. France*, No. 35991/04; on the *mater semper certa* rule cf. supra under 2.

<sup>50</sup> See e.g. opinion of Mr Advocate General Tesauo, joined cases C-46/93 and C-48/93; Opinion of Mr Advocate General Trabucchi delivered on 3 April 1974, Case C-169/73; on the natural law character of the *neminem laedere* rule, originally contained in Ulp. D. 1, 1, 10, 1, cf. e.g. Wolfgang WALDSTEIN: *Teoria generale del diritto. Dall' antichità ad oggi*. Roma, Pontificia Università Lateranense, 2001. 88 sqq.

<sup>51</sup> See e.g. decision of the European Court of Human Rights, Case *Rogoziński and others v. Poland*, No. 13281/04; on the *superficies solo cedit* cf. supra under 2.

<sup>52</sup> See e.g. opinion of Advocate General Trstenjak, Case C-467/08; opinion of Mr Advocate General Saggio, Case C-89/96; opinion of Mr Advocate General Mancini, Case C-316/86; on the *ubi commoda ibi incommoda* rule cf. supra under 3.2.

<sup>53</sup> Cit. Paul KOSCHAKER: *Europa und das Römische Recht*. München–Berlin, Beck, 1958. 346; cf. Wolfgang WALDSTEIN: Über das Wesen der römischen Rechtswissenschaft. *Juristische Blätter*, 1966/88. 11.



## DER UNTERRICHT IM NATURRECHT UND SEIN ZWECK IN DER HABSBURGERMONARCHIE

Wilhelm BRAUNEDER  
Universität Wien

Wegen der großen Bedeutung des Naturrechts für die Staats- und Rechtsordnung der Habsburgermonarchie kam etwa von 1750 bis 1850 dem Unterricht im Naturrecht besondere Bedeutung zu.

### 1. Lehrkanzeln für Naturrecht

Die erste Lehrkanzeln für Naturrecht an einer Universität der Habsburgermonarchie<sup>1</sup> wurde im damals österreichischen Freiburg/Breisgau im Jahre 1716 eingerichtet. Inhaber war Johann Sigmund Stapf, dessen „jus naturae et gentium“ 1735 in Mainz erschien. Nahezu zeitgleich erhielt die Universität Salzburg, damals nicht zur Habsburgermonarchie gehörig, 1718 eine Naturrechtslehrkanzeln, besetzt mit Franz Schmier. In der Habsburgermonarchie folgte nach Freiburg/Breisgau eine Naturrechtslehrkanzeln an der Universität Innsbruck 1733, besetzt mit Paul Joseph Riegger, die Universität Prag 1748 mit Johann Franz v. Bourguignon, die Universität Wien erst 1753. Hierher wurde Riegger aus Innsbruck berufen, ihm folgte Karl Anton v. Martini. Die Universität Graz schließlich erhielt 1778 eine Naturrechtslehrkanzeln, besetzt mit Franz Aloys Tiller.

Eine besonders hervorstechende Rolle kam trotz dieser Lehrkanzeln dem Naturrecht im Unterricht wohl kaum zu. So war an der Universität Salzburg der Lehrkanzelninhaber Schmier vor allem Kanonist, auch hatte die Wiener Lehrkanzeln nicht nur Naturrecht zu betreuen, sondern auch die römischrechtliche Institutionen-Vorlesung. Der Grazer Fachvertreter Tiller trat nicht etwa mit einer Naturrechtsdarstellung hervor, sondern mit seinem „System der bürgerlichen Rechtslehre“, die im Titel darauf hinweist, daß sie auf „dem samentlichen Römischen

---

<sup>1</sup> Zum Folgenden Wilhelm BRAUNEDER: Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgermonarchie. In: DERS: *Studien IV, Entwicklungen des Öffentlichen und Privatrechts*. Wien, Peter Lang, 2011. 153 ff.; zu den genannten Personen Wilhelm BRAUNEDER: *Juristen in Österreich*. Wien, Orac, 1987.

Rechte, mit Bezug auf die österreichischen Gesetze, sonderlich aber auf das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch“ (1787 – 1789) abgefaßt sei, wobei mit diesem das Teil-ABGB 1786 gemeint ist. In diesem Werk finden sich keinerlei Spuren des Naturrechts auch nicht, wie in späteren Darstellungen, zum Zweck der Gesetze oder den Auslegungsregeln.

## 2. Studienordnungen

Das eben skizzierte Bild bestätigen die Studienordnungen.<sup>2</sup> Von der Studienordnung 1774 bis hin zur Studienordnung 1811 war Naturrecht in dem in vier Jahrgänge gegliederten Studium der Rechtswissenschaften stets im ersten Jahrgang zu unterrichten, allerdings neben anderen Fächern oder gar mit solchen in Kombination: 1774 stand es neben der Geschichte des Römischen Rechts und den Institutionen, 1788/89 war es zu einem Fach vereint mit Allgemeinem Staatsrecht und Völkerrecht, das neben Strafrecht und Kirchengeschichte zu lehren war, 1790/91 wurde letztere durch deutsche Rechtsgeschichte ersetzt, diese dann 1805 durch eine europäische Staatenkunde, wobei es ab 1811 verblieb. Die österreichischen Universitäten hatten übrigens eine besondere, nämlich praktische Aufgabe zu erfüllen. Während, wie ein Gutachten ausführte, Göttingen „eine lehrende Akademie der Wissenschaft“ mit „Gelehrten von größtem Ruf“ sei, um den „Zulauf der Ausländer zu vergrößern“, sollten die österreichischen Universitäten einer „allgemeinen Nationalerziehung“ dienen, d. h. pflichtgetreue Bürger heranbilden sowie Beamte für die verschiedenen Verwaltungszweige wie auch „Männer für die Ratsstube“ und „für das Kabinett“, wozu eine Unterrichtung in den „vaterländischen, zum ganzen Plan der Staatsverfassung einstimmenden Grundsätzen und Gesinnungen“ gehöre. Dazu wurden auch als Lehr- und Lernunterlage bestimmte Bücher vorgeschrieben. Dies waren für das Naturrecht Martinis „Positiones de lege naturali“ (1762) sowie seine „Positiones de iure civitatis“ (1768) bzw. sodann statt diesen sein „Lehrbegriff des Naturrechts“ (1799).

An die Stelle des erstgenannten Titels trat ab 1805 Zeillers „Natürliches Privatrecht“ und blieb bis 1848 vorgeschrieben, ebenso der zweitgenannte Titel Martinis, der allerdings ab 1809/10 in der Bearbeitung durch Franz v. Egger vorlag. Einen besonderen Unterricht erhielten Mitglieder des Herrscherhauses, festgehalten in sogenannten Kronprinzenvorträgen. So hörte beispielweise Joseph II.<sup>3</sup> Erläuterungen zu folgenden Themen bzw. Feststellungen: „Freiheit des Willens“; die Überschrift „Aller Menschen Richtschnur“ ist in der Folge erläutert mit „ist die Vernunft“ sowie „oder das natürliche Gesetz“; weiters: „Die Pflichten der Menschen gegen sich selbst ... fließen aus einer vernünftigen Eigenliebe“; „Unsere Pflichten gegen andere gründen sich auf die natürliche Gleichheit“; „Die Menschen sind von Natur gesellig ... daher traten die Menschen bald in ... Gesellschaften“; „Von den äußerlichen Gebräuchen der Ehestiftung weiß das natürliche Recht ebenso wenig als

<sup>2</sup> Zum Folgenden BRAUNEDER (2011) op. cit. 154 f.

<sup>3</sup> Hermann CONRAD (Hrsg.): *Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias*. Köln, Westdeutscher Verlag, 1964. 151 ff., 192 ff.



von der Herrschaft des Mannes über das Weib.“ Naturrecht lag auch den Ausführungen über die Gesetzgebung zugrunde, wonach diese für die Untertanen verständlich sein sollte. Zufolge dieses Unterrichts bestimmten naturrechtliche Argumente tatsächlich Denkschriften von Joseph II. wie in einer von 1765 die Ablehnung der Adelsvorrechte und der Patrimonialgerichtsbarkeit und sein Eintreten für die „natürliche Gleichheit.“<sup>4</sup> Auch Franz v. Zeiller, einer der maßgeblichen Redaktoren insbesondere des ABGB 1811 und des Strafgesetzes 1803, erteilte derartigen Unterricht<sup>5</sup>.

### 3. Theoretische Positionen

Beachtenswert sind spezifische Lehrer-Schüler-Ketten der Naturrechtsvertreter<sup>6</sup>. So war Riegger der Lehrer Martinis, der auf dessen Empfehlung 1754 die Lehrkanzel für Naturrecht und Institutionen in Wien erhielt. Zu Martinis Schülern zählten vor allem Zeiller und Joseph von Sonnenfels, sodann Johann Bernhard von Horten, der den Codex-Theresianus-Entwurf entscheidend neu fasste (Entwurf Horten), weiters in der ABGB-Gesetzgebungskommission Joseph Froidevo und Franz v. Kees. Zeillers Schüler Franz v. Egger folgte diesem 1803 auf seine Lehrkanzel nach und, wie erwähnt, bearbeitete dessen Naturrechtsdarstellung.

Zu seiner Naturrechtsposition stellte Martini ausdrücklich fest<sup>7</sup> „in der Tat ist Wolffens Methode die schicklichste“. Wie dieser sah auch er den Staatszweck in der *salus publica*, folgerte aber daraus weitgehende, konkrete Befugnisse des Staates bis hin zur Überwachung der elterlichen Gewalt und des Gesindedienstverhältnisses.

Horten ermöglichte durch seine Umarbeitung des Codex Theresianus die ersten legislativen Ergebnisse im Zuge der Entwicklung der Zivilrechtskodifikation<sup>8</sup>, nämlich das Erbfolgepatent 1786 und vor allem das Teil-ABGB 1786. Martini baute seine Auffassung von der elterlichen Gewalt und des Gesindedienstvertrages in seinen Kodifikationsentwurf ein, nachdem letzterer bisher hier nur teilweise geregelt gewesen war.

Mit Wolff teilte Martini<sup>9</sup> die Ansicht, die „natürlichen Gesetze“ könnten auch durch die positive Gesetzgebung „nicht außer Übung kommen“, was sich gleichfalls im Entwurf Martini und sodann im GBGB niederschlug: „Diese Naturrechte bleiben unverändert auch im Kreise der bürgerlichen Gesellschaft“.

Martinis Ablehnung sowohl der Lehre von der „majestas personalis et realis“ und auch jener von der Volkssouveränität sowie weiters die Ansicht, der Staatsvertrag diene gleichzeitig als „Vereinigungs- (wie auch) als Unterwerfungsvertrag“ sah er

<sup>4</sup> Hans von VOLTELINE: Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrhunderts. *Historische Zeitschrift*, München, 105/1910. 71 f.

<sup>5</sup> Wolfgang WAGNER (Hrsg.): *Das Staatsrecht des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation*. Karlsruhe, C.F. Müller, 1968.

<sup>6</sup> BRAUNEDER (2011) op. cit. 156 f.

<sup>7</sup> Ibid. 156.

<sup>8</sup> Wilhelm BRAUNEDER: *Europäische Privatrechtsgeschichte*. Stuttgart, Böhlau, 2014. 115 f.

<sup>9</sup> BRAUNEDER (2011) op. cit. 157.

die Staatsgewalt allein im Monarchen verkörpert und folgerte daraus die Ablehnung mitregierender Landstände. Ablehnung fanden damit auch Krönung, Erbhuldigung und ähnliches Zeremoniell. Mit all dem fand die Zurückdrängung der Landstände in den deutschen Erbländern ihre theoretische Grundlage.

Zeiller<sup>10</sup> führte Martinis Naturrecht weiter fort. Für die Ansicht, er sei ein strikter Anhänger der Lehren von Emanuel Kant gewesen, gibt es keine direkten Belege. In seinem „Natürlichen Privat-Recht“ zitiert er Kant nur äußerst selten, gar nicht im Abschnitt über die „angeborenen Rechte“, hier aber sehr wohl 13 (!) andere Autoren. Zeillers „Natürliches Privatrecht“ erlebte drei Auflagen, 1802, 1805 und 1819. Es begleiteten diese seine Arbeiten an den Kodifikationen, auf die sie auch Einfluß hatten (s. u. IV.). Aus gleichem Grund verdient besondere Aufmerksamkeit seine Gesetzgebungslehre, die er allerdings nicht in einer eigenen Publikation, sondern in Stellungnahmen zu den ABGB-Arbeiten und in seinem ABGB-Kommentar niederlegte. Den naturrechtlichen Gehalt beschrieb Zeiller ferner in seinem sogenannten „Zweiten Kommentar“, unter dem Titel „Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ von 1816 bis 1820.<sup>11</sup>

Den Niederschlag naturrechtlichen Denkens zeigt sich sehr schön in einem Gedicht von Johann Wilhelm Ludwig Gleim, das Wolfgang Amadeus Mozart 1788 als „Deutscher Kriegsgesang“ (KV 539) mit dem Titel „Ich möchte wohl der Kaiser sein“ vertonte.<sup>12</sup> Hier ist mehrfach beschrieben, was dieses „Ich“ als Kaiser unternehmen würde, etwa die Eroberung von Konstantinopel, auch die Förderung der Dichtkunst („Die goldenen Zeiten führt ich ein“). In der letzten Strophe zeigt sich dieses „Ich“ aber völlig konzessionsbereit, wenngleich unter Bedingungen: „Ich möchte wohl der Kaiser sein,/wenn aber Joseph meinen Willen,/bei seinem Leben will er füllen,/und sich darauf die Weisen freuen./so mag er immer Kaiser sein“! Der Herrscher, hier Joseph II., ist also nicht als Autokrat verstanden, der seinen beliebigen Willen durchsetzen darf, sondern als Vollstrecker des Willens der Allgemeinheit. Derartige Gedankengänge entsprachen der damaligen – naturrechtlich beeinflussten – Staatsrechtslehre.<sup>13</sup> Etwa die von Ludwig August Hartberg in seinem Buchtitel gestellte Frage „Das zweite Mal: was ist der Staat?“ (Wien 1783) beantwortet er mit der Definition „Gesellschaft vieler Familien ... unter der Leitung eines einzigen Führer(s).“ Dies entsprach nach Gottfried Achenwalls Buchtitel jeder „Staatsverfassung der heutigen vornehmsten Europäischen Reiche und Völker“ (1790). In seinem „Österreichischen Staatsrecht“ stellte Anton Wilhelm Gustermann 1793 fest, das Staatsrecht sei „ein Inbegriff der Verbindlichkeiten und Rechte, welche Bürgern in Rücksicht auf die Verfassung und Regierung der

<sup>10</sup> Zum Folgenden Wilhelm BRAUNEDER: *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch I*. Berlin, Duncker & Humblot, 2014. 72.

<sup>11</sup> Wilhelm BRAUNEDER – Elisabeth BERGER (Hrsg.): *Abhandlungen über die Principien des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*. Innsbruck, Berenkamp, 2. Auflage, 2011.

<sup>12</sup> Wilhelm BRAUNEDER: Kaiser Joseph II. bei Mozart und Beethoven. In: BRAUNEDER (2011) op. cit. 182 ff.

<sup>13</sup> Wilhelm BRAUNEDER: Die Habsburgermonarchie als zusammengesetzter Staat. In: BRAUNEDER (2011) op. cit. 144 ff.; BRAUNEDER (2011) op. cit. 160 f.

bürgerlichen Gesellschaft zukommen“; dies führte er auf Martini zurück, wie weiters auch „das natürliche, allgemeine Staatsrecht“. Ähnlich wie bei Gustermann verwendet auch Zeiller die naturrechtliche Vertragssicht von Staat und Verfassung dafür, die Habsburgermonarchie als einen einzigen Staat anzusehen.

#### 4. Praktische Auswirkungen

Nach einem frühen Titel von Sonnenfels aus 1771 gelte es die „Liebe des Vaterlandes“ zu erwecken, und zwar mittels guter und einheitlicher Gesetze. Hier liegt auch der Schwerpunkt des Nutzens des Naturrechts und der Zweck seines Unterrichts. Es ist dies die Organisation der Rechtsordnung insgesamt<sup>14</sup>, und zwar durch zweierlei. Erstens sollten die natürlichen, d. h. vernunftmäßigen und daher ewig gültigen Rechtssätze in Kodifikationen festgelegt werden, nämlich das Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, das Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie in einem Politischen Kodex das Verwaltungs- und allenfalls auch Verfassungsrecht. Dieser kam so nicht zustande, erstere aber sehr wohl insbesondere mit dem ABGB 1811 und dem Strafgesetz 1803. Gerade das ABGB galt als ein „Fundamentalgesetz“, nämlich für weitere, ausführende Bestimmungen.<sup>15</sup> In derartige Einzelgesetze aufzunehmen war zweitens, im Unterschied zu den Kodifikationen, das wandelbare oder das regional unterschiedliche Recht wie etwa das bäuerliche Erbrecht und das Gesinderecht.

Am Anfang der ABGB-Arbeiten standen sogenannte „Kompilationsgrundsätze“, die eindeutig naturrechtlich bestimmt waren: Es sollte, kurz skizziert, den Länderrechten im Wege der Induktion das Natürlich-gemeinsame abgefolgert werden, Lücken waren durch Naturrecht im Wege der Deduktion aus Vernunftprinzipien, auch unter zu Hilfenahme anderer Rechte, darunter das Gemeine Recht, zu schließen. Dies geschah auch im Wesentlichen bis hin zum ABGB 1811, allerdings doch mit einem Vorrang des Gemeinen Rechts. Durch logische Operationen verringerte sich der Umfang zusehends bis schließlich zu 25 % des Ausgangstextes.

Nachdem das GBGB als „Urentwurf“ für das ABGB noch einen umfangreichen naturrechtlichen Grundrechtskatalog enthalten hatte, verblieben im ABGB nur wenige, allerdings sehr wesentliche naturrechtliche Grundbestimmungen. Gemäß § 17 bleiben die „angeborenen natürlichen Rechte“ aufrecht, soweit sie nicht beschränkt werden; logischerweise war daher nach § 7 eine Lücke – eben mangels derartiger Beschränkung – letztlich nach den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ zu füllen. Naturrecht schlug sich aber auch außerhalb der Kodifikationen nieder. So werden 1785 die Polizeibehörden ausdrücklich angewiesen, die „bürgerliche Freiheit“ zu respektieren, 1791 ergeht eine Art Habeas-Corpus-Verordnung, deren Befolgung 1793 eingeschränkt wird.<sup>16</sup> Es war auch bei Gefangenen die „für Freiheit, Ehre und Gut neuerlich eingeführte Vorsicht genau einzuhalten!“

<sup>14</sup> BRAUNEDER (2011) op. cit. 161 ff., 165 ff.

<sup>15</sup> Dazu und das Folgende Wilhelm BRAUNEDER: wie BRAUNEDER-BERGER (2011) op. cit. XXX ff.

<sup>16</sup> Nachweise bei BRAUNEDER (2011) op. cit. 165.

Vor allem aus diesen Gründen der weiteren Anwendung des Naturrechts mußte dieses, wie oben (II.) beschrieben, im Zuge des rechtswissenschaftlichen Studiums weiterhin unterrichtet werden. Wohl auch aus diesem dem Naturrecht verpflichteten Grund schrieb Zeiller seinen oben (bei Fn. 14) erwähnten sogenannten „Zweiten Kommentar“.

## 5. Ausblick

Das Ende des naturrechtlichen Universitätsunterrichts hängt mit einem Methodenwandel der Privatrechtswissenschaft zusammen.<sup>17</sup> In den 1840er Jahren unterlag Österreichs jüngere Juristengeneration zunehmend der Faszination der Historischen Rechtsschule. Um 1845 entstanden erste juristische Abhandlungen in ihrem Geiste wie etwa 1843 von Johann Perthaler „Recht und Geschichte. Zur enzyklopädischen Einleitung in das Studium der juridisch-politischen Wissenschaften“, der im Jahr davor an seinen Vater geschrieben hatte, nun „studiere ich Rechtsgeschichte“ und weiters: „Allen anderen Plunder, vor allem die mir verhassten Erläuterungen [des ABGB] habe ich dem Kuckuck übergeben.“<sup>18</sup> Der erste Lehrkanzelinhaber für Rechtsgeschichte, Emil Franz Rössler, veröffentlichte 1847 „Über die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechts in Österreich“. Bewußt wurde nun durch eine entsprechende Universitätspolitik die bisherige exegetisch-naturrechtliche Richtung durch die Historische Rechtsschule verdrängt. Die Studienordnung von 1855 setzte daher an die Stelle des Unterrichts im Naturrecht den der rechtshistorischen Fächer.

---

<sup>17</sup> Vgl. BRAUNEDER (2014) op. cit. 138.

<sup>18</sup> Zum Folgenden grundsätzlich Wilhelm BRAUNEDER: *Leseverein und Rechtskultur*. Wien, Manz, 1992. 154., 283.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE JAVIER HERVADA

Maricruz DÍAZ DE TERÁN  
Universidad de Navarra

“El derecho se asienta en la condición de la persona y en la razón; es independiente de la fuerza o de la debilidad, es igual en el poderoso que en el débil.”

J. HERVADA: *Introducción crítica el Derecho natural*. EUNSA, 68.

**Sumario.** 1. Un análisis de la justicia y lo justo. 1.1. El punto de partida. 2. La fórmula “dar a cada uno lo suyo”. 2.1. ¿Qué significa y cómo catalogar el acto de “dar”? 2.2. La expresión “a cada uno”. 2.3. La expresión “lo suyo”. 3. El Derecho como lo justo: el título, el fundamento y la medida. 4. Justicia y persona. 5. Conclusión.

Una de las características del pensamiento jurídico contemporáneo es la proliferación de corrientes de pensamiento que gravitan en torno a la relación entre el derecho y la justicia.<sup>1</sup> Se trata, por un lado, de un tema especialmente conflictivo, y en el que resulta difícil llegar a cierta confluencia de puntos de vista. Entre los motivos de esta situación, está la multiplicidad de significados que se atribuyen al término *derecho*. Esta situación, como es bien conocido, comenzó, principalmente, a partir de la Edad Moderna.<sup>2</sup> Ello ha determinado que la pregunta sobre el *quid ius* siga siendo una de las cuestiones más controvertidas y que, como afirma C. S. Nino, “es quizás la que

<sup>1</sup> Una buena síntesis de las “Teorías de la justicia” contemporáneas puede encontrarse en Francisco CARPINTERO: Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural? *Persona y Derecho* 67/2, (2012) 315–352.

<sup>2</sup> Cfr. Javier HERVADA: *Historia del la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona, Eunsa, 1ª ed. 1987, 3ª ed. 1996. 249 y ss. También, Cfr. J.J. MEGÍAS: El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos. In: Francisco CARPINTERO Y OTROS: *El derecho subjetivo en su historia*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2004. 17–34.

mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas”.<sup>3</sup>

En este contexto, resulta interesante reconocer la labor llevada a cabo por Javier Hervada. Este autor ha recuperado el significado clásico del término *derecho*, partiendo de la tradición del iusnaturalismo clásico de corte aristotélico-tomista, y añadiendo sus aportaciones originales. En este contexto, el objetivo principal de estas páginas es contribuir al debate actual sobre la relación entre el derecho y la justicia, desde la contribución del profesor Hervada.

Evidentemente, dada la amplitud de la producción hervadiana me voy a limitar a una de sus obras dedicadas al derecho natural, su *Introducción crítica al derecho natural*<sup>4</sup>, tratando de exponer en qué consiste, para el profesor español, la esencia del Derecho.

## 1. Un análisis de la justicia y lo justo

### 1.1. El punto de partida

Como es sabido, el término *derecho* no es un concepto unívoco sino que admite varios significados.<sup>5</sup> Puede entenderse como ley o norma (derecho objetivo en la terminología actual), como facultad moral de obrar o exigir (derecho subjetivo) o como lo justo (el derecho en sentido realista clásico, el objeto de la justicia).<sup>6</sup> De entre estos significados, Hervada opta por el tercero, en el contexto de la visión iusnaturalista clásica, que entiende el derecho como un arte, el arte o ciencia práctica de lo justo: *iusti atque iniusti scientia*, el arte o ciencia práctica de lo justo, que tiene la finalidad de “decir lo justo”. Y *lo justo* se entiende aquí a la luz de “una noción precisa de justicia, invariada a lo largo de los siglos”<sup>7</sup>: la virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo: *ius suum cuique tribuere*.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Astrea 2ª ed., 1998. 11.

<sup>4</sup> Javier HERVADA: *Introducción crítica al derecho natura*. Pamplona, Eunsa, 1ª ed. 1981, 10ª ed. 2010. citada, en adelante, como ICDN.

<sup>5</sup> Desde un punto de vista etimológico, fue el término *directum* –y no el más conocido *ius*– el que más tarde dio origen a la palabra *derecho*. A pesar de la consolidación definitiva de *directum*, no fue, sin embargo, el término más característico de la tradición jurídica romana, sino, más bien, del lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana. Fue el reflejo de una idea moralizante: la conducta justa de una persona era aquella que seguía el camino recto. Cfr. Alvaro D’ORS: *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, Eunsa, 1975. 28.

<sup>6</sup> El término *ius*, utilizado por los clásicos y que hoy traducimos también como *derecho*, fue el propiamente romano. Era entendido como *lo justo*, bien referido a la misma cosa justa, bien –muy en segundo lugar– al orden judicial socialmente admitido y formulado por los que sabían de lo justo (los *iuris prudentes*)

<sup>7</sup> ICDN 12.

<sup>8</sup> Ulpiano, *Digesto*, 1, 1, 10. Desde este enfoque, resulta obvio, como resalta C. Orrego “que el derecho como arte, con una precisa función social, no se comprende desligado de la comprensión de la justicia, tesis que pone en jaque desde el comienzo toda la concepción de la ciencia del derecho como aséptica o no valorativa”. Cristóbal ORREGO: *Aciertos y certidumbres. Persona y Derecho* 40, (1999) 115. Esta idea es fundamental para entender todo el pensamiento hervadiano. También tiene presente esta

Para exponer con precisión esta fórmula, Hervada comienza explicando que la justicia se presenta, desde la perspectiva clásica, siempre como una virtud, como un hábito bueno (dar a cada uno lo que es suyo). Es decir, la virtud de la justicia será esa inclinación o disposición que puede tener la persona humana, a dar siempre lo que corresponde a los demás, a cada uno de ellos.<sup>9</sup> Se podría decir, por tanto, que se trata de una virtud de la voluntad, que mueve en una determinada dirección a su titular, y lo mueve en todo aquello que está relacionado con dar lo justo – el *ius*. De ahí que se denomine *iustitia*.<sup>10</sup>

Una primera aproximación a esta fórmula ya nos pone de manifiesto que no se puede dar a cada uno lo que le corresponde si previamente no sabemos qué es lo que le corresponde. Por ello, la justicia necesita que antes conozcamos qué es de cada uno. Esto nos conduce, a su vez, a aceptar que hay *algo* previo a la justicia que condiciona que esto es mío o tuyo o suyo. Éste es, precisamente, el punto de partida de Hervada, basado, no solo en la concepción realista clásica del derecho, sino también en la observación de la realidad.<sup>11</sup> En concreto, su argumentación pivota sobre tres pilares, a saber: a) que las cosas están repartidas o atribuidas a alguien, es decir, son suyas de alguien; b) que los seres humanos establecen relaciones a través de las cuales esas cosas pueden estar en poder de otros o ser atacadas y dañadas; c) que resulta necesario y bueno para la convivencia pacífica que se respeten esas cosas o se restituyan.<sup>12</sup>

Efectivamente, para Hervada, la justicia necesita que previamente se hayan repartido y atribuido los bienes existentes, de modo que, si no existe tal atribución, resulta imposible dar a cada uno lo suyo. Lo que de ningún modo se podría afirmar, señala Hervada, es que la justicia atribuya a cada uno lo suyo.<sup>13</sup> Por esta razón, argumenta el profesor, se puede sostener que el acto de justicia – el acto justo – es un acto segundo, porque precisa de un acto primero, que es el de atribución, el que hace nacer un título en favor de una persona concreta, a la que habrá que dar lo suyo en razón de ese título. Sin ese acto primero, que es de “dominio”, de poder legítimo, con el que se constituye realmente cada *ius*, no podría haber subsiguientes actos de justicia. Es decir, “la justicia sigue al derecho”, de modo que se convierte en la virtud de cumplir y acatar el derecho, no de darle origen.<sup>14</sup>

---

relación entre derecho y justicia, entre otros, John Finnis (Cfr. John FINNIS: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1992. 3–22).

<sup>9</sup> Cfr. ICDN 20.

<sup>10</sup> Santo Tomás la definió, recogiendo la tradición romanista, como “el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho” (*Summ. Th.* II-II, q. 58, a. 1).

<sup>11</sup> Así aparece en la explicación embrionaria de Aristóteles, en el quehacer práctico de los juristas romanos y –aunque con algunas excepciones desde el siglo XVI– en los juristas hasta el siglo XIX. Cfr. ICDN 18.

<sup>12</sup> ICDN 23–30.

<sup>13</sup> “Si el acto de la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en darle su derecho, es evidente que la justicia sólo podrá ejercerse allí donde los sujetos tengan cosas suyas. La justicia *no atribuye las cosas*, sino que sigue al hecho de que *ya están atribuidas*”. ICDN 24. En cursiva en el original.

<sup>14</sup> ICDN 25.

Según lo dicho, si la justicia sigue al derecho, el derecho siempre debería ser justo. Sin embargo, observa Hervada que no siempre es así. Ciertamente, a veces, cuando valoramos una norma jurídica, la calificamos de injusta. Pero, si hemos indicado que el derecho es previo a la justicia, ¿cuál es el criterio que nos permite calificar una norma de “injusta”? Parecería, en efecto, “que la justicia es anterior al Derecho, de manera que la justicia sería un criterio anterior y superior por el que se valoraría el derecho positivo. Es más, la justicia sería la virtud de la que nacería el derecho justo. Sólo así tendría sentido hablar de derecho justo e injusto. Pues bien, de esta idea tan enraizada es preciso decir que – siendo aceptable en el ámbito vulgar – es insostenible con riguroso criterio científico”.<sup>15</sup> Con otras palabras, como Hervada pone de manifiesto, sólo es aceptable hablar de derecho justo o injusto y considerar la justicia como algo “previo” al derecho cuando con el término *derecho* nos estamos refiriendo exclusivamente al derecho positivo – las normas escritas. Esto supondría aceptar que el derecho positivo no puede tener cualquier contenido, sino que debe respetar lo que venga exigido por el derecho natural: sólo así se podría decir que el derecho positivo está dando o negando a alguien lo suyo, pudiendo afirmar que es justo o injusto respectivamente.<sup>16</sup>

Por ello, es posible que el reparto existente en un momento y lugar determinados, realizado con base a las normas de un derecho positivo, pueda ser injusto, aunque se le haya dado a cada uno lo suyo según lo establecido por la norma escrita. Pero la razón no es que la justicia sea previa, sino que lo es el derecho natural, y las exigencias de éste han sido obviadas al establecerse un reparto caprichoso en el derecho positivo. En definitiva, Hervada sostiene que la preexistencia del derecho es el criterio distintivo de la justicia.<sup>17</sup>

## 2. La fórmula dar a cada uno lo suyo

### 2.1. ¿Qué significa y cómo catalogar el acto de “dar”?

Como hemos visto, para Hervada, la justicia es una virtud que mueve nuestra voluntad para que demos a cada uno lo que le corresponde porque previamente le ha sido atribuido en virtud de un título jurídico. Pero es preciso aclarar que, para el profesor español, el término “dar” no debe entenderse exclusivamente de forma literal –sólo hay justicia cuando se “da” algo a alguien-, sino que en él hay que sobrentender también la acción de “respetar” lo que ya es tenido por el titular legítimo: somos justos cuando respetamos las propiedades ajenas, cuando respetamos el honor y la fama, etc.<sup>18</sup>

*Dar*, por tanto, no sólo consiste en la acción de entregar algo a quien le ha sido atribuido, sino que supone también la restitución de algo a su legítimo dueño cuando

<sup>15</sup> ICDN 26.

<sup>16</sup> ICDN 27.

<sup>17</sup> ICDN 29.

<sup>18</sup> ICDN 32.



le hubiera sido sustraído ilegítimamente y, en último término, supone también el respeto de lo que es de cada uno y de cuya posesión se disfruta en razón de un título legítimo.<sup>19</sup>

Esto, que parece obvio, fue lo que llevó a Kant a rechazar la fórmula clásica de la justicia: “si la última fórmula fuera traducida por *dar a cada uno lo suyo*, el resultado sería un absurdo, ya que a nadie se le puede dar lo que ya tiene. Si la fórmula ha de tener sentido, por eso, éste no puede ser otro que el de *entrar en un estado en el que puede serle asegurado a cada uno lo suyo frente a todos los demás*”.<sup>20</sup> Hervada evidencia el error de Kant aquí al entender la fórmula clásica sólo en su tenor literal. Porque es cierto que sólo se le puede “dar” algo a alguien cuando previamente se le ha privado de ello (por ejemplo, el propietario desposeído) o no se le ha llegado a entregar lo que le fue atribuido (por ejemplo, un premio). Pero la fórmula implica, además, algo más extenso, como es que la justicia entraña el hecho de respetar los *iura* de los demás por quien tiene la posibilidad de arrebatárselos o dañarlos.<sup>21</sup>

Hervada desmonta también la crítica que Kelsen desarrolló –de acuerdo con su pensamiento – sobre esta fórmula. Para el jurista austríaco, la justicia no consiste sencillamente en un hábito de *dar* a cada uno lo suyo, sino que establece un *deber de dar*. Es decir, la justicia no sólo depende de una virtud, sino, al mismo tiempo, de una norma o un deber legal. Con sus palabras:

“En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda virtud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética [...] Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaura como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que a causa de ello ha adquirido el valor justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia”.<sup>22</sup>

Lo primero que destaca en este texto es que, para Kelsen, toda virtud tiene un carácter moral, de modo que la justicia, siendo una virtud, carece de fuerza jurídica. Comporta un deber, pero simplemente ético. Como es bien conocido, para Kelsen es la norma positiva la que establece lo que es justo e injusto, de modo que el propio individuo será justo si su comportamiento se adecua a lo establecido por la norma,

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Immanuel KANT: *Metafísica de las costumbres. Introducción a la teoría del derecho*. Apéndice, división de teoría del derecho A.

<sup>21</sup> ICDN 30.

<sup>22</sup> La justicia se sustituye por la validez, que se reduce al simple hecho de cumplir con la ley, al margen de su contenido. En palabras de Kelsen: “la validez del Derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia”. Hans KELSEN: *Justicia y Derecho natural*. In: AA.VV.: *Crítica del Derecho natural*. Madrid, 1966. 29.

e injusto en el caso contrario. Desde esta perspectiva, la justicia se reduce al simple hecho de cumplir con la ley, al margen de cual sea su contenido.<sup>23</sup>

Por otro lado, Hervada, rechaza que una norma jurídica positiva invalide un mandato o prohibición natural, porque “la ley positiva opuesta a un mandato o prohibición naturales contraría lo justo natural, teniendo el carácter de violencia, norma injusta, lo cual no es derecho del poder, sino prepotencia del poder: es violencia institucional”.<sup>24</sup>

En definitiva, el derecho busca organizar la convivencia, pero no de cualquier modo. Con otras palabras, imponer las normas jurídicas por la fuerza, al margen de criterios de justicia, no es derecho, sino, parafraseando al profesor, violencia del poder político.<sup>25</sup>

## 2.2. La expresión “a cada uno”

La expresión “a cada uno” aun siendo clara, exige que se precisen determinadas cuestiones. Para Hervada, la primera es que la acción de dar tiene como destinatarios a todos y cada uno de los ciudadanos de forma individualizada. Es decir, no asume como punto de referencia – como sí hace la política<sup>26</sup> – a determinados grupos que pudieran aparecer en determinados momentos o circunstancias como necesitados de una atención especial (como pueden ser los menores, los inmigrantes, los enfermos, los de determinada raza o religión, etc.) de tal modo que ello se constituyera en título para recibir. Para Hervada, la justicia, libre de política, implica que debe darse a cada uno individualizadamente lo que le corresponde, en virtud de los títulos que posee, ya sean de derecho positivo o de derecho natural, no en razón de algo abstracto, como pueda ser, por ejemplo, el grupo al que pertenece.<sup>27</sup> La justicia no es un ideal abstracto, sino el resultado del acto justo del jurista.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Ibid. 33.

<sup>24</sup> ICDN 173.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Hervada define aquí la política como “el arte de dirigir la colectividad”. ICDN 36.

<sup>27</sup> Cfr. ICDN 36. Resulta interesante a este respecto un dilema que se ha planteado a lo largo de la historia del pensamiento jurídico: la pregunta sobre la diferencia entre las normas por las que se organiza una banda de ladrones y las normas de organización del Estado. La pregunta sería ¿qué hace que la organización de una banda de ladrones sea ilegal y la organización del Estado legal? Para Kelsen, la respuesta descansa en la eficacia y validez de las respectivas normas de organización. De modo que, si la banda de ladrones logra que su “ordenamiento” (su forma de organizarse) en lugar de ser reprimida por el Estado se imponga en un determinado territorio, a través de su validez cobrará eficacia y, por tanto, se impondrá al ordenamiento estatal. Con otras palabras, si el ordenamiento de la banda de ladrones resulta ser más eficaz que el ordenamiento del Estado, se convertirá en Derecho (*Teoría Pura del Derecho*. México, UNAM, 1981. 60–62). Sin embargo, la teoría clásica afirma que la diferencia radica en la justicia (San AGUSTÍN: *La ciudad de Dios*, cap. 4, párr. 4). La justicia es el valor jurídico de referencia para el derecho, valor que no está presente en la normas de organización de la banda de ladrones. Y que, sin embargo, debe inspirar toda norma jurídica.

<sup>28</sup> No se cansa el profesor Hervada de señalar esta idea: la justicia del jurista es la del acto justo, “el del acto singular que consiste en discernir lo justo entre personas concretas”. ICDN 37.

En segundo lugar, la virtud de la justicia es contraria a toda discriminación o acepción de personas, de modo que lleva a dar lo suyo con independencia de quien sea: se presupone que todo ser humano está revestido de igual dignidad.<sup>29</sup>

### 2.3. La expresión “Lo suyo”

“Lo suyo” es la traducción original del *ius suum*, de su derecho o de su cosa concreta. Por tanto, indica Hervada que dar “lo suyo” no puede ser confundido con “dar a todos lo mismo”. Por derecho natural, como personas, todos tenemos los mismos derechos, pero, al estar viviendo en sociedad, es posible que el derecho positivo establezca una serie de títulos por los que se pueda romper justamente esa igualdad, sin que ello pueda afectar a la dignidad de todo ser humano. Es decir, no podemos confundir “dar a cada uno lo suyo” con “dar a cada uno lo mismo”.<sup>30</sup>

Otra precisión importante que hace el profesor Hervada es que cuando la fórmula de la justicia emplea la expresión “lo suyo” no implica, necesariamente, que tenga que existir propiedad sobre una cosa; *lo suyo* es lo que le corresponde en virtud de cualquier título legítimo, como propietario, como arrendatario, como prestatario, etc.<sup>31</sup>

Además, la expresión “lo suyo” puede referirse a cualquier tipo de cosa que pueda pertenecer a una persona: bienes corporales o incorporeales, un puesto de trabajo, etc.<sup>32</sup>

Una característica de la que no se puede prescindir es que, sea lo que sea, la “cosa” ha de tener la nota de “exterioridad”, es decir, que debe tener alguna manifestación exterior que la haga susceptible de convertirse en objeto de una relación entre dos o más personas. Si no se puede dar esta alteridad, porque se trata de algo interior no exteriorizable, nos moveríamos en el terreno de la moral, de la ética, o de la religión, pero no de la justicia.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Hervada califica de ilegítimo el “uso alternativo del Derecho” defendido por las corrientes marxistas: el hecho de que se hayan producido injusticias en el pasado por parte de unos no legitima para que se puedan cometer injusticias con ellos cuando pierdan el poder. Por ejemplo, si un dirigente ha incurrido en injusticias condenando a ciudadanos sin ser sometidos a un juicio justo, no significa que se le pueda condenar a él por el mismo sistema, sino que una vez depuesto se le someterá al juicio exigido por las leyes y se le impondrá la pena que legalmente corresponda. Cfr. ICDN 37–38.

<sup>30</sup> Igual que el médico tiene que dar más medicamento a quien está más enfermo, o sólo al que está enfermo, así, por ejemplo, la sociedad puede imponer mayor carga tributaria a quien más tiene -nunca de forma arbitraria-, sin que ello suponga discriminación alguna. Cfr. ICDN 39.

<sup>31</sup> Cfr. ICDN 41.

<sup>32</sup> Cfr. ICDN 40.

<sup>33</sup> Ibid. Esto es obvio, nadie me puede privar de un pensamiento cuando éste es interno, aún tratándose de un pensamiento inmoral. Por ejemplo, desear acabar con la vida de una persona. Pero mientras no lo exteriorice, mi pensamiento no será antijurídico. Ahora bien, como es sabido, en el momento en que ese pensamiento adquiera alguna manifestación externa, ese comportamiento tendrá relevancia jurídica.

### 3. El derecho como lo justo: título, fundamento y medida

Como venimos insistiendo, para Hervada, el derecho es, en primer lugar, “el objeto de la justicia, esto es, aquella cosa que la virtud de la justicia impele a dar a otro por constituir lo suyo. En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da”.<sup>34</sup> Por tanto, la función del jurista consistirá en determinar “lo justo”, las cosas que corresponden a cada una de las partes intervinientes en la relación jurídica que se le presenta para ser juzgada.

De este modo, lo justo es lo mismo que lo suyo, denominado desde la romanística clásica con el término *ius*, derecho. Pero este *derecho* –recuerda Hervada– no puede ser entendido como derecho subjetivo, sino como la cosa justa. El derecho subjetivo sería la facultad moral sobre la cosa justa pero no la cosa misma. Habría que precisar de nuevo que, como se señaló al inicio de estas páginas, Hervada sostiene que la justicia sigue al derecho, de modo que “porque es *ius* es justo, no al revés”.<sup>35</sup> Con otras palabras, porque es lo mío –mi *ius*, mi derecho– lo puedo exigir y no al contrario: porque lo exijo me lo deben.

El *ius* es, por tanto, lo debido, fijado en un primer momento en atención con algo concreto. La justicia inclina y exige dar “eso debido” a quien le corresponde por ser titular del *ius*, lo que lleva, siguiendo el hilo argumental de Hervada, a distinguir entre el *título*, el *fundamento* y la *medida* de lo justo.

#### a) El título

El título es lo que da origen al derecho, lo que atribuye una cosa a un sujeto y hace que sea suya. Este título puede tener una naturaleza muy variopinta (la propia naturaleza humana, una ley justa, un contrato, un trabajo, etc.), pero si no hay título, no puede haber derecho. En opinión de Hervada, sólo cuando se confunde la justicia con ideología, se pueden reclamar derechos sin un verdadero título.<sup>36</sup>

#### b) El fundamento

Por su parte, el fundamento “es aquello en cuya virtud un sujeto *puede* ser sujeto de derechos”.<sup>37</sup> Es decir, no otorga el derecho, sino que nos hace idóneos para conseguir un título y con él, el derecho. En este punto señala Hervada que se podría distinguir entre fundamento remoto, que consistiría en ser persona, y fundamentos próximos, como ser mayor de edad, miembro de un Estado determinado, haber contraído matrimonio, ser pensionista, etc. Es posible que la naturaleza humana sea título y fundamento al mismo tiempo, pero no siempre es así; por ello, no se pueden reclamar todos los derechos existentes simplemente por ser persona: no podemos exigir una pensión por ser persona, sino por haber trabajado durante una serie de años o por haber alcanzado una edad determinada.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> ICDN 41–42.

<sup>35</sup> ICDN 45.

<sup>36</sup> Cfr. ICDN 48–49. No hay derecho sin título porque falta la atribución (p. 48).

<sup>37</sup> Ibid. En cursiva en el original.

<sup>38</sup> Cfr. ICDN 49–50.

### c) *La medida*

Por último, la medida del derecho hace referencia a “su caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca. Consiste en: a) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.; b) de qué modo la cosa es del titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, como primer titular o como delegado, etc.; c) facultades jurídicas que le competen; d) presupuestos de uso del derecho, etc.”.<sup>39</sup>

Esta medida permite entender *lo justo* como *lo igual*. Ahora bien, ¿qué significa *lo justo como igual*? Lo justo, -afirma Hervada-, es exactamente lo debido, ni más ni menos: debe haber igualdad entre lo que se debe y lo que se da (y se recibe). Si damos menos de lo debido, seremos injustos, y si damos más de lo debido estaremos teniendo un gesto de liberalidad, puesto que el exceso no es exigible.<sup>40</sup>

¿Implica esa igualdad la identidad entre lo que se debe y lo que se da? Evidentemente, no. Es cierto que, en ocasiones -indica Hervada-, esa igualdad sólo puede consistir en la identidad como, por ejemplo, cuando se trata del préstamo de un objeto no fungible. Pero lo normal será que esa igualdad pueda conseguirse mediante la equivalencia o la proporcionalidad. Hay equivalencia cuando lo que se da es igual en cantidad y cualidad a lo que se debe. En cambio, hay proporcionalidad cuando se hace referencia a las distribuciones, en las que habría que atender a la finalidad de las mismas, a los sujetos que participan de ella y a los objetos que deben ser distribuidos: un gobernante no puede distribuir los bienes comunes sin atender a las necesidades de cada uno, sino en proporción a ellas y sin perder de vista la finalidad del reparto.<sup>41</sup>

## 4. Justicia y persona

Llegados a este punto, es hora de tratar el fundamento del derecho y de la justicia de la mano de Hervada. Pues bien, como hemos visto, para el profesor español, el derecho es lo suyo de una persona, aquello respecto de lo cual cada persona tiene una relación de dominio. Por eso, la pregunta es ¿en qué se basa ese dominio? ¿Cuál es el fundamento de que una persona domine algo? La respuesta la encuentra Hervada en la condición de persona propia del hombre. Porque el profesor sostiene que, aunque sea remoto, el fundamento más importante de todo derecho es *ser persona*, lo que implica *autoposesión* – un señorío de cada sujeto sobre sí mismo y una capacidad de actuar libremente. Ser persona significa ser de tal manera, tan intensamente, que tenemos el dominio de nuestro propio ser (una persona siempre es *sui iuris*). Explica

<sup>39</sup> ICDN 50.

<sup>40</sup> También se podría afirmar que “lo justo es igual” con atención a las cosas que se intercambian. Por ejemplo, si el salario que se me da por mi trabajo es igual al que corresponde a este tipo de trabajo, será justo, pero si es menor, será injusto. El salario mínimo interprofesional no marca el mínimo para ser justo, sino para ser legal, evitando abusos mayores. No es extraño, por otro lado, en el ámbito contractual encontrarse con los contratos “leoninos”, en los que una de las partes impone una condiciones desiguales a la otra, y por tanto injustas. Cfr. ICDN 46.

<sup>41</sup> Cfr. ICDN 47.

Hervada que este dominio recae sobre nuestra vida, nuestra integridad física, nuestro pensamiento, etc., pero siempre con vistas a alcanzar los fines que nos corresponden por naturaleza: nuestro modo de ser nos otorga unos derechos naturales en aras de poder alcanzar unos fines que también nos son naturales. Junto a este dominio sobre nosotros mismos, nos es propio otro dominio sobre las cosas exteriores, que una vez apropiadas (tras una distribución justa) pasan a ser como una extensión de nuestra persona: nos son debidas, son nuestras. El fundamento de estos derechos, por tanto, se podría decir que es el modo de ser (ontológico) de la persona humana y, aunque no es el fundamento único de todos y cada uno de los derechos que podemos ostentar, sin embargo sí es el más importante.<sup>42</sup>

En este *dominio personal* se aprecia nítidamente nuestra diferencia respecto de los animales, incapaces de ser dueños de sí mismos. Estos se rigen únicamente por la fuerza y el instinto; aunque vivan en grupo sólo domina quien más fuerza tiene, hasta que otro más fuerte le arrebata ese sucedáneo de dominio. En cambio, en la persona el dominio no es fruto de la fuerza ni se puede sustentar con ella, sino en el derecho, en lo que le es atribuido por la naturaleza o por acuerdo justo.<sup>43</sup>

## 5. Conclusión

En definitiva, para Hervada el derecho aparece dentro del sistema racional de las relaciones humanas. Por eso, si la fuerza sustituye al dictamen racional y al derecho, ataca a lo más propio del ser humano, y pasa a ser injusticia.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. ICDN 67.

<sup>43</sup> ICDN 65–66.

<sup>44</sup> Con sus palabras “la fuerza sin derecho es violencia, injusticia”. ICDN 68.

ARTICLES

ON “COMMON GOOD”: BETWEEN TRADITION  
AND CONTEMPORARY SOCIAL CONTEXTS\*

Giovanni BOMBELLI  
Catholic University of Milan, Italy

**Summary:** Premises 1. *Bonum commune*: some preliminary conceptual distinctions  
1.1 *Bonum* 1.2. *Commune* 2. *Bonum commune* and law: a philosophical-legal survey  
3. Changes and challenges 4. Conclusions: unity, institution and relation

**Premises**

In this contribution I will try to put forward some ideas in order to establish a connection, at least in an ideal and broad manner, between tradition and contemporary scenarios. In fact, whether there is a category bounding past and present, this is certainly represented by the idea of *bonum commune* (“common good”) although, as I will try to point out, it is to be partially reconsidered.

I don’t want to consider the recent and rich debate about the “common good” in detail,<sup>1</sup> but my aim is rather to outline some aspects of the question.

---

\* I presented this contribution during a workshop concerning the question of the “common good” (“Towards a legal and political philosophy of the common good”) held on 15<sup>th</sup> November 2013 in the Pázmány Péter Catholic University (Budapest). I thank my friend Prof. János Frivaldszky, and the Pázmány University, for inviting me to the workshop and for the possibility to publish my contribution in the “Pázmány Law Review”.

<sup>1</sup> Some references: Francesco BOTTURI – Angelo CAMPODONICO (a cura di): *Bene comune. Fondamenti e pratiche*. Milano, Vita e Pensiero, 2014.; Carole BONANNI – François LÉPINEUX – Julia ROLOFF (eds.): *Social Responsibility, Entrepreneurship and the Common Good: International and Interdisciplinary Perspectives*. New York, Palgrave Macmillan, 2012.; John Lauritz LARSON: *The Market Revolution in America: Liberty, Ambition and the Eclipse of the Common Good*. Cambridge et al., Cambridge University Press, 2010.; Margaret S. ARCHER – Pier Paolo DONATI (eds.): *Pursuing the Common Good: How Solidarity and Subsidiarity Can Work Together: the Proceedings of the 14<sup>th</sup> Plenary Session, 2-6 May 2008*. Vatican City, The Pontifical Academy of Social Sciences, 2008.; Amitai ETZIONI: *The Common Good*. Cambridge MA, Polity, 2004.; Bruce CRONIN: *Institutions for the Common Good: International Protection regimes in International Society*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.; Richard A. EPSTEIN: *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty With the*

My argumentation can be divided in four points: a) the first one is dedicated to some preliminary conceptual and lexical distinctions; b) secondly I propose a brief philosophical survey about the legal levels of *bonum commune*; c) thirdly I take into account some contemporary sociological–cultural changes and mutations directly or indirectly related to the definition of *bonum commune*; d) finally I suggest some conclusions concerning the anthropological dimension implied by the concept of “common good”.

To summarize, my main thesis is the following one.

From a theoretical, anthropological and legal point of view, western tradition has elaborated from the notion of *bonum commune* a very important *cognitive and formal* category grounded in an anthropological dimension. Rooted in the past cultural models, it could be still useful (as far as it can be deeply reconsidered) in order to understand the sociological and theoretical contemporary scenarios, especially in the light of the recent crisis of liberalism and within the debate liberalism/communitarianism.

### 1. *Bonum commune*: some preliminary conceptual distinctions

As is well known, within the western philosophical tradition we can observe at least up to Modernity a long and constant elaboration of the notion of *bonum commune*.<sup>2</sup> It represents a very articulated conceptual model, which encompasses both a philosophical–political dimension and a strict legal meaning.

In order to better understand some aspects of this very complex cultural process we have to pay attention, in a distinct manner, to the two main terms/categories theoretically implied by the expression *bonum commune*: *bonum* and *commune*.

#### 1.1. *Bonum*

With regards to the concept (or the term, the category) of *bonum*, I will just focus on two aspects.

On the one hand, starting from some references to the western philosophical-legal tradition we have to point out a) the philosophical *substratum* underlying this notion: in other words, the only theoretical horizon within which we can discuss the notion of *bonum*. On the other hand, it is necessary to highlight b) the difference between the concept of *bonum* and other philosophical perspectives or conceptual models.

a) Apart from its different historical meanings, and its cultural and peculiar identifications, the notion of *bonum* immediately implies a *philosophical (and, then,*

---

*Common Good*. Reading MA, Pereus Books, 1998.; Mark A. LUTZ: *Economics for the Common Good: Two Centuries of Social Economic Thought in the Humanistic Tradition*. London–New York, Routledge, 1999.; Guido GONELLA: *La nozione di bene comune*. Milano, Giuffrè, 1959.

<sup>2</sup> See the references quoted in the previous footnote.



*legal) qualification*. For this point it is sufficient to consider two classical references offered by our philosophical–legal tradition: Aristotle and Thomas.

Aristotle’s position represents a sort of milestone in the western conceptualization of “common good”.

As is well known, in the opening lines of *Politics* the Greek philosopher immediately identifies *bonum* (ἀγαθός) with, and within, a “collective” or “political” dimension and, more precisely, with the fundamental Greek model of *κοινωνία* (meant as πόλις–κοινωνία)<sup>3</sup>:

“We observe that every state (πόλις) is a certain sort of association (κοινωνία), and that every association (κοινωνία) is formed for some good (ἀγαθός) purpose; for in all their action all men aim at what they think good. Clearly, then, while all associations aim at some good, the association which is the most sovereign of all and embraces all the others aims highest, i.e. at the most sovereign of all goods. This is the association called the state, the association which takes the form of a state.”<sup>4</sup>

More in depth, the argumentation elaborated by the Stagirite (between historical reference and theorization), lies on four pivotal ideas: “man”, “nature” “community” and “good”. Along these lines, we can trace the following *logical* sequence which is rooted in the substantial equation among the above mentioned elements: “man” (ἄνθρωπος), that is somehow logically subtended in the quoted passage, is placed *by nature* (a concept implied by the verb “observe”<sup>5</sup>) into community.

This latter is *immediately* identified in its turn with the “political” dimension, the *polis* as a community, and, *hence*, it is decisive in order to elaborate a “good” (or better: what seems and what looks like “good”). In other words: Aristotle establishes the conceptual pair “κοινωνία (common)–ἀγαθός (good)”.

<sup>3</sup> For these themes let me also quote two of my works: *Occidente e figure comunitarie I Un ordine inquieto: κοινωνία e comunità “radicata”*. Profili filosofico-giuridici. Napoli, Jovene, 2013; *Aristotle on Justice and Law: Koinonia, Justice and Politeia*, relation presented to the XXVI<sup>th</sup> World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte (Brazil), 21–26 July, 2013 (forthcoming).

<sup>4</sup> ARISTOTLE: *Politics*, I, 1, 1252a 1–7 (quoted from ARISTOTLE: *Politics*. New York, Oxford University Press, 1995–1997. I, 1). Here is the Greek text: Ἐπειδὴ πᾶσαν πόλιν ὁρῶμεν κοινωνίαν τινὰ οὖσαν καὶ πᾶσαν κοινωνίαν ἀγαθοῦ τινος ἕνεκεν συνεστηκυῖαν (τοῦ γὰρ εἶναι δοκοῦντος ἀγαθοῦ χάριν πάντα πράττουσι πάντες), δῆλον ὡς πᾶσι μὲν ἀγαθοῦ τινος στοχάζονται, μάλιστα δὲ καὶ τοῦ κυριωτάτου πάντων ἢ πασῶν κυριωτάτη καὶ πάσας περιέχουσα τὰς ἄλλας. αὕτη δ’ ἐστὶν ἡ καλουμένη πόλις καὶ ἡ κοινωνία ἢ πολιτικὴ.

<sup>5</sup> With regards to the Aristotelian concept of “nature” (considered in relation to the notion of “being”) see ARISTOTLE: *Metaphysics*, V, 4, 1014b 16; 1015a 21; V, 7, 1017a 7–1017b 9. For the twofold level of the Aristotelian argumentation, that is to say the empirical-historical-pragmatic approach and the theoretical one, see Charles H. MACLEWAIN: *The Growth of Political Thought in the West: from the Greeks to the end of the Middle Ages*. New York, Mac Millan, 1932. 63. (with particular reference to the notion of *koinonia*).

So, what we should notice is the emergence of a theoretical (or better philosophical–legal) circle “good–πόλις (politics)–community (κοινωνία)”, that is to say that the Aristotelian “good” (ἀγαθός) has *necessarily and immediately* a political (i.e. communitarian) implication: the “good” (ἀγαθός) is to be considered *as such as a political obligation*. Furthermore, and more precisely, in this perspective the concept of “good” has no substantive/ethical contents: it is only the explication of the dimension of the sense underlying the associated life.

In order to better understand the theoretical relation “ἀγαθός–politics” we can briefly consider especially the Aristotelian notion of φιλία and its structural relation with the pair πόλις–κοινωνία.

Φιλία is the typical “relational good” elaborated by Aristotle: “[Friendship] is a virtue or implies virtue, and is besides most necessary with a view to living”.<sup>6</sup> For this reason it is not simply an economic utility or commodity, because it is a “good” which develops *only within the relation (or reciprocity)*: in some way, φιλία and relation are the same thing. This is the reason why φιλία has structurally an institutional dimension and a direct political articulation: in fact, it represents the “common” relational space wherein the political community develops.<sup>7</sup>

Hence we can grasp why φιλία has an immediate *institutional* dimension and why φιλία immediately *identifies* a political dimension: in fact, φιλία is the theoretical as well as the sociological basis for political obligation. Unlike the modern perspective, friendship does not relate only to the “personal dimension”, but directly involves the political community. In some way φιλία *creates* the community: the Aristotelian πόλις–κοινωνία is based on some relevant articulations of φιλία like, in particular, the crucial notion of ὁμόνοια,<sup>8</sup> by which Aristotle underlines the decisive role played by the mutual acknowledgments among the members of πόλις–κοινωνία. From a political–institutional point of view, ὁμόνοια represents also the structural condition for the elaboration of the models of πολιτεία:<sup>9</sup> it is the basement for the processes of *formalization* and *institutionalization* of the anthropological relation. This sequence does not imply a direct superimposition between communitarian relation and law

<sup>6</sup> ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, VIII, 1, 1155a 3–5 (quoted from ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*. New York, Oxford University Press, 2009. 142.; but you should see the entire books VIII and IX: *ibidem* 142–182.).

<sup>7</sup> For the mutual relation “community–φιλία” ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, VIII, 9 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 153–159.].

<sup>8</sup> ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, IX, 6, 1167a 22–1167b 9 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 171–172.].

<sup>9</sup> For these conceptual relations ARISTOTLE: *Politics* III, 9, 1280b 30–1281a 11; III, 11, 1282b 8–13; III, 13, 1283b 42–1284a 3; IV, 11, 1295a 25–1296a 19; V, 7, 1307a 5–11; V, 9, 1309a 33–39; V, 9, 1309b 10–21 [ARISTOTLE (1995–1997) op. cit. II. 30–31.; 37–38.; 45.; 95–98.; III. 15. and 20–21.]; ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, IX, 6, 1167a 22–1167b 16 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 171–172.]. See also W.L. NEWMAN: *The Politics of Aristotle*. Oxford, Clarendon Press, 1950. (1887), I. 208. and ff.; Roberto RADICE (ed.): *Aristoteles*. Biblia, Milano, 2005. II, s.v.: πόλις (918–919) and πολιτεία (919–920). About this aspect MACILWAIN (1932) op. cit. 73–74. and 77.; more widely Charles H. MACILWAIN: *Constitutionalism. Ancient and Modern*. New York, Cornell University Press, 1940.

(νόμος): the “common good”, meant as the sense of community, represents the conceptual framework for the legal conceptualization.

The relation community–common good, according to the cognitive and formal acceptance previously remarked, also underlines the notion of justice. The Aristotelian model of justice is not to be understood in a substantive meaning: in particular, the distinction νόμικον δίκαιον – φύσικον δίκαιον allows the Stagirite to maintain the space between the communitarian horizon, wherein the elaboration of justice developed, and its necessary legal articulation.<sup>10</sup>

Furthermore, it is not by chance that a complex and theoretical discussion about the notion of “good” appears in *Nicomachean Ethics*.<sup>11</sup> Hence, in the light of the close relation “ethics–politics” notoriously theorized by Aristotle,<sup>12</sup> the discussion concerning the notion of ἀγαθός, logically implied by the moral discourse, has a direct reflex on politics.

Beyond the pair φιλία–κοινωνία, and the reflection concerning the idea of justice, we should also discuss other fundamental aspects of the complex Aristotelian position, which is strictly related to the concrete and historical–sociological articulation of the nexus “ἀγαθός–political dimension (πολιτεία–κοινωνία)”. In fact, the Stagirite’s concept of “common good” implies many paramount conceptual pairs (in particular: “κοινωνία–λόγος”, “κοινωνία–οικονομία” “κοινωνία–δίκη”, “κοινωνία–εὐδαιμονία” and “κοινωνία–παιδεία”<sup>13</sup>) which highlight the various dimensions of the nexus “*bonum commune* (collective sense)–political dimension”.

Here I cannot analyze in greater detail these articulations. Anyway the point is that *all* these dimensions are necessary articulations of the “common good”: in other words, this latter is represented by the reciprocal relation which, starting from

<sup>10</sup> ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, V, 7, 1134b 24–1135a 6 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 91–93.]. For this point Liesbeth HUPPES-CLUYSENAER – Nuno M. M. S. COELHO (eds.): *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*. Dordrecht et al., Springer, 2013.; Fred D. MILLER: *Nature, Justice, and Rights in Aristotle’s Politics*. New York, Oxford University Press, 1995.; Gianfrancesco ZANETTI: *La nozione di giustizia in Aristotele*. Bologna, il Mulino, 1993.

<sup>11</sup> See, for instance, ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, I, 1, 1094 a 1–18 and ff. [ARISTOTLE (2009) op. cit. 3.].

<sup>12</sup> ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, I, 1, 1094a 1–18; I, 2, 1094a 18–1094b 11 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 3–4.].

<sup>13</sup> With regards to these dimensions see, for instance, the following references: a) for the pair “κοινωνία–λόγος” ARISTOTLE: *Politics*, I, 2, 1253a 7–18 [ARISTOTLE (1995–1997) op. cit. I. 3] and, broadly, *De Interpretatione*; b) for the pair “κοινωνία–οικονομία” ARISTOTLE: *Politics* I, 8 [ARISTOTLE (1995–1997) op. cit. I. 10–12.] and ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, V, 5 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 88–91.]; c) for the pair “κοινωνία–δίκη” ARISTOTLE: *Politics* III, 9, 1280b 6–13; III, 13 1283b 42 [ARISTOTLE (1995–1997) op. cit. II. 29. and 45.]; ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, II, 6, 1106a 14–24; V, 1, 1129a 32–1129b 19; V, 5, 1134a 27–1134b 18; VI, 11, 1143 a 19–1143b 16 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 29., 81., 90–91. and 113–114.]; d) for the pair “κοινωνία–εὐδαιμονία” ARISTOTLE: *The Nicomachean Ethics*, I, 4, 1095a 14–20; I, 7, 1097a 30–1097b 11 [ARISTOTLE (2009) op. cit. 4. and 10–11.]; e) for the pair “κοινωνία–παιδεία” ARISTOTLE: *Politics*, VIII (in particular VIII, 1, 1337a 11–22) [ARISTOTLE (1995–1997) op. cit. 35.]. For a critical survey concerning these relations BOMBELLI (2013) op. cit. notably 275 and ff.

different perspectives, develops on every level of community. But I will return later on the notion of community and on the relation “common good–community”.

Apart from other decisive rethinking of the classical notion of *koinonia* (with particular reference to the rich notion of *civitas* in Augustine<sup>14</sup>), from a theoretical point of view the thomistic position represents another milestone for many reasons related to the Aristotelian perspective.<sup>15</sup> In fact, the Aquinas also establishes a close conceptual nexus between “*bonum commune–communitas*” (i.e. *civitas*). Here we can only consider some aspects of his argumentation with reference to relevant passages proposed in *Summa Theologiae*, I–II (*quaestiones* 90–92).

As is well known, and unlike Aristotle, in q. 90 Aquinas expressly and immediately establishes by the logical circle “*lex–bonum commune–communitas*” the conceptual relation between *bonum commune*, rooted within the *communitas*, and law (or also: between communitarian anthropology and legal dimension).

So, for instance, in the *quaestio* 90, entitled *De essentia legis*, Aquinas plainly states:

“[C]um omnis pars ordinetur ad totum sicut imperfectum ad perfectum; unus autem homo est pars communitatis perfectae, necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem. [...] Unde oportet quod, cum lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune, quodcumque aliud praeceptum de particulari opere non habeat rationem legis nisi secundum ordinem ad bonum commune. Et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur.”<sup>16</sup>

In addition:

“[Lex]proprie, primo et principaliter respicit ordinem ad bonum commune.”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> For instance: “Aliud civitas non est quam concors hominum multitudo” (*De Civitate Dei*, I, 15; see also Ep. 155,3,9; PL., XXXIII, 670); “Civitas nihil aliud est quam hominum multitudo aliquo societatis vinculo coligata” (*De Civitate Dei*, XV, 8); “Quid enim est respublica nisi res populi? Res ergo communis, res utique civitatis. Quid est autem civitatis nisi multitudo hominum in quoddam vinculum redacta concordiae?” (Ep. 138, 2, 10; PL., XXXIII, 529).

<sup>15</sup> Jaime VÉLEZ SÁENZ: *The Doctrine of the Common Good of Civil Society in the Works of St. Thomas Aquinas*. Edwards Brothers, Ann Arbor, 1951. According to the author, “the question of the common good of civil society was never developed or discussed in a systematic manner by Saint Thomas, but the theses which he expounded in relation to it, while treating other subjects, can be summarized in a doctrinal body, which could be regarded as the «theory of the common good» of Saint Thomas” (III: see also 1–2., for a synthesis and the crucial role played by the notion of *communitas perfecta* and its thomistic references, and 92–94.). With regards to the relation Aristotle–Thomas Aquinas see the chapter 1 *The Specificity of the Common Good of Political Society* (pp. 3–33.), especially 5 and 23 for the theoretical pairs *polis–civitas* and *politeia–ordo relationis*.

<sup>16</sup> Q. 90, a. 2 (I quote from S. Tommaso D’AQUINO: *La Somma Teologica*. Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1985. vol. 12.)

<sup>17</sup> Q. 90, a.3 (D’AQUINO (1985) op. cit. 37).

And furthermore:

“[Lex] nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.”<sup>18</sup>

Hence the consequent legal articulation of the nexus “*bonum commune–communitas*” and, notably, the clarification of its theological horizon:

“[N]ihil est aliud lex quam quoddam dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam.[...] Manifestum est autem, supposito quod mundus divina providentia regatur, ut in *Primo* [q. 22, aa. 1,2] habitum est, quod tota communitas universi gubernatur ratione divina.”<sup>19</sup>

And again on this conceptual passage:

“Si enim intentio ferentis legem tendat in rerum bonum, quod est bonum commune secundum iustitiam divinam regulatum, sequitur quod per legem homines fiant boni simpliciter.”<sup>20</sup>

As just observed, on a historical and theoretical level Thomas’ look represented a relevant model of *bonum commune* playing a crucial role in the medieval period. I will just focus on two elements: the theological horizon and the circle “*bonum commune – community (civitas) – politics*”.

Firstly, once again we have to notice the close conceptual nexus *bonum commune–communitas* (i.e. *civitas*). Although the category *communitas–civitas* represents a peculiar philosophical–legal notion, according to the classical and Aristotelian concept of *koinonia*, the relation *bonum commune–communitas* is reshaped by Thomas within the new theological horizon. In other words, the political community, including its decisive legal and institutional articulations, is founded on the horizon (*ordo*) represented by a sort of divine *bonum commune* guaranteeing the entire reality, because “*tota communitas universi gubernatur ratione divina*”. Though placed on two distinct levels, *bonum commune* and theological legitimization are strictly related and the first one installs its theoretical structure in a theological perspective.

<sup>18</sup> Q. 90, a. 4 (D’AQUINO (1985) op. cit. 41.). See also the familiar metaphor used by Aquinas: “[S]icut homo est pars domus, ita domus est pars civitatis, civitas autem est communitas perfecta. [...] Et ideo sicut bonum unius hominis non est ultimus finis, sed ordinatur ad commune bonum; ita etiam et bonum unius domus ordinatur ad bonum unius civitatis, quae est communitas perfecta. Unde ille qui gubernat aliquam familiam, potest quidem facere aliqua praecepta vel statuta, non tamen quae proprie habeant rationem legis”: Q. 90, a. 3 (D’AQUINO (1985) op. cit. 39.). For the relation “lex–order” (*bonum commune*) Paolo GROSSI: *L’ordine giuridico medievale*. Roma–Bari, Laterza, 1995. 139–142.

<sup>19</sup> Q. 91, a. 1 (D’AQUINO (1985) op. cit. 43.).

<sup>20</sup> Q. 92, a. 1 (D’AQUINO (1985) op. cit. 65.).

Secondly, Thomas also traces, similarly to the Greeks, a theoretical circle “*bonum commune*–community (*civitas*)–politics”. In other words, sixteen centuries after Aristotle the western philosophical–legal tradition cannot renounce to set up a conceptual link between “common good” and politics. This implies that the political, and legal, dimensions are not the mere combination of social–pragmatic relations: on the contrary, politics and law are thinkable only starting from a *conceptual/cognitive perspective*: no “common good”, no politics.<sup>21</sup>

This is the decisive point.

The concept of *bonum*, along the lines of the different but similar models elaborated by Aristotle, Thomas and so on, seems to be a *cognitive* qualification. In other words: somehow a *cognitive* dimension *is always implied* into the qualification or conceptualization of world and society. Furthermore we should notice that this qualification is not to be understood (at least primarily) in an ontological way, that is to say the conceptual profile traditionally underlined. Contrarily, it reflects an *anthropological–cognitive* view: the point is that human beings necessarily *qualify* things and actions *as good* (or, also and better, *more and less* “good”).

b) This *cognitive* approach should not be confused with other theoretical perspectives. More precisely, the concept of *bonum* (similarly to many other value qualifications: “just”, “beauty” and so on) should not be identified with other legitimate, but radically different, conceptual horizons. In particular, we have to distinguish accurately what we have called “anthropological–cognitive view” from the sociological outlook, the analytical (positivist) position and the mentalist approach.

Firstly the sociological point of view should be well distinguished from philosophy or, using my lexicon, from cognitive anthropology. On a methodological level the difference between the two theoretical perspectives is clear: sociology pursues only *statistical* generalizations, whereas cognitive anthropology takes into account *value* qualifications. Or similarly: sociology considers “facts”, the anthropological–philosophical approach elaborates *qualifications*. That’s the reason why sociological research, necessarily based on *quantifications*, is insufficient and unable to understand the horizon of meaning implied by the concept of *bonum*.

But, in order to understand the inescapable theoretical horizon implied by the notion of *bonum*, the analytical (i.e. linguistic) perspective should be refused too. In fact, the notion of *bonum* seems not to be reduced to the linguistic level or to a mere *Sprachspiel*, according to the “linguistic game” proposed by Ludwig Wittgenstein:<sup>22</sup> once again, the conceptualization of *bonum* implies a *cognitive* qualification and not merely a linguistic game or also, in a different perspective, the description of a *Sachverhalt* (according to the so-called “first” Wittgenstein). In other words, *bonum*

<sup>21</sup> VÉLEZ SÁENZ (1951) op. cit. chapter 2 (*The Content of the Common Good*, 34–66., including the relevant reference to the *De Regimine Principum*) and chapter 3 (*The Primacy of Common Good over Private Good*, 67–91.). Furthermore, see also, for instance, FRANCO TODESCAN: *Bene comune e beatitudine: da Tommaso d’Aquino a Hobbes*. In: BOTTURI–CAMPODONICO (2014) op. cit. 3–19.

<sup>22</sup> Ludwig WITTGENSTEIN: *Ricerche filosofiche*. Torino, Einaudi, 1999. (Oxford, 1953) 13.

is not only a correspondence between a linguistic proposition and reality, but rather a *qualification* of the world.

Finally, there is also a great distance between the anthropological-cognitive approach and the mentalist perspective.<sup>23</sup>

Mentalism stresses the “mental factor” underlying the social and legal qualifications, including complex categories as the notion of *bonum*. In a very simple manner, the mentalist approach attributes a crucial role to the psychological state of the epistemic agent (individual or collective one): according to this outlook the meaning of *bonum* is to be understood as a sort of *fiction* (or *construal*) of the speaker’s mental activity. In other words, it is the “product” of a mental (and individual) representation, somehow shared within a social context but not necessarily neither primarily related to an *objective* (or ontological) description of the world nor to a metaphysical realism.

Quite on the contrary, according to the anthropological–cognitive perspective in some way the “social actor” (every social actor and in spite of his peculiar cultural context) pragmatically “wants” to qualify *in a objective, although formal, manner* the reality in order to reach the point of a *true* statement about the world and society. Along this line, the cognitive dimension implies at least an ontological commitment by the speaker: *bonum* is the result of an interpretation of the world which is considered as respondent to the truth and not merely as a fictional (or functional) mental construction.<sup>24</sup>

## 1.2. *Commune*

With regards to the second term included within the expression *bonum commune*, i.e. the notion of *commune*, I mainly focus on two elements.

Firstly, from an anthropological–cognitive view the notion of *commune* has an *objective, although formal, nature* too.

More precisely, and similarly to the notion of *bonum*, the concept of *commune* represents another and complementary *cognitive* qualification. In fact, on a conceptual level it lies at an upper stage compared to the social and concrete experience: that is to say, using the category of *commune* we somehow *qualify* the complex and disordered amalgam produced by the infinite and indefinite number of social relations *as a unity*. Furthermore, this was always the same perspective developed throughout the

<sup>23</sup> Regarding this perspective see, for instance, Jerry A. FODOR: *The Language of Thought*. Hassocks, The Harvest Press, 1976 (especially the Introduction focused on the discussion of two kinds of reductionism, logical behaviorism and physiological reductionism, with the goal “to discuss some aspects of the theory of mental processes”, 1.; see also the conclusions 197–205.); within the critical debate, at least Hilary W. PUTNAM: *Philosophical Papers*. Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

<sup>24</sup> From this point of view the anthropological-cognitive approach is different with respect to some contemporary theories based on a “social ontology”: John R. SEARLE: *The Construction of Social Reality*. New York, Free Press, 1995.; ID.: *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge, Cambridge University Press, 1983. On the opposite, a cognitive-formal approach to the notion of “common good” presents some analogies with the medieval doctrine of intentionality.

entire western tradition: as observed above, since from Aristotle the western political thought conceived politics and law as dimensions grounded on the pair “good (i.e. sense)–collective horizon”. In other words: from a methodological point of view we can elaborate a collective *sense*, or a model of *bonum*, once it is provided the preliminary condition to conceive the social relations *as a unity*.

But, on a second level and once again in a similar manner to the concept of *bonum*, the category of *commune* is to be consequently distinguished from other theoretical outlooks. In particular, the anthropological–cognitive interpretation of the concept of *commune* should not be confused with some recent sociological positions or with an economic perspective.

*Commune*, at any rate according to its traditional meaning, does not correspond to the so-called “shared cooperative theory” (SCT).<sup>25</sup> Starting from a sociological approach, this orientation highlights the cooperative, but ultimately conventional, nature of the agreements underlying the social contexts. From this point of view, the cooperation, according to the game theory, surely represents a “common” social practice<sup>26</sup> and, then, a condition (or a pre-condition) for social life. Nevertheless, because of its shared basement, in some way SCT appears only the product of an implicit and contingent convergence between individual and voluntary choices and, hence, it is always revocable.

Quite on the contrary, the traditional concept of *commune*, including the crucial notion of “practice” as it was elaborated since the Greek context, implies a “common belonging”. That is to say that a priority to the notion of *commune* is recognized: insofar it precedes the individuals it is undeniable and fundamental.

But the cognitive profile of the notion of *commune* should also not be confused with the pragmatic/transcendental perspectives (with particular reference to Jürgen Habermas<sup>27</sup>). Starting from a pragmatic interpretation of the human relations, these ones are categorized as “intersubjective horizons” and essentially based on the linguistic dimension: in other words, according to this orientation language plays a crucial role as a sort of “common” mediator.

The concept of *kommunikative Handeln* proposed by Habermas (and similarly by Karl Otto Apel) is paradigmatic. For the German philosopher the linguistic dimension represents in a pragmatic manner, that is to say especially and primarily meant *as a social “fact”*, the transcendental condition of possibility of the human relations. In other words: for Habermas the “common” in some way is produced by the mere *fact (Handeln)* of communication, or better by the linguistic social agency, wherein language is at the same time a *transcendental* condition: language *is* the (social) common. Ultimately, according to the Habermasian view the concept

<sup>25</sup> Michael E. BRATMAN: Shared Cooperative Activity. *The Philosophical Review*, 101, 2, 1992. 327–341.

<sup>26</sup> For a famous example see Margaret GILBERT: Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon. In Peter A. FRENCH – Theodor E. UHELING – Howard K. WETTSTEIN (eds.): *Midwest Studies in Philosophy. The Philosophy of the Human Sciences* (v. 15). Notre Dame IN, University of Notre Dame Press, 1990. 1–14.

<sup>27</sup> Jürgen HABERMAS: *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987.



of “common” corresponds to, or it is strictly implied by, the linguistic dimension, both as a fact and as a transcendental condition in a neo-Kantian perspective. Unlike the anthropological outlook (and *lato sensu* the western tradition), the pragmatic–transcendental perspective implies that the social (or political, institutional) concept of common does not represent a *cognitive statement* concerning the human dimension, neither a (possible) ontological position.

A cognitive, or anthropological, interpretation of the notion of *commune* implies (similarly to what just observed with regards to the concept of *bonum*) a direct reference to the dimension of intentionality. Furthermore, the conceptualization of the social bond and of the political obligation *as a unity* or *as a whole*, logically underlying the notion of *commune*, elicits to some extent the presence and the possibility of a “common meaning” (a *minimum* meaning) and, then, of a sort of collective intentionality.

But, once again, this view should not be confused with other similar and recent reintroductions of intentionality. I think, in particular, to some models elaborated within the Anglophone area<sup>28</sup> and, more generally, starting from a sociological approach along the lines of different looks.<sup>29</sup> All these models refer to a “common” cultural platform in order to understand the social contexts, but, more closely, they share a mentalist and, partially, pragmatic horizon. In the light of these premises, strongly conditioned by Anglophone categories, the above mentioned reintroductions of the idea of intentionality appears to be just a superficial and functional rethinking of the same concept: in particular, these attempts appear very simplified if compared, for instance, to the complex and rich rethinking of the notion of intentionality proposed in the last century by Edmund Husserl.

In this direction the *cognitive* dimension implied by the concept of *commune* (according to its just clarified meaning), at first glance presents some analogies with the symbolic dimension and, more precisely, with the notion of “social imaginary”: especially I think about the point of view proposed by an author as Cornelius Castoriadis.<sup>30</sup> Nevertheless the difference between the two approaches is clear: in fact, within the latter orientation (*bonum*) *commune* is only a *form of representation* of society without any relation to the classical, and more complex, concept of symbol.<sup>31</sup> In other words, the very thesis based on “social imaginary”, in spite of being critical of the metanarratives, does appear in some way post-modern and tends to understand the concept of *commune* (and maybe also the notion of *bonum*) as a metanarrative.

<sup>28</sup> For instance Margaret GILBERT: *On Social Facts*. London, Routledge, 1989. In a wider look G. MEGGLE (ed.): *Social Facts and Collective Intentionality*. London, Fouque London Publishing, 2002.; but see also the previous footnotes number 24 and 25.

<sup>29</sup> For instance Michael E. BRATMAN: *Faces of Intention. Selected Essays of Intention and Agency*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

<sup>30</sup> Cornelius CASTORIADIS: *L'Institution imaginaire de la société*. Paris, Seuil, 1975.

<sup>31</sup> With regards to the relevance of the symbolic dimension in order to understand the “social constructions” P. LEGENDRE: *De la société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*. Paris, Fayard, 2001.

Finally, the concept of “common” elaborated from an anthropological and cognitive point of view should be distinguished from the economic notion of “interest”, at least according to the classical economics (maybe with the exception of some excerpts in Adam Smith and with reference to a part of the Austrian School).

In an economic way of thinking, the “(common) interest”, that is to say the individual interest shared by every member of society, is structurally and exclusively connected to the problem of allocation, based on mutual trade and transaction and concerning an “utility” in order to reach the better settlement of society (or its optimization according to Pareto’s theory). In an opposite direction, the traditional notion of *commune*, including the economic dimension (i.e. the role of the οἰκονομία in Aristotle<sup>32</sup>), encompasses the problem of the very sense of social life: to summarize, if the model of modern economics concerns the “common interest” considered as the sum of the individual goals, the anthropological–cognitive notion of *commune* (inspired by the classical tradition) has regard to the society as a whole or, better, as a community.

The last remark highlights the structural relation between the concept of “common” (*commune*) and community, along a notorious, but sometimes very simplified and questionable, identification or equation “community (contextual dimension)=common”. I will return hereinafter on this point, especially by distinguishing the cognitive perspective about *commune* (and broadly *bonum commune*) from the communitarian one.

To sum up the remarks hitherto proposed, once again we should emphasize the crucial role played by an anthropological–cognitive overview. It lies on an *objective* (anthropological, structural) disposition (confirmed by some elements belonging to the historical western tradition) in order to qualify the social life according to a universal dimension, which is *positively* defined as a *bonum commune*.<sup>33</sup> This seems an unquestionable anchorage, in some way also from an utilitarian outlook: in fact, if you look closely, the conceptualization of the “utility” is a form of theorization or generalization of the common good along the lines of the equation “utility=good”.

## 2. *Bonum commune* and law: a philosophical–legal survey

On a philosophical–legal level the previous remarks allow us to deepen some articulations of the category of *bonum commune* or, symmetrically, of the distinct notions of *bonum* and *commune*. Law represents the necessary and inescapable articulation of *bonum commune*: as western tradition teaches, *bonum commune* is not an abstract ideal or theory, but a concrete historical experience wherein law represents a structural dimension.

From this point of view, I will try to outline a brief philosophical–legal survey in order to propose a possible classification of “legal goods”. The analysis is based on a sort of *climax*, or a logical *continuum*, by distinguishing at least three dimensions or

<sup>32</sup> See also what has just been observed above.

<sup>33</sup> Regarding the concept of “common” as a third dimension, or as a “new public space”, see Daniel INNERARITY: *Il nuovo spazio pubblico*. Roma, Meltemi, 2008.

levels: a) legal conceptualization (in a strict acceptance), particularly related to the notions of “common good” and “public good”; b) political/institutional level, based on the concept of “general (collective) goods”; c) international and transnational level, which involves the notions of “human rights” and “fundamental rights”.

a) Law and the concept of *bonum*, as a *qualifying* category, are historically and theoretically implied with each other. As is well known, at least by the roman experience the notion of *bonum* (good) represents a typical legal qualification, in relation both to the definition of law (*jus*) and to some decisive theoretical categories as, for instance, the notion of *bona fides*.<sup>34</sup>

The relation “law–*bonum*” can be articulated at least on a double level, in particular with the conceptual pair “private”–“public” strictly related to the modern period.

On the level of “private law”, we should focus on the difference between the legal notion of “good” and the economic qualification. Although both the legal approach and the economic analysis deal with “goods”, their perspectives should be considered in a very different way (similarly to the previous remarks concerning the notion of *commune*). The economic approach generally conceptualizes the “good”, especially according to a marginalist view, depending on its possibility of quantification: in other words, as a “utility” grounded in the notions of bargain, trade and, ultimately, within the horizon represented by the market.

In contrast, law, and in particular private law, conceptualizes the notion of “good” in a wider manner, that is to say related to multiple conceptual dimensions and not immediately (or not always necessarily) as an economic utility: for instance, you can think of some personal or subjective/individual dimensions (privacy, honour, respectability, dignity), which are somehow “public”, or common, dimensions. That is to say: they are irreducible to mere “utilities” or, more precisely, they are “goods” which are protected by the entire legal order, as well as other relevant “public” dimensions (environment, health and so on). The point is that the legal (better: the private legal) formalization and the economic approach represent very *different conceptual qualifications*. Although law deals with economic utilities, the legal concept of “good” (*bonum iuridicum*) does not correspond to the economic “utility” or to a simple “resource”.<sup>35</sup>

On the public level (or public law), the complex and very articulated notion of “common good” is primarily to be understood as a *political (or sociological) category* related to the social context as a whole: in some way, it is what *identifies* a society as its *ethos*. In the light of what has just been observed above about *bonum commune*, the

<sup>34</sup> It must be remembered the famous definition of law (*jus*) by Celsus and quoted by Ulpianus: “[...] *[N]am, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*” (D. 1, 1, 1). Moreover we should remember that the term *bonum* could derive from the archaic form *duonum* and from the Indo-European “DVE”, from which also “deus”. With regards to the notion of *bona fides* Luigi LOMBARDI VALLAURI: *Dalla fides alla bona fides*. Milano, Giuffrè, 1961.

<sup>35</sup> Concerning this aspect, regarding the relation between law and economics, see the complex position elaborated by the Italian scholar Luigi Mengoni. Luigi MENGONI: *Scritti I Metodo e teoria giuridica*. Milano, Giuffrè, 2011. (edited by Carlo CASTRONOVO – Antonio ALBANESE – Andrea NICOLUSI), especially 55–145.

point is represented by the crucial relation between the notion of “common (good)” and the category of “public”.

It is not my intention to deepen here the possible, and historically frequent, overlap between “common (good)” and “public good” (as a legal category), which represents a very delicate and complex issue. I want only to highlight a point: although interlaced with each other, nevertheless “common (good)” and “public good” are different categories which belong to distinct conceptual levels: “common” is the category, or the social–cultural basement, by which a society can be considered *as a unity* and, as such, it is a wider notion than the concept of “public” which was frequently and simply identified, at least within the modern period, with the “State-dimension” (but for this distinction see below).

In other words: philosophy and theory of law or, more in general, the legal dimension and what we traditionally call *ius*, cannot renounce to elaborate, although formally, a notion of *bonum* and *bonum commune*: this is a sort of *objective*, or *cognitive*, good.<sup>36</sup>

b) With regards to the political–institutional level we have to take into account what is usually defined as “general (or collective) good”. More precisely, it is what can be properly named as a political and institutional “good”: grounded in the “common good” (*bonum commune*), this level of “good” should be understood as the articulation of the public “good” *within a particular and historical political system*.

Hence, I propose the following conceptual sequence (without a smooth transition): 1) the “common good” is the basement of society conceived *as a whole*, approximately and broadly corresponding to *ethos* and somehow including different levels (sociology, ethics and so on); 2) the “public good” represents the theoretical model of its legal articulation, that is to say the distinction, at least throughout Modernity, between law and other social dimensions (law–ethics, law–economics and so on); 3) “general (collective) goods” are the further articulation of the “public good”.

On this level the question is: *what* are the (general-collective) “goods” *within a specific society*? In theory, according to this perspective both the two terms of the expression *bonum commune* may be conceived in the light of many different and opposing models: from the theological and medieval legitimacy up to, for instance, the communist or democratic horizon.

Now the *cognitive and formal* (and not primarily substantive) *dimension* of “common good” becomes clearer: in other words, it is the necessary (inescapable) horizon or framework whereby a society can outline its legal paradigm.<sup>37</sup> More in detail, here

<sup>36</sup> For the theoretical pair “private and public” see, for instance, Jeff WEINTRAUB – Krishan KUMAR (eds.): *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy*. Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

<sup>37</sup> For this aspect see, paradigmatically, what has just been remarked concerning the Aristotelian notion of *politeia* as a process of formalization of the “common good”, notably with respect to the models of constitutions (ARISTOTLE: *Politics*, IV, 2, 1289a 26 and ff.; [ARISTOTLE (1995–1997) op. cit. II. 70. and ff.]) according to a theoretical perspective which appears very different, from instance, from the

there is the room, and the logical and legal space, for the constitutional processes: constitutions, and more generally the fundamental institutional processes, represent the articulation of the “common good” and of the “public good” suited to a specific society, in the matter of balance of public powers, protection of individual spheres and positions, priority and hierarchy of goods on a constitutional level and so on.

c) Hitherto we have considered the role played by the category *bonum commune* within a limited context, that is to say related to a spatially determined society and historically coinciding with the State. But recently the content of *bonum commune*, more than its precise expression or formula, has been going beyond the State-dimension, extending its relevance also on an international and transnational level, with particular relation to the question of “human rights”.

On this level, we might observe in the notion of “human rights” a sort of re-edition of the old concept of *bonum commune*, which now could be defined as *bonum universale*. Precisely, the *transition* is from the category of *commune* to the notion of *universale* and, ultimately, to the concept of “fundamental goods (rights)”: in this perspective, “human rights” should be considered as the new, and universal, *bonum commune* of mankind *sub specie* of fundamental rights.

As is well known, “human rights” represent nowadays a sort of cultural *koiné* based on a transnational, though very undetermined and theoretically unexplained, concept of *bonum commune*. From a philosophical–legal point of view, we can try to sketch out, by an historical glance and in a very schematic way, the conceptualization of the notion of ‘human right’ which is rooted at least in two paradigms: the “traditional” (or classical-modern) look and the contemporary one.<sup>38</sup>

The “classical paradigm”, or the first generation of human rights, was a typical product of “traditional” contexts. In particular, it developed within modern societies and, especially, within *western* social models, approximately starting from the beginning of the twentieth century, although based on philosophical premises dating back to the seventeenth century.

In these social contexts it was relatively easy to recognize, on a sociological level, the fundamental subjective rights and, *hence*, “human” rights. In fact, from a theoretical point of view, this identification of human rights seems to be based on an anthropological equation between “subject/legal subject” and “human being”, in some way according to Locke’s lesson<sup>39</sup> notoriously oriented to the crucial role played by the protection of three original individual spheres: “life”, “property”, “freedom”<sup>40</sup>.

---

modern notion of *Rule of Law*.

<sup>38</sup> With regards to this point let me quote my work *Human Rights: Pragmatic Utility, Theoretical Approach and Complex Societies*, relation presented to the XXVI<sup>th</sup> World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte (Brazil), 21–26 July, 2013 (forthcoming).

<sup>39</sup> John LOCKE: *Two Treatises of Government*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. (1690).

<sup>40</sup> *Ibidem* 285 and ff.

In other words, the modern paradigm provides for a sort of *perfect equivalence* between “individual (subjective) rights” and “human rights”: that is to say, a close and direct relation between “(western) citizen (of a State)” and “human being”<sup>41</sup>.

The contemporary model of human rights (the second generation), which in some way characterized the western societies in the last century, *extends* both the “list” of human rights and the *apparatus* of their legal instruments. Due to the crucial role played by the so-called *Welfare State* during the 20<sup>th</sup> century,<sup>42</sup> the debate focused on a *new* typology of human rights. That’s why western societies of the last century were characterized by a great attention to the relevance of some social dimensions: education, labour sphere (principally understood *as a right* to have a job<sup>43</sup>) and individual dignity, particularly for disabled persons.<sup>44</sup>

This cultural turn (or shift), from the classical–modern paradigm to the contemporary model, presents at least two corollaries.

On an anthropological ground a different model of “human being” emerges. Unlike the classical–modern framework, somehow rooted in an abstract or formal typology of “subject”, the *new* human rights focus on a more “dynamic” and complex notion of “human being”, which is to be understood in the light of *all its historical articulations and social differences*. But, at the same time, we can also recognize a legal–philosophical corollary. This new look has symmetrically produced an increasingly greater amount (for number and relevance) of new legal instruments (Charters, Declarations, Constitutions, *et cetera*) and, in particular, it has stressed the more and more decisive role played by the international Courts in order to identify and protect human rights.<sup>45</sup>

It is also to be noticed the above mentioned and decisive transition from the notion of “human rights” to the locution of “fundamental rights”, according to the suggestion proposed by some contemporary authors.<sup>46</sup> In this way it is possible to bypass some theoretical questions underlying the traditional doctrine of human

<sup>41</sup> Regarding this point see the *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (1789) and the *Universal Declarations of Human Rights* (1948), and furthermore many other Charters or documents drafted throughout the twentieth century (for instance the so-called “Helsinki accords” dating back to 1975).

<sup>42</sup> With regards to this point see, for instance, the entire work developed at the *Centre on Rights Development* of the University of Denver.

<sup>43</sup> Clarence W. JENKS: *Human Rights and International Labour Standards*. London–New York, Stevens & Sons – Frederick A. Praeger, 1960. But I mention also the text of the Italian Constitution, art. 1.

<sup>44</sup> Theresia DEGENER – Yolán KOSTER DREESE (eds.): *Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments*. Dordrecht, Nijhoff, 1995.; Ana Paula BARBOSA-FOHRMANN: *Human Dignity in the Moral Discourse of Social Justice for People with Mental and Cognitive Disabilities*, relation presented to the XXVI<sup>th</sup> World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte (Brazil), 21–26 July, 2013 (forthcoming).

<sup>45</sup> Joseph WRONKA: *Human Rights and Social Policy in the 21st Century: a History of the Idea of Human Rights and Comparison of the United Nations Universal Declaration of Human Rights with United States Federal and State Constitutions*. Lanham, University Press of America, 1992.

<sup>46</sup> Robert ALEXU: *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, Nomos, 1985.

rights (especially related to their western conceptual horizon): in other words, the category of “fundamental rights” should be conceived as a sort of *bonum commune universale* in order to create the cultural room for the social identifiability, and then the legal protection, of a wider paradigm of human rights. We may, for instance, think about the fundamental human right to access to natural resources (water, air and so on), particularly for people belonging to the so-called Third world, or about the new question concerning the access to new technologies.

Apart from some relevant questions raised by this orientation,<sup>47</sup> the point is as follows: can we consider this wider model of human rights as a new edition of the concept of *bonum commune*, in its turn based on a sort of new “natural law” whose pivotal idea are the fundamental rights? The question is very complex because it belongs to a more general historical and cultural framework, which is related to the (apparent and discussed) renaissance of natural law throughout the twentieth century, at least dating back to the so-called “Nuremberg principles” (Resolution of the United Nations 95/I 1946) and other subsequent documents (the just mentioned “Helsinki accords”).

To sum up, the possible interpretation of the doctrine of fundamental rights in the light of a new natural law may allow us to draw, along the lines of the scheme previously proposed, this new following conceptual sequence concerning the theoretical and legal articulations of *bonum commune*: “common good”, “public good”, “general (collective) good” and “fundamental good” (understood as a reinterpretation of *bonum commune* in the light of the doctrine of fundamental rights).

Nevertheless a final point is to be underlined.

Although being used as a theoretical scheme in order to interpret human rights, the notion of *bonum commune* not only maintains its *cognitive* and *formal* dimension (i.e.: the problems concerning the concrete determination of the number and the extension of “human rights”), but it should be conceptualized according to a modern or, better, postmodern paradigm. In other words, within the contemporary sceneries the reinterpretation of *bonum commune* here suggested, and more widely the ancient and classical doctrine of *bonum commune* (which generally flourished within a well-structured society: for instance the medieval period), have to face some crucial cultural transitions.

### 3. Changes and challenges

The last remarks introduce us to the decisive question: can we still talk about *bonum commune*? How can we discuss this ancient expression according to the suggested approach, that is to say *bonum commune* as an anthropological dimension and a *cognitive-formal* understanding of society and law? In other words: what is nowadays *bonum commune*?

<sup>47</sup> In this contribution I cannot consider some questions concerning this model of human rights and related, for instance, to the possibility of their extension to collective subjects and the definition of their “number”.

The point is that, from a sociological and cultural point of view, contemporary contexts are characterized by unknown and hardly foreseeable changes and challenges: in particular, changes *involving* (or *implying*) challenges. I would like to highlight some current and decisive questions *bonum commune* has to face both on the cultural–philosophical level and in the light of the current economic crisis and, finally, with regards to the sociological context. In the conclusive paragraph I will try to put forward some elements and reasons in order to provide a possible answer to the previous questions.

From a philosophical point of view we have to put in question, in particular, the typical relation (or circle) between the concept of *bonum commune* and the notions of “tradition” and “community” developed within the western thought. More precisely, I focus on a contemporary theoretical perspective which is fundamentally based on the substantial identification “tradition–community” and, hence, on the crucial role played by the pair “common good–community”: the communitarian movement.<sup>48</sup>

In a very broad manner communitarianism emphasizes a model of society based on the historical–social context. This model is explicitly grounded on a communitarian horizon and rooted in the theoretical sequence “(common) good–community–tradition”, which is ultimately related to a narrative background. We can consider paradigmatically an author as Alasdair MacIntyre who, for many reasons, synthesizes the communitarian orientation. Starting from Aristotelian and Thomistic premises, the Scottish philosopher in some way identifies and superimposes the concept of “tradition”, “community” and “common good”.

So, for instance, MacIntyre states:

“Traditions, when vital, embody continuities of conflict. [...] A living tradition then is an historically extended, socially embodied argument, and an argument precisely in part about the goods which constitute that tradition. Within a tradition the pursuit of goods extends through generations, sometimes through many generations. Hence the individual’s search for his or her good is generally and characteristically conducted within a context defined by those traditions of which the individual’s life is a part, and this is true both of

<sup>48</sup> With regards to this philosophical-legal look see, for instance, the following references: Elizabeth FRAZER: *The Problems of Communitarian Politics*. Oxford, Oxford University Press, 1999.; Henry TAM: *Communitarianism. A New Agenda for Politics and Citizenship*. London, MacMillan, 1998.; Derek L. PHILLIPS: *Looking Backward: A Critical Appraisal of Communitarian Thought*. Princeton, Princeton University Press, 1993.; Shlomo AVINERI – Avner DE SHALIT (eds.): *Communitarianism and Individualism*. Oxford, Oxford University Press, 1992.; Axel HONNETH (hrsg. von): *Kommunitarismus: eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. Frankfurt am Main–New York, Campus, 1992.; Stephen MULHALL – Adam SWIFT: *Liberals and communitarianism*. Oxford, Basil Blackwell, 1992.; Robert BOOTH FOWLER: *The Dance with Community. The Contemporary Debate in American Political Thought*. Lawrence, University Press of Kansas, 1991.; Franco RESTAINO: *Filosofia e postfilosofia in America. Rorty, Bernstein, MacIntyre*. Milano, Franco Angeli, 1990.



those goods which are internal to practices and of the goods of a single life. Once again the narrative phenomenon of embedding is crucial: the history of a practice in our time is generally and characteristically embedded in and made intelligible in terms of the larger and longer history of the tradition through which the practice in its present form was conveyed to us; the history of each of our own lives is generally and characteristically embedded in and made intelligible in terms of the larger and longer histories of a number of traditions. I have to say «generally and characteristically» rather than «always», for traditions decay, disintegrate and disappear”.<sup>49</sup>

Similarly, and to completion of this position, the definitions of “virtue” and “practice” proposed by the Scottish philosopher:

*“A virtue is an acquired human quality the possession and exercise of which tends to enable us to achieve those goods which are internal to practices and the lack of which effectively prevents us from achieving any such goods.”*<sup>50</sup>

In MacIntyre’s position we synthetically grasp the typical communitarian, and *lato sensu* western, equation “tradition = community = good”. Nevertheless this perspective lays itself open to some criticisms and at least for two reasons: both on a methodological and on a conceptual level.

From a methodological outlook the *communitarian* notion of *community* seems very questionable. On the one hand, particularly but not exclusively in MacIntyre, it is strictly related to the categories elaborated by the Anglophone sociological and philosophical tradition, on the other hand communitarians never provide a precise, that is to say intentionally as well as extensionally, definition of the dimension of community. Community is identified by many expressions or locutions somehow related, and in a generic manner, to the semantic area based on the concept of community: *community*, *intersubjective dimension*, *shared meanings*, *national identity*.

From this point of view the communitarian orientation, from Charles Taylor up to Michael Sandel and Michael Walzer<sup>51</sup> (obviously with different degrees), are inclined to simplify the complex western model of community dating back to the classical concepts of *koinonia*, *civitas*, and so on. In particular, the tendency of communitarians to intersect different ambits (especially ethics and law) is to be understood within a wider look, because the question involves the delicate, and radical, relation between

<sup>49</sup> Alasdair MACINTYRE: *After Virtue: a Study in Moral Theory*. London, Duckworth, 1987<sup>2</sup>. 222.

<sup>50</sup> *Ibidem* 191 (emphasis in the text).

<sup>51</sup> Charles TAYLOR: *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge MA, Harvard University Press, 1989.; Michael J. SANDEL: *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge MA, Cambridge University Press, 1982.; Michael WALZER: *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*. Oxford, Basil Blackwell, 1983.

“theory” and “praxis”: in other words, the communitarian approach (and especially MacIntyre) tends to superimpose conceptual levels and pragmatic dimensions so as to identify *immediately* the community with the historical or contextual horizon.

On the theoretical level the methodological *impasse* is strictly related to (and directly influences) some crucial notions. The problems involve every level of the communitarian argumentation: the concept of “community”, fluctuating between “contextual (historical) reference” and “prescriptive (normative) level” (or again: the real-historical community and the ideal community); the model of practical reasoning, grounded in the substantial identification of reason and history and based on the problematic notion of “narrative” (order) and, finally, the model of justice.<sup>52</sup> The latter aspect seems very relevant with regard to the concept of *bonum commune*: in fact, communitarians rethink the ancient relation “common good–justice” elaborated by Aristotle and Thomas in the light of their particular interpretation of community, so that there is a sort of overlapping between the communitarian dimension and justice. That’s why the concept of “just” is always somehow absorbed within the community and there is no room for the notion of “conflict”.

In other words, the entire conceptual communitarian paradigm is put in question.

Starting from a wider look, the doubts involve not only the basic sequence “community–*bonum commune*” or, with particular reference to MacIntyre, the sequence “practice”–“narrative order”–“moral tradition”, but also the conceptual premises and the cultural categories underlying this model as the sociological homogeneity and the horizon of “history”. Unlike within the classical world, as well as in the Middle Ages, wherein it was relatively easy to elaborate *bonum commune* starting from the shared conceptual horizons and the political–sociological universe, nowadays all these theoretical and historical coordinates are put in question.

But, beyond the philosophical perspective, the traditional paradigm of *bonum commune* is also to be rethought in the light of the current economic crisis and, more widely, of the so-called globalization.<sup>53</sup> In spite of a certain economic *vulgata*, spread out especially in the Nineties of the last century<sup>54</sup> and based on a sort of rough liberalism or libertarianism, the recent social–economic transformations have highlighted that *bonum commune* does not coincide merely with the economic development and growth.

*Bonum commune* encompasses also the relevance of other dimensions structurally unsusceptible of economic assessment. For instance, we can enumerate the theoretical space for the notion of environment including the problem of its legal protection and the increasing relevance of the “commons” (see also the previous reference to the *new*

<sup>52</sup> For this point see especially Alasdair MACINTYRE: *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame IN, University of Notre Dame Press, 1988.

<sup>53</sup> Zygmunt BAUMAN: *Globalization: The Human Consequences*. New York, Columbia University Press, 1998.

<sup>54</sup> Francis FUKUYAMA: *The End of History and the Last Man*. New York, Free Press, 1992.

human rights<sup>55</sup>), the central role played by new models of responsibility,<sup>56</sup> the more and more decisive issue concerning balanced relations between countries *et cetera*.

Hence the relevance of some recent proposals concerning a possible, and alternative, economic model, that is to say a model of economics rooted in the concept of “common good” and contrasting the contractual logic underlying the liberal model. I mention, in particular, the current model of *civil economy*, recently developed by some Italian scholars<sup>57</sup> and inspired by the Italian economic tradition elaborated throughout the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> century (but dating back to the classical-eudaimonic framework), whose pivotal idea is the strict connection between economy and other social and anthropological dimensions as community and mutual relations.

This perspective allows us to reconsider some basic economic categories expressively in the light of *bonum commune* as, just for instance, the crucial idea of “corporate”. As is well known, the classical debate is divided between two antithetical positions: the German/continental model of corporate *as a social (public) institution* (or *Unternehmen an sich*, according to Walther Rathenau’s theory), and hence including the reference to the horizon of *bonum commune* and, on the opposite side, the British/American tradition, rooted in a model of corporate *as a nexus of contracts*.<sup>58</sup> In other words, the decisive point lays in the necessity to unify the sociological level and the anthropological one, that is to say individual dimension and collective horizon or, in other words, the economic *praxis* and the common social sense, once again according to the best western tradition concerning the doctrine of *bonum commune*.

Finally, the philosophical and economic mutations are strictly related to another decisive aspect: the “multicultural question”. It represents a structural change and a great challenge for democratic systems, involving a progressive modification of both the sociological structures and the political institutions. Nevertheless the “multicultural question” does not concern only, neither primarily, the positive and immediate sociological effects (i.e.: familiar models, public order and so on), but it is essentially related to the cultural level, that is to say to the necessary comparison or clash of multiple cultural models (*Weltanschauungen*). In fact, this radically new scenario involves the symmetric diffusion of many models of *bonum commune* (or of

<sup>55</sup> Daniel GARCIA SAN JOSÉ: *Environmental Protection and the European Convention of Human Rights*. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005; Alan BOYLE – Michael R. ANDERSON (eds.): *Human Rights Approaches to Environmental Protection*. Oxford, Oxford University Press, 1998.

<sup>56</sup> Hans JONAS: *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

<sup>57</sup> Luigino BRUNI – Stefano ZAMAGNI (eds.): *Handbook on the Economics of Reciprocity and Social Enterprise*. Cheltenham–Northampton, E. Elgar, 2013; M. A. LUTZ (1999) op. cit., *passim*.

<sup>58</sup> Amelia BERNARDO: La “responsabilità sociale” nel governo dell’impresa. In: Bruno MONTANARI (a cura di): *La possibilità impazzita. Esodo dalla modernità*. Torino, Giappichelli, 2005. 347–379; furthermore Daniel PINTO: *Le choc des capitalismes*. Paris, Odile Jacob, 2013. (concerning the future of capitalism); Michael WALZER: *Toward a Global Civil Society*. Oxford, Berghahn Books, 1998.; see also JONAS (1986) op. cit.

its semantic equivalent in other cultures), each of them developed within a theoretical framework frequently heterogeneous to the traditional western model.

From this point of view a strategy rooted in the “overlapping consensus”<sup>59</sup> in some way simplifies the question, especially in order to elaborate a model of *bonum commune* suited to the current sociological contexts. In particular, we should face this social context by discussing seriously the polarity “multiculturalism”–“interculturalism”, trying to explore the possibility to build up not only a multicultural society (i.e. based on a simple puzzle-composition or “puzzle society”) but an intercultural social model as a real comparison and interlacing between cultures.

To summarize, at least apparently unknown sociological conditions and new cultural perspectives compose, a very complex framework within which we shall reshape the crucial role of the traditional notion of *bonum commune*.

#### 4. Conclusions: unity, institution and relation

The previous remarks underline the decisive question: is there still a sociological, theoretical, legal space for *bonum commune*? Furthermore, this question should also compare itself with another decisive question represented by the current crisis of the law, which is, since Aristotle, a structural (although sometimes forgotten) dimension of the western theorization of *bonum commune*, involving both its theoretical model (the model of law as a “logical order” or “conceptual system”) and its performativity.

Nevertheless, there is still a space for a *new and rethought (and profoundly reshaped)* notion of *bonum commune*. I put forward some conceptual coordinates at a triple level, between philosophy and law and interlaced with each other, as a sort of theoretical scale or *climax*: *bonum commune* as a *unity*, *bonum commune* as a (political) *institution* and *bonum commune* as a philosophical/anthropological *dimension*.

On a sociological level *bonum commune* is to be understood as a concept of *unity*.

More precisely, by *bonum commune* we indicate the minimum cohesion which is expected to be the formal, and substantial, condition for the existence of society. This is a weak notion of *bonum commune*: in other words, can we renounce to the existence of a social context thinkable *as a society* or *as a unity*? In this direction, for instance the current debate concerning the existence of a “European public (legal, institutional) space” highlights the problems raised by the absence of a shared social-cultural space and, consequently, the difficulty to establish functional political-institutional models.

Hence the relevance, on a political and legal level, of a second possible dimension of *bonum commune*: *bonum commune* as an *institution*.

Starting from the Greek experience, and broadly according to the western philosophical and legal tradition, *bonum commune* is *always* rooted in a structured society, that is to say in an *institutional* structure and in a legal system. In other words, *bonum commune* cannot be conceived as an abstract dimension: on the contrary, it arises

<sup>59</sup> John RAWLS: *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press, 1993.

and develops *only within* an aggregated context (πόλις, *civitas* and so on).<sup>60</sup> Along this direction, we should deepen the fundamental role played by the idea of “institution”: in fact, more in detail, it is to be understood not only as a political–legal articulation but, even before and in a wider look, as an anthropological dimension.

This latter, especially considered in the light of its strict connections with the previous dimensions, represents the most important level of *bonum commune*.

From the anthropological point of view we have a theoretical circle: *bonum commune* corresponds with the human “relation” and, in a symmetric manner, the “relation” is to be understood as a *common* (or, better, universal) *good*. The elaboration of *bonum commune* concerns both the dimension of meanings, that is to say the common–universal human capacity to elaborate social senses, and in order to their necessary political–legal formalization (i.e. the “common goods”) and, consequently, the definition of the legal or political tools to protect them, by now within a multicultural perspective.

In conclusion, to sum up the entire argumentation this triple conceptual scheme concerning the concept of *bonum commune* (sociological level: *bonum commune* as a unity; institutional level: *bonum commune* as an institution; anthropological level: *bonum commune* as a dimension) presents a twofold advantage.

On the one hand, it somehow represents an ideal prosecution or an evolution of the western philosophical–legal heritage, with particular reference to the pair “community–common good”.

The Greek κοινωμία, as well as the Roman and later medieval notion of *civitas*, especially if it is understood as a political and legal basis of *bonum commune* (ἀγαθός), concerns not only the multiple and various human relations *within* the *polis* or in an institutionalized context. By the notion of κοινωμία, and more widely by its articulation at a later stage called *bonum commune*, western tradition has also indicated the *necessary* anthropological inclination to elaborate “social meanings” *in a cognitive manner*. In other words, society has never been just an “empty space”, wherein trades and bargains take place, but it is the expression of a culturally (i.e. philosophically, theoretically) horizon oriented towards a universal dimension. This is the *bonum commune* or, better, the *commune bonum* (the real “common good”) which characterizes our tradition and, maybe, the human being itself.

On the other hand, this possible rethinking of *bonum commune* as an *anthropological-cognitive form or disposition*, but not in a formalist manner, could be still useful to understand the contemporary and complex western societies. Maintaining its theoretical soundness, it appears sufficiently adaptable (or flexible, suited) to our contexts both in order to guarantee a social/cultural unity and to face the current and very different cultural conditions.

<sup>60</sup> “Communitas et unum quasi corpus humanitatis de singulis curam gerere, velut homo quilibet in suis membris et debet et potest.” (*Questiones de iuris subtilitatibus*, V, 7, 47–49): I quote from *Questiones de iuris subtilitatibus*. (ed. by Ginevra ZANETTI) Firenze, La Nuova Italia, 1958. 23. With regards to the Aristotelian origin of this work Adriano CAVANNA: *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico I*. Milano, Giuffrè, 1982. 40–41.



## DIE HAND AUS DEM JENSEITS? ZUR FRAGE DER GRENZEN DER VERMÖGENSVERFÜGUNG IM TODESFALLE NACH RÖMISCHEM RECHT

Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER  
Unwersytet Jagielloński

### **1. Eine Diskrepanz zwischen Person und Rechtssubjekt**

Es stellt sich heraus, dass das Leben nach dem Tod nicht nur für die Eschatologie, bzw. allgemein für die Theologie, als eine geordnete Reflektion im Licht der Offenbarung, interessant ist. Auch für die Rechtswissenschaft ist diese Frage von Bedeutung. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit dieser Problemstellung zwar aus einer anderen Perspektive als dies die Theologie tut, die im Menschen eine unsterbliche Seele sieht. Die Juristen stehen dagegen vor der Frage, was von dem Verstorbenen in der Welt der Lebenden verbleibt. Der wirkliche Humanismus darf vom Willen und vom Vermächtnis eines Menschen, nachdem er den Menschen zu Lebzeiten in das Zentrum seines Interesses gestellt hat, nicht abstrahieren. Sogar wenn man annimmt, dass mit dem Tod alles sein Ende fände, wäre „das alles“ bloß auf das Subjekt beschränkt. Es bleiben dingliche Rechte und Schuldverhältnisse, manchmal auch die Familienpflicht. Die Sozialordnung verlangt eine Regulation, die hauptsächlich durch das Erbrecht verwirklicht wird. In diesem Bereich stehen wir vor einem rechtlichen Problem des Dualismus, dass sich aus den verschiedenen Aspekten der Diskrepanz zwischen der Person und dem Rechtssubjekt ergibt. Zu Lebzeiten sieht diese Diskrepanz anders aus als nach dem Tod. Übrigens scheint die Sache erst nach dem Tod wirklich interessant zu werden. Nicht nur aus dem Grunde, dass der Mensch – ich erlaube mir das lapidar zu formulieren – stirbt, jedoch seine Verfügungen die Rechtsverhältnisse des Todesfalles gestalten. Es scheint ja, dass wir auch einen Einfluss darauf haben wollten, was sich nach unserem Tod zutragen wird. In welchem Umfang soll dies jedoch gewährt werden? In möglichst weitgehendem? Welche soziale Voraussetzungen und rechtliche Grundlagen sind bei einer eventuellen „Intervention in der Zukunft“ vorhanden? Diese Fragen betreffen den Bereich, ob man zumindest einige Versuche von Übergriffen „der Hand aus dem Jenseits“, im Hinblick auf die Lebenden zulassen dürfe. Jemand könnte sogar bemerken, dass

hier nicht ein Mensch wirkt – er kann dies ja nicht, weil er nicht mehr existiert; und doch lässt das Recht es zu, dass sich sein Wille in die Welt der Lebenden einmischt. „Die Hand aus dem Jenseits“ ist kein Entschluss über die Höhe der Erbeanteile, sondern bestimmte Beschlüsse, die langfristig das Handeln der im Bereich der Lebenden verbliebenen Erben kontrollieren. Soll der Verstorbene für die Rechtsordnung auch nach seinem Tod existieren? Andererseits: die Lebenden möchten doch – wenn sie an sich selbst denken, einen Einfluss auf die Welt nach ihrem Tod haben, vor allem dann, wenn sie das hinterlassen, wofür sie ein ganzes Leben lang gearbeitet haben. In welchem Ausmaß sollte es sinnvoll sein, so etwas zuzulassen? Die Diskussion dreht sich eigentlich um das Problem, was in der Vorlesung des römischen Erbrechts üblicherweise mit einem leicht ins Ohr gehenden, lateinischen Spruch *semel heres, semper heres*<sup>1</sup> ausgedrückt wird. Der Satz wird normalerweise übersetzt: Einmal Erbe immer Erbe.

Dieser Fragenkomplex ist keineswegs aufgebläht. In Erörterungen über Methoden der Rechtsvergleichung wurde man darauf aufmerksam gemacht, dass diese sich nicht auf die Analyse paralleler Rechtsinstitute beschränken, sondern eher auf die Analyse der Lösungen ähnlicher Probleme ausgerichtet sind. In einem führenden und klassischen Lehrbuch wird die Sache mit einem Beispiel dargestellt: wie kommen die Rechtssysteme verschiedener Länder, verschiedener Rechtskreise, bzw. Traditionen dem Verlangen eines Testators entgegen, damit er sein Vermögen noch lange nach seinem eigenen Tod kontrollieren könne<sup>2</sup>. Das Recht versucht auf verschiedene Art und Weise, in verschiedenen Zeiten und in unterschiedlichen Orten der Welt den Erwartungen der Gesellschaft zu entsprechen. In einem weiteren, rechtsvergleichenden Kontext darf man die Frage wiederholen: Lässt man die Einwirkungen des Menschen auf den Rechtsverkehr nach seinem Tod zu? Wenn ja, dann in welchem Ausmaß? Darf man hier etwas mehr erwarten? Eine positive Antwort auf die erste Frage sollte weder in Erstaunen noch in Zweifel versetzen. War das aber schon immer so? Um den Kontext historisch auszudehnen, gehen wir bis in die Antike, insbesondere bis in das römische Recht zurück. In welchem Ausmaß erlaubt es die lobenswerte Vergangenheit die zweite Frage zu beantworten? Sogar wenn man aufmerksam und bis zum Ende die Beschlüsse der Verstorbenen erfüllen will – aus Hochachtung für „den letzten Willen“, dann ist es wohl kaum möglich dies ohne Beschränkungen umsetzen.

## 2. Verfügungen *poenae nomine*

Im römischen Recht sieht man deutlich, dass die Juristen bestrebt waren, den Verfügungen *poenae nomine* Grenzen zu setzen. Bei diesen Verfügungen handelte

<sup>1</sup> Er erstand in Zusammenhang mit folgendem Fragmenten: D. 28.5.89. GAIUS *sing. de casibus*: [...] *cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse*; D. 4.4.7.10. ULPIANUS *II ad ed.*: [...] *sine dubio heres manebit, qui semel exstitit*.

<sup>2</sup> Konrad ZWIEGERT – Hein KÖTZ: *Introduction to Comparative Law*. übersetzt von Tony WEIR. 3. Ausgabe. Oxford, Oxford University Press, 1998. 35.



es sich um Bestimmungen, in die der testamentarisch Bedachte von sich aus nicht eingewilligt hätte.

Die lateinischen Wendungen soll man nicht direkt übersetzen und von Verfügungen der Bestrafung wegen sprechen. Der Begriff wurde nämlich im Kontext von Akten des letzten Willens gebraucht, in denen der Erblasser den Erben oder Vermächtnisinhaber zu bestimmten Handlungen zu zwingen versucht, die er direkt nicht verlangen könnte. Über diesen Typus der Rechtsgeschäfte *mortis causa* berichtet Gaius im zweiten Kommentar seiner Institutionen.<sup>3</sup> Bei der *poenae nomine* Einsetzung von Erben, Miterben, Bestellung der Vermächtnissen, Fideikommissionserben, Befreiungen oder testamentarischen Auflagen versuchte der Erblasser solche Wirkungen zu erreichen, die er *inter vivos* nicht verwirklichen hätte können. In der Tat versuchte er die Erben, Vermächtnisinhaber, bzw. Freigelassenen dazu zu bewegen, gegen ihre eigene Überzeugung zu handeln. Ein Verbot solcher Verfügungen von Todes wegen betonten die römischen Juristen insbesondere bei Vermächtnissen.<sup>4</sup> Offensichtlich waren das die ältesten oder häufigsten Verfügungen *poenae nomine*. Sie konnten beispielsweise dazu dienen, Druck auf den Erben auszuüben, damit er einen bestimmten Sklaven verkauft, ihn also zu zwingen über eigene Rechte zu verfügen. Gaius gibt ein paar andere Beispiele. Das erste Beispiel ist das Verbot der Eheschließung der Tochter des Erbberechtigten mit bestimmten Personen. Falls sie gegen den Willen des Testators handelte, wurde dem anderen Kandidaten ein hohes Legat (Vermächtnis) als Entschädigung gezahlt. Das zweite Beispiel ist die Verfügung der Pflicht der Eheschließung der Tochter des Erbberechtigten mit bestimmten Personen; auch diese Bestimmung ist wieder mit einem Vermächtnis „bedroht“. In einer universellen Fideikommission *poenae nomine* wurde hingegen die Herausgabe der Erbschaft nicht nur von der Heirat einer bestimmten Person abhängig gemacht, sondern zusätzlich von der Erfüllung einer anderen –ungünstigen– Auflage für den Erben, Fideikommissionserben oder für ihren agnatischen Machttäger, Patrone bzw. Eigentümer.<sup>5</sup> Über die sehr negative Bewertung von Verfügungen *poenae nomine* durch Sabinus berichten die justinianische Institutionen. Es scheint gesichert, dass spätestens seit Beginn des 2. Jh. nach Chr. solchen Verfügungen keine Rechtskraft zugestanden wurde.<sup>6</sup> Ein starker und entschlossener Widerspruch der Jurisprudenz bestätigt die Ablehnung der Zulässigkeit der Verfügungen *poenae nomine* auch in den sehr freien Soldatentestamenten.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Gai 2.235; Gai 2.243; Gai 2.288.

<sup>4</sup> D. 34.6.1. AFRICANUS *quest.*; D. 34.6.2. MARCIANUS 6 *inst.*; D. 35.1.12. ULPIANUS 24 *ad Sab.*; Hist. Aug. Pius. 8.5.

<sup>5</sup> FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER: *L'abuso del diritto nell'esperienza del dirittoprivato romano*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2013. 99–103.

<sup>6</sup> FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*. Warszawa, Liber, 1997. 162.

<sup>7</sup> I. 2.20.36.

### 3. Zu den Rechtsprinzipien und der Rechtspolitik

In diesem Kontext könnten wir auch heute die Frage stellen, ob es nun die Möglichkeit eines Einflusses darauf gibt, was nach unserem Tod geschehen soll, oder ob wir von derartigen Verfügungen nur träumen. Man kann hier auch von einer anderen Seite anfangen. Die Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997 enthält zwei ähnlich formulierte Vorschriften. Art. 21 Abs. 1 lautet: „Die Republik Polen schützt das Eigentum und das Erbrecht“. Aus einem anderen Gesichtspunkt formuliert sie das noch ein Mal in Art. 64 Abs. 1: „Jedermann hat Recht auf Eigentum und andere Vermögensrechte und auch Erbrecht“. Auf ähnlicher Weise spricht sich das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Art. 14 I 1 aus: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet“. Aus den zitierten Vorschriften scheint sich zu ergeben, dass die Vererbung eine Eigentumsverlängerung ist. Es wird das *ius disponendi mortis causa* garantiert. Wenn man sich aber Gedanken über die Verfügungsfreiheit von Todes wegen machen würde, dann entstehen logischerweise auch nebenstehende Fragen: Was bedeuten die oben genannte Regulierungen? Was könnten sie bedeuten? Ist alles ausschließlich auf das früher erwähnten Prinzip *semel heres semper heres* zurückzuführen, darf man sich also nur ein einziges Mal entscheiden? Oder haben wir vielleicht dank unseres ersparten Vermögen und einer subjektiv größeren Verfügungsfreiheit, keinen Ausweg. Wir dürfen das Vermögen nicht für uns behalten, es stellt sich die Frage, ob wir es für andere, weiterreichende Ziele verwenden dürfen.

Besonders interessant scheinen die zeitlich weiter entfernten Ziele zu sein. Ein Verbot für Rechtsgeschäfte *poenae nomine* ist ein charakteristischer Extrempunkt. Die Bedeutung der nicht testamentarischen Erbfolge lässt in der Regel die Frage offen, in welchem Grade die Gesellschaft ein Recht hat, darüber zu entscheiden, was mit dem Vermögen des Verstorbenen passieren soll. Es handelt sich nicht nur um die Einsetzung der richtigsten Ordnung der Erbfolge in der Sukzession *ab intestato*. Es kommt vielmehr darauf an, in welchem Ausmaß man dem Testator Gebrauch von dem *ius disponendi mortis causa* machen lässt. Manchmal kann der Verdacht entstehen, dass das Rechtssystem den Menschen eigentlich nur die Position des Verwalters des eigenen Vermögens gibt. Man gewinnt nicht einmal den Eindruck, dass die Gesellschaft einen Anspruch auf dieses Vermögen zu erheben versucht. Alles das ist selbstverständlich die Domäne der Rechtspolitik im weiteren Sinne, die – wenn sie nicht planmäßig geführt ist – vor allem die Überzeugungen der Gesellschaft widerspiegelt. Sie findet ihren Ausdruck in der Weise und im Ausmaß, in denen die Werte im Recht umgesetzt sind. Es ist schwer hier nicht zu fragen, von welchen Werten bestimmte erbrechtliche Lösungen getragen werden. Die Grundsätze bestimmter Lösungen des römischen Rechts stehen dabei im Vordergrund. So insbesondere *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* und die Freiheit der Vermögensverfügung *mortis causa*. Fragt man nach den verschiedenen Aspekten der Diskrepanz zwischen der Person und dem Rechtssubjekt, so ist die Aufmerksamkeit vor allem auf die Auslegungsprinzipien zu richten, vor allem auch auf die Respektierung des Willens des Verstorbenen. Es besteht kein Zweifel, dass diesem in der gesamten römischen Geschichte große

Bedeutung beigemessen wird.<sup>8</sup> Diese Hochachtung vor den letzten Entschlüssen des *de cuius* hat aus moralischer Sicht selbstverständlich eine eindeutig positive Bewertung verdient. Jedoch hat das Sozialleben nicht nur ethische Dimensionen. Eine sorgfältige Erfüllung des Willens des Verstorbenen und insbesondere einer Verbreitung der Notwendigkeit eines solchen Verhaltens lässt einen potentiellen Erblasser begründet hoffen, dass auch sein letzter Wille im Hinblick auf sein Vermögen erfüllt werden wird. Aus diesem Grunde wurden Normen durch die Gesellschaft geschaffen, die die Einführung solcher Rechtsinstitute als etwas Nützlichem anerkennen und die den Gehorsam bei Verfügungen von Todes wegen erzwingen. Es war schon so im antiken Rom, wo man die Hochachtung vor der *voluntas testantium* verlangte. Das Ziel bestand darin, möglichst treu und sorgfältig nach dem Willen des Verstorbenen zu suchen und diesen zu erfüllen (der Wille sollte mindestens hypothetisch oder höchstwahrscheinlich sein). Man bemühte sich mit lauterer Strebsamkeit darum, zu zeigen, was der *de cuius* gemeint, gewollt hat und was erreicht werden sollte. Sogar auch wenn es scheint, dass er in seinen Handlungen keine Rücksicht auf die Natur der *heredis institutio* und das Testament als einen formalen Akt genommen hat<sup>9</sup>. Die letzte Ehre wurde dem Verstorbenen durch eine solche Auslegung seines Willens erwiesen, die im Endeffekt möglichst seiner Absicht entsprach. Die Auslegungskunst war nur eine besondere Dimension des Gehorsams gegenüber den Wünschen des Verstorbenen. Ein allgemeines Ausmaß der Achtung im Hinblick auf den *voluntas testantium* wurde durch die Schaffung neuer Bestimmungen zum Ausdruck gebracht, die die Freiheit der Vermögensverfügung von Todes wegen erleichtern sollten. Es wurden rechtlich solche Verfügungen geschützt, die sich im bisherigen Schema des Erbrechts nicht platzieren haben lassen, es sei denn, dass man einen Missklang mit bestehenden Normen oder Sittenwidrigkeit in Kauf genommen hätte. Ein sehr gutes Beispiel dafür, wie man praktisch Gehorsam gegenüber dem Willen des Verstorbenen gezeigt hat, ist das Fideikommiss. Besonders interessant für die Erörterungen über das Leben nach dem Tod und die Sache, wie weit „die Hand aus dem Jenseits“ reicht, scheinen nebenstehende Fragen zu sein: wie lang nach seinem Tode und in welchem Ausmaß kann der Verstorbene dank treuhändischer Vermächtnisse über das Verhalten der Lebenden entscheiden<sup>10</sup>.

Um auf den Grundsatz *semel heres semper heres* zurückgekommen, müsste man fragen, ob das mit diesen Worten ausgedrückte Prinzip nur „flach“ betrachtet werden sollte. Das würde bedeuten, dass die Entscheidung des Testators im Grunde genommen nur bis zum Zeitpunkt der Erbschaftsannahme Bedeutung hätte. Beinhaltet dieses Prinzip trotz allem die Hoffnung auf eine wie immer geartete „Tiefe“? Bei der letzten

<sup>8</sup> Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER: Il rispetto per la volontà del de cuius sull'esempio dei fedecommissi romani. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1998/45. 479–500.

<sup>9</sup> Auf dieses Problem wird in der Lehre des römischen Rechts insbesondere bereits seit Antonio SUMAN: „Favor testamenti“ e „voluntas testantium“. *Studio di diritto romano*. Roma, Atheneum, 1916. 3. aufmerksam gemacht.

<sup>10</sup> LONGCHAMPS DE BÉRIER (1998) op. cit. 492.

Frage reicht es nicht aus, auf die Möglichkeit einer Hinzufügung testamentarischer Auflagen hinzuweisen, da diese zwar verpflichtend, aber nicht einklagbar ist.

Das Minimum weist die Pupillarsubstitution aus, in der man einen Erben nicht – wie in einer Universalsukzession – für den Fall des eigenen Todes bestellt, sondern im Hinblick auf den Tod eines Dritten. Es stimmt, dass der Umfang „einer Intervention in die Zukunft“ hier wesentlich eingeschränkt wurde, weil man ausschließlich im Hinblick auf eigene und dazu unmündige Nachkommen disponieren durfte. Selbstverständlich nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem diese die Volljährigkeit erreicht haben. Die Erbschaft angetreten, bekam ein Ersatzerbe üblicherweise lediglich die Erbschaft nach dem Substitutionsbesteller. Es spricht nichts dagegen, dass man Schenkungen, Erbschaften, Legate sowie fideikommissarische Verfügungen miteinbezieht, die der Minderjährige von anderen bekommen hat.

#### 4. Das Fideikommiss als Rechtsinstitut

Das Fideikommiss sagt uns sehr viel über die römische Mentalität (Überzeugungen) und ihre Errungenschaften im Bereich des Erbrechts. Dank dieser Institution konnte der Erblasser praktisch über das Schicksal der Erben nach der *aditio hereditatis* entscheiden. Dies lässt sich aus der dogmatischen Konstruktion eines treuhänderischen Vermächtnisses ableiten. Ohne Zweifel stellten sich die Quiriten damals die Frage, wie man auf das Verhalten anderer Einfluss nehmen kann, wenn man wegen des Todes nicht mehr handeln kann. In diesem Zusammenhang sieht man die prinzipielle Bedeutung der Einführung der Klagbarkeit von fideikommissarischen Bestellung durch Kaiser Octavian Augustus. Dadurch entstand eine Jurisdiktion, die die erste der uns bekannten *cognitiones extraordinariae* bildet. Diese Rechtseinrichtung fand die Zustimmung der Jurisprudenz.<sup>11</sup>

Die Achtung des Willens des Verstorbenen hat übrigens nicht nur in Handlungen des Kaisers und der Jurisprudenz ihren Ausdruck gefunden. Ein ziemlich umfassendes Quellenmaterial beweist, dass diese Rechtseinrichtung große praktische Bedeutung genossen hat, d. h. sie musste Interesse und Unterstützung bei einer umfangreichen Gruppe von Bürgern gefunden haben. Einer völligeren Hochachtung gegenüber dem Willen des Verstorbenen diente die Tätigkeit des Senats. Im Falle der universalen, treuhänderischen Vermächtnisse hat eine besondere Schwierigkeit die Übertragung von Erblasserschulden und Erblasserforderungen gemacht. Dank des *senatus consultum Trebellianum* und *senatus consultum Pegasianum* ist es gelungen, sowohl die Normen als auch die Formen für eine solche Erbschaftsvermögensübertragung zu schaffen<sup>12</sup>. All das im Hinblick darauf, um den Fideikommissar zu einem Nachfolger des *de cuius* im Hinblick auf alle Rechte zu machen. Dadurch wurde die Realisierung der

<sup>11</sup> I. 2.23.1.

<sup>12</sup> G. 2.251–259.

Vorhaben von Erblässern ermöglicht, die sich entschieden haben, ihr Vermögen im Rahmen eines universalen Fideikommiss weiterzugeben.<sup>13</sup>

Zum Prinzip *semel heres semper heres* zurückgekommen: nach dem *ius civile*, wer ein Mal *ipso iure* oder durch *aditio hereditatis* ein Erbe des verstorbenen Erblässers wurde, der blieb es auch für immer. Das Erbschaftsfideikommiss hat formell dagegen nicht verstoßen, obwohl es seiner Natur nach eine tatsächliche Rechtsumgehung bedeutet hat. Es ist wesentlich, dass es eben als eine solche Einrichtung anerkannt und als solches durch das Recht anerkannt wurde. Dank der Verschiebungsmöglichkeit des Auslieferungszeitpunktes für den Fideikommissar durch die Hinzufügung von Bedingungen oder Fristen zu treuhänderischen Vermächtnisse ist die Umgehung des Prinzips *semel heres semper heres* für Erblasser sehr einfach geworden. Hier sollte man zwei historisch bedeutende Lösungen erwähnen, die die Testatoren gerne, oft und mit Erfolg verwendet haben.

### 5. Die Frist *post mortem suam*

Die erste ist das Erbschaftsfideikommiss mit der Zeitbeschränkung in der Form einer Klausel *post mortem suam*. Es hat sich sogar seine Sonderart – *fideicommissum eius quod supererit* entwickelt, üblicherweise Fideikommission *de residuo* genannt. Seine Eigenheit fand natürlich ihren Ausdruck darin, dass der Erbe oder Universalfideikommissar zum Zeitpunkt seines eigenen Todes der auserwählten Person den vorher geerbten Teil der Erbmasse zu vermachen verpflichtet war<sup>14</sup>. Diese Verpflichtung beinhaltete nicht nur dies, was noch nicht verbraucht worden ist, sondern auch – es sei den der Erblasser hat es anders bestimmt – bestehende Zivilfrüchte, die die *hereditas* abwirft. Der Erblasser verpflichtete seinen Universalerben *mortis causa* dazu, dass er nur das weitergibt, was zum Zeitpunkt des Todes des Erben in der Erbmasse noch vorhanden ist. Das Fideikommiss hat also deutlich in erster Linie alimentären Charakter, was die Person angeht, die aus ihm verpflichtet worden ist. Nach Alfonso Murillo Villar ist der Fideikommissar vom Zeitpunkt der Erbschaftsübernahme bis zum Tode *de*

<sup>13</sup> LONGCHAMPS DE BÉRIER (1998) op. cit. 495.

<sup>14</sup> D. 5.3.25.15. ULPIANUS 15 ad ed.: [...] *deinde alia posse dici totum quod superest restituere eum debere* [...]; D. 5.3.25.16. ULPIANUS 15 ad ed.: [...] *quod sibi superfuisset ex hereditate reddere* [...]; D. 22.1.3.2. PAPINIANUS 20 quaest.: [...] *ut puta si quis rogetur post mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio restituere* [...]; D. 31.70.3. PAPINIANUS 20 quaest.: [...] *quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere* [...]; D. 36.17.3. ULPIANUS 4 fid.: [...] *quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus*; D. 36.1.23.4. ULPIANUS 5 disp.: [...] *si quod superfuisset rogata esset restituere*; D. 36.1.56. PAPINIANUS 19 quaest.: *Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere* [...]; D. 36.1.60.7. PAPINIANUS 9 resp.: *Quod ex hereditate superfuisset, cum moreretur, restituere rogatus* [...]; D. 36.1.60.8. PAPINIANUS 9 resp.: *Heres eius, qui bonorum superfluum post mortem suam restituere fuerat rogatus* [...]; D. 36.1.77.1. SCAEVOLA 18 dig.: [...] *rogo te, ut id, quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire ad filium tuum* [...]; D. 36.1.82. SCAEVOLA 5 dig.: [...] *ut post mortem restituerent, quod ex re familiari testatoris superfuerit* [...]; C. 6.42.16. CARUS CARINUS ET NUMERIANUS (a. 283): [...] *id est, ubi heres rogatus fuerat, quidquid ex hereditate pervenerit* [...].

*residuo* echter Treuhänder, dessen Treue man die Erhaltung und Weiterübergabe anvertraute *eius quod supererit*.<sup>15</sup> Diese Figur gibt jedoch nur teilweise die rechtliche Stellung dieser Person wider, weil eigentlich jeder, den man zur Erbschaftsübertragung verpflichtete, die Aufgabe hatte, die Erbmasse gänzlich und zur vorgesehenen Zeit zu übergeben. Der Treuhänder *de residuo* konnte die vermachten Güter benutzen, verbrauchen und verändern. Dem Fideikommissar stand nur der Anspruch auf die Güter zu, die verblieben waren. Die Rechte des Treuhänders *inter vivos* waren beschränkt, Verstöße wurden nach den Kriterien der *bona fides* und des *arbitrium boni viri* festgestellt, Haftung traf erst die Erben.

## 6. Die Bedingung *si sine liberis decesserit*

Die zweite, noch interessantere Lösung war die Hinfügung einer Bedingung *si sine liberis decesserit*.<sup>16</sup> Die Universalfideikommissare erhielten die Erbmasse, wenn die mit dem Treuhandvermächtnis belastete Person kinderlos starb, d.h. wenn im Zeitpunkt des Todes keine Kinder am Leben waren. Die Hauptursache der Bedingungsstellung *de cuius* war diesmal nicht die Alimentation des Treuhänders, sondern die Entscheidung über das Schicksal der Erbmasse in dem Falle, dass diese nicht den Kindern vermacht werden konnte. Die Rolle des Fideikommissars kam oft Familienmitgliedern zu. In diesem Sinne zeigt sich, dass die Klausel *si sine liberis decesserit* mit Erfolg dazu verwendet wurde, die Erbmasse in den Händen der Familie zu belassen.<sup>17</sup> So entstand das Familienfideikommiss, welches sich vor allem im 2. Jh. n. Chr. als Treuhandvermächtnis herauskristallisierte.<sup>18</sup> Das Ziel der Erblasser bei der Errichtung des *fideicommissum familiae relictum* bestand im Zusammenhalt aller Güter und Erbmassen innerhalb der *familia*, *nomen familiae* oder *nomen* des Testators. Das Wesen jeder fideikommissarischen Bestimmung wurde in dem in der *rogatio* ausgedrückten Willen, Personen zu verpflichten, denen bestimmte Teile der Erbmasse zufallen sollten. Der Testator vermachte

<sup>15</sup> Alfonso MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo en derecho romano*. Valladolid–Salamanca, Universidad de Valladolid, 1989. 61–63.; IDEM: Aproximación al origen del fideicomiso de eo quod supererit. *BIDR*, 1989–1990/91–92. 121–149.; FRANCISCO CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*. Santander, Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2004.

<sup>16</sup> D. 30.123 pr. MARCELLUS *sing. Resp.*; D. 36.1.3.4. ULPIANUS 3 *fid.*; D. 36.1.18.4,5,8. ULPIANUS 2 *fid.*; D. 36.1.23.4. ULPIANUS 5 *disp.*; D. 36.1.26.2. IULIANUS 39 *dig.*; D. 36.1.33. CELSUS 20 *dig.*; D. 36.1.34. MARCIANUS 8 *inst.*; D. 36.1.59.1. PAPINIANUS 8 *resp.*; D. 36.1.64 pr. SCAEVOLA 4 *resp.*; D. 36.1.79 pr.-1. SCAEVOLA 20 *dig.*; D. 36.1.83. PAULUS *imp. sent. ex libris VI 1 seu decr.* 2; Paul. *Sent.* 4.1.13; C. 6.42.5. ANTONINUS (a. 224); C. 6.46.1. SEVERUS ET ANTONINUS (a. 197); C. 6.50.10. GORDIANUS (a. 241).

<sup>17</sup> Alan BARR: The “conditio si institutus sine liberis decesserit” in Scots and South African Law. In: Kenneth REID – Marius DE WAAL – Reinhard ZIMMERMANN (ed.): *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*. Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007. 177–192.

<sup>18</sup> Die erste Erwähnung der familiären Fideikommission tritt im 39. Buch *digestorum* des Julian auf – D. 36.1.26.2.

im familiären Treuhandvermächtnis durch Blutsverwandtschaft verbundenen Personen bestimmte Vermögensmassen oder einzelne Gegenstände und drückte den Willen aus, diese Dinge unveräußerlich werden zu lassen. Ausgeschlossen sollten alle Personen werden, die nicht seinen Namen weiterführten. Rechtlich unwirksam waren deshalb Anordnungen, die von Erben, Legataren oder Fideikommissaren durchgeführt worden wären. Das Ziel bestand darin, das Vermögen ungeteilt zu belassen. Das Familienfideikommiss konnte ein einfaches sein und sich etwa auf die Übertragung von Immobilien beschränken, es konnte aber auch in der Form eines universellen Treuhandvermächtnis abgefasst sein.<sup>19</sup>

Wie ich an anderer Stelle geschrieben habe<sup>20</sup>, konnte der Erblasser mit großer Freizügigkeit die Universalsukzession regeln in der Form eines Vermächtnisses *pure* oder mit einer Bedingung oder einer Terminfestlegung – vor allem mit der Frist *post mortem* und der Bedingung *si sine liberis decesserit*. Der Erblasser konnte einen oder mehrere Fideikommissare ernennen. Es war ihm erlaubt, bestimmte Personen zu ernennen oder er konnte die Ernennung – vor allem bei Blutsverwandten – den Erben oder späteren Fideikommissaren überlassen<sup>21</sup>. Es zeigt sich, dass der Wille des Verstorbenen noch lange Zeit nach seinem Tode für jene Personen bindend war, die die Erbschaftsgüter nutzten. Das Recht erlaubte jedoch nicht, dass dieser Zustand *ab infinitum* andauerte. In erster Linie waren aus der Erbschaftsmasse durch das *fideicommissum familiae relictum* Personen ermächtigt, die vom Verstorbenen namentlich genannt wurden. Nach diesen, gewöhnlich nach deren Tode, konnten die Erbgüter von den noch lebenden Blutsverwandten übernommen werden, von jenen, die noch vor dem Verstorbenen geboren wurden, oder von deren Kindern. Das Familienfideikommiss belastete wirksam lediglich jene Personen *ex nomine defuncti*, die zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch lebten und die Nachkommen in der ersten Linie.<sup>22</sup> Justinian erweiterte das Recht *fideicommissum familiae relictum* auf die Nachkommen bis zur vierten Linie der Blutsverwandtschaft<sup>23</sup>. Es gibt nicht viele so suggestive Beispiele einer solchen „Zukunftsintervention“: Ein Erblasser hat über das Schicksal seiner Erbmasse sogar hundert Jahre in die Zukunft entschieden. Außer diesem enormen Einfluss über eine so lange Zeitspanne konnte der Erblasser die Reihenfolge der Fideikommissare bestimmen. Herausragend – was die Vollkommenheit der Rechte angeht – ist das Recht des Fideikommissars zur Wahl seines Nachfolgers. Hinzufügen muss man, dass der Verstorbene im Rahmen

<sup>19</sup> ARMANDO TORRENT: *Fideicommissum familiae relictum*. Oviedo, Universidad de Oviedo, 1975. 16., 25–26., 61–105.

<sup>20</sup> LONGCHAMPS DE BÉRIER (1997) op. cit. 130.

<sup>21</sup> D. 36.1.18.6. ULPIANUS 2 *fid.*; D. 34.5.7.1. GAIUS 1 *fid.*; D. 36.1.59.2. PAPIANUS 8 *resp.*; D. 31.67 *pr.* PAPIANUS 19 *quaest.*; *por. tez* D. 30.75 *pr.* ULPIANUS 5 *disp.*; D. 31.24. ULPIANUS 2 *fid.*; D. 31.67.7. PAPIANUS 19 *quaest.*; D. 32.11.7-8. ULPIANUS 2 *fid.*

<sup>22</sup> D. 31.32.6. MODESTINUS 9 *reg.*

<sup>23</sup> Nov. 159.2 (a. 555). LUCETTA DESANTI: Nov. Iust. 159 e il limite alla perpetuità del fedecommissato di famiglia. *SDHI*, 2002/68. 459–485.

eines Vermächtnisses die Personen frei bestimmen konnte.<sup>24</sup> Es zeigt sich, dass der Erblasser grundsätzlich ganz frei über sein Vermögen im Hinblick auf den Todesfall verfügen konnte. Im Rahmen der fideikommissarischen Bestimmungen konnte der Erblasser die Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge bestimmen. Er musste nicht einmal seine Rechtsnachfolger kennen, was auch oftmals nicht möglich war. Er konnte jedoch die Grundsätze regeln, nach welchen sein gesamtes Vermögen oder auch nur ein Teil seines Vermögens übertragen werden sollte. Die rechtliche Auswahl der Berechtigten zur familienfideikommissarischen Rechtsnachfolge hatte zwei Konsequenzen. Die erste bestand darin, dass naturgemäß nach einer andere bestimmte Person zum Erwerb des Fideikommisses berechtigt ist. Die zweite Konsequenz hatte strukturellen Charakter. Das Befugnis zum Erwerb des Erbutes von allen gleichberechtigten lebenden Deszendenten prägte die solidarischen Natur der Erbrechte der Begünstigten. Gleichzeitig kristallisierte sich das Verbot beim *fideicommissum familiae relictum* zur Veränderung der Güter heraus, die bei den Familienmitgliedern verbleiben sollten.<sup>25</sup> Man könnte sagen, dass dies nicht nur die Intervention des Verstorbenen in die Zukunft ist, sondern gar der Zusammenhalt des Erbvermögens in der so genannten „Hand aus dem Jenseits“.

## 7. Die fideikommissarische Substitution

Mit dem Effekt, den im römischen Erbrecht das Fideikommiss erzielte, bei welchem man durch Hinzugabe von Bedingung oder Termin den Moment der Herausgabe verschob kann man im Bereich des Zivilrechts das Institut der bereits erwähnten Pupliarsubstitution vergleichen. Das Recht erlaubte die „Zukunftsintervention“ – die Designation des nicht volljährigen dem Erblasser. Gegenüber den *heredes extranei*, die man zu Erben ernannte war die Stellung eines Pupilaren ungültig. Gaius bevorzugte die Anwendung des Universalfideikommisses in diesem Fall. In der Lehre sprach man sogar von der so genannten fideikommissarischen Substitution. Anwendung fand sie sowohl bei der Erbschaftsnachfolge, wie auch bei den Legaten. Man muss jedoch bemerken, dass die Nutzung dieser Wendung für das klassische Recht nicht gerechtfertigt ist<sup>26</sup>. Anderes gilt jedoch für später – im Hinblick auf die fideikommissarischen Bestimmungen kann man mit Recht von einer Treuhandsubstitution sprechen und das vorher erwähnte Familienfideikommiss wäre ein besonderer Fall einer solchen Substitution. Substitutionen nannte man vor allem jene Fideikommisses, bei denen man dem Erben die Freiheit überlies den Fideikommissar zu wählen<sup>27</sup>. Die durch das

<sup>24</sup> D. 30.123 pr. MARCELLUS *sing. resp.*; D. 36.1.3.4. ULPIANUS 3 *fid.*; D. 36.1.59.1. PAPINIANUS 8 *resp.*; D. 36.1.79 pr. SCAEVOLA 20 *dig.*; D. 36.1.80.4. SCAEVOLA 21 *dig.*

<sup>25</sup> LONGCHAMPS DE BÉRIER (1997) op. cit. 145.

<sup>26</sup> Lucetta DESANTI: *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*. Milano, A. Giuffrè Editore, 2003. 365–367.

<sup>27</sup> Milan BARTOŠEK: *Senatusconsultum Trebellianum*. Praha, Česká Akademie Věd a Umení, 1945. 202.



Fideikommiss erzielten Folgen unterschieden sich sehr von den Ergebnissen der *substitutio vulgaris* oder *pupillaris*. Bei der einfachen Substitution trat der *substitutus* an die Stelle des *institutus*, der die Erbmasse nicht erben konnte oder wollte. Der Substitut wurde somit direkter Erbe des Testators, hingegen bei der pupillaren Substitution war er erst Erbe des *pupillus* und auch nur dann, wenn dieser vor der Erreichung der Volljährigkeit starb. Jede dieser Substitutionen bedeutete die Sukzession in alle Rechte. Der auferlegten vom Erblasser (*de cuius*) auf dem Erbe Pflicht zur Herausgabe der Erbschaft an der bestimmten Person machte sie dem Gesamtnachfolger wie im Fall der *substitutio vulgaris*. Diese Rechtswirkung erfolgte jedoch im Fall des Erbschaftsfideikommisses nach dem Ablauf einer Zeitperiode wie bei der *substitutio pupillaris*. Im Fall dieser Art von *substitutio* setzte der Tod minderjähriger Erbe die Berufung eines Ersatzerben voraus. Der Erbe konnte dagegen die Entstehungsvoraussetzung der Rechte des Erbschaftsfideikommissares auch anders bestimmen. Die Erbmasse kam erst dem Erben zu, und später – oft erst nach seinem Tode – dem Fideikommissar. Das Treuhandvermächtnis konnte man ohnehin auf die nächsten Fideikommissare übertragen, wodurch man eine Anzahl an Rechtsnachfolgern festlegte. Darüber hinaus wandte man die Substitutionen nur bei der testamentarischen Erbfolge an, bei den Fideikommissionen ab der zweiten Hälfte des 2. Jh. nach Chr. Die Treuhandsubstitution bot also vielfältige neue Möglichkeiten, nicht vergleichbar mit den Wirkungen beider Arten von Substitutionen. Dies eröffnete den Erblassern die weit reichende Perspektive, bei der freien Verfügung ihres Vermögens im Fall des Todes und erlaubte die „Zukunftsintervention“ in Bereichen, in denen vorher keine andere Rechtsinstitution eingegriffen hatte.<sup>28</sup>

## 8. Abschluss

Es ist schwierig sich gegen Ende der Überlegungen der Frage zu entziehen, ob das Recht den Erwartungen oder Aspirationen – Einflussmöglichkeiten darauf zu ermöglichen, was nach unserem Tod geschehen soll – entgegenkommen soll. Ist dies ein Mehrwert, der durch das Erbrecht zu gewährleisten ist? Es scheint, dass das römische Recht eine positive Antwort auf diese Frage gibt. Die Nützlichkeit ist hier gar nicht so offensichtlich. Wenn man den Grundsatz *semel heres, semper heres* nicht „flach“ behandeln will, muss man die Konsequenzen der Einflussmöglichkeiten des Testators auch nach dem Erwerb durch die Erben überdenken. Denkbar sind also zwei Modelle. Die präzise Korrekturmaßnahmen der vollen Testierfreiheit oder beschränkte Zulassung der Nacherbenrechte in Rahmen der freien Verfügungen von Todes wegen. All dies wird *de lege ferenda* immer eine abwägende Diskussion der konkreten Lösungen verlangen.

<sup>28</sup> LONGCHAMPS DE BÉRIER (1997) op. cit. 156.



## IL MATRIMONIO NELLA PROSPETTIVA DELL'ANTROPOLOGIA CRISTIANA

Géza KUMINETZ  
Università Cattolica Pázmány Péter

### 1. Introduzione

Ogni ideologia del mondo e il potere che si fonda su di essa, crea un suo proprio codice etico, d'etichetta e giuridico fondamentale in cui è inclusa inevitabilmente anche l'indicazione relativa al matrimonio e alla famiglia. Anche se formalmente esprimiamo l'essenza, gli scopi e i valori esistenziali con gli stessi concetti fondamentali e con le stesse idee basilari, il loro contenuto essenziale viene determinato necessariamente dalla concezione scelta (religione). Questi contenuti dell'ideologia del mondo, in tutto o in parte, possono escludere oppure includere l'uno e l'altro.<sup>1</sup>

Noi, credenti in Dio, consideriamo il matrimonio come una creazione stabile sia della stessa natura, sia della natura umana intelligente, che è per lo più corrisponde alla dignità umana, sebbene sappiamo che in base ai fatti d'oggi, l'istituzione oppure il mistero del matrimonio non rimane il modo esclusivo della convivenza umana e della riproduzione della specie. Dato che il matrimonio viene determinato da varie opinioni, che in molti aspetti sono diametralmente apposte alla sensazione di vita cristiana, si cerca, per lo meno, di programmare la coscienza delle generazioni seguenti.<sup>2</sup> L'essenza del matrimonio, non costituisce il soggetto del consenso libero delle parti, cioè questa è una realtà indipendente dalla volontà delle parti in confronto delle opinioni molto in moda d'oggi secondo cui il matrimonio dipende dalla volontà delle parti così sia per la forma sia per il contenuto.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Perfino la connessione all'ideale data di matrimonio è il risultato di una decisione libera. Le idee e ideali sono, non soltanto riconoscibili, ma per la loro realizzazione bisogna anche credere in esse, sperare che si possono realizzare, ovvero bisogna soprattutto amarle.

<sup>2</sup> Cfr. Pál KECSKÉS: *A házasság etikája* [L'etica del matrimonio]. Budapest, Szent István, 1928. 6.

<sup>3</sup> Cfr. KECSKÉS op. cit. 34.

Per quanto riguarda l'essenza del matrimonio, essa è la comunione speciale (esclusiva e per tutta la vita)<sup>4</sup> dell'amore e della vita tra un uomo e una donna<sup>5</sup>, che ha quattro diramazioni avendo una stessa radice: cioè la sessualità (sexus), la riproduzione della specie (genus), l'amore (eros) e la morale (ethos), che non possono completamente ricondursi, ma si infiltrano l'uno con l'altro. Queste relazioni costituiscono in qualche maniera l'essenziale, gli scopi e i valori del matrimonio. Per conseguenza sono loro che devono essere correttamente determinate dal nostro ideale riguardante il matrimonio. La filosofia, la teologia e la giurisprudenza devono esprimere e difendere questa idea, ovvero questo ideale, ognuno con i suoi mezzi speciali.

Gli scopi del matrimonio sono costituiti dalla riproduzione della specie (il bene del prole), dal bene dei coniugi (la dignità dell'uomo, la maturità della persona) e dal bene della società (la convivenza pacifica tra i membri di una società, il bene comune: i matrimoni stabili e felici e le famiglie basate su di essi) oltre l'unità organica di essi.

Infine per quanto riguarda i valori esistenziali dobbiamo menzionare i quattro valori secondo Sant'Agostino, cercando anche di completarli: 1. il valore della prole (bonum prolis) per il quale intendiamo il diritto del bambino alla vita e l'obbligo della sua educazione. 2. il valore della fedeltà (bonum fidei) che significa la relazione tra i coniugi, cioè tra marito e moglie, più esattamente che nessuno può partecipare a questo legame d'amore (nello stesso tempo si può avere soltanto un marito oppure una sola moglie nel senso non soltanto giuridico ma anche morale, psicologico e biologico). 3. il valore dell'indissolubilità (bonum sacramenti), che seguendo la dinamica interiore del legame d'amore dichiara che qui si è formato un legame per tutta una vita, e finalmente 4. il valore della società (bonum societatis), che significa che l'autorità sociale convalida, consacra l'idea e l'ideale del matrimonio, che si crede e conosce come giusto, creando l'etica, l'etichetta e l'ordine del diritto fondamentale di essa.<sup>6</sup>

Dato che il nostro testo ha una caratteristica filosofica, le domande principali per le considerazioni filosofiche sono le seguenti: che cosa pensiamo della dignità umana, della sessualità umana; che cosa pensiamo della riproduzione delle specie; che cosa pensiamo dell'amore; che cosa pensiamo del matrimonio stesso come

<sup>4</sup> La riflessione della filosofia e del diritto canonico considera quest'unità e indissolubilità come delle caratteristiche essenziali del matrimonio. Secondo San Tommaso d'Aquino di quest'unità e indissolubilità derivano dei valori morali importanti, vale a dire l'unità e indissolubilità comporta e accresce molti valori morali. Così l'educazione dei figli può essere assicurata, se i genitori restano insieme. L'amore diventa più fedele se la possibilità della dissolubilità non può presentarsi come una cosa seducente. I coniugi si prendono cura più intensamente degli interessi dell'uno e dell'altro se la loro unità è indissolubile. Anche le relazioni pacifiche della parentela sono meglio servite dall'indissolubilità e non dalla possibilità del divorzio dato che in questo ultimo caso l'ostilità può intensificarsi. L'unità e indissolubilità sono la più grande scuola del rispetto reciproco. Cfr. KECSKÉS op. cit. 32.

<sup>5</sup> Cfr. Urbano NAVARRETE: *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*. Roma, Gregorian & Biblical Press, 1994. 69–105.

<sup>6</sup> Osserviamo che il matrimonio cristiano nella sua essenza, nei suoi scopi e nei suoi valori esistenziali è stato elevato in una dignità sacramentale quindi nella sua globalità è penetrato dalla soprannaturalezza, vale a dire dalla grazia di Cristo che salva ed eleva. La dignità sacramentale del matrimonio significa in realtà la sua perfezione morale. Cfr. KECSKÉS op. cit. 51.

istituzione morale e religiosa. Che cosa pensiamo del ruolo della società, ovvero, che cosa pensiamo di chi e che cosa è l'uomo e com'è la sua relazione con se stesso, con l'altro, con l'altro sesso, con la società, con l'universo e infine con Dio.

In questo saggio cerchiamo le risposte a queste domande in base all'antropologia cristiana.

## 2. La dignità dell'uomo e la maturità della persona

Sebbene i filosofi e i politici argomentino spesso con la maturità dei popoli, con la dignità umana e con i diritti, che nella storia dell'umanità promettono di arrivare ad un'epoca nuova (e che essa durerà per sempre), sembra più verosimile la constatazione, secondo cui „le osservazioni severamente scientifiche non provino la maturità del mondo. Secondo dei dati recenti, più di due terzi degli uomini della moderna e progressiva civiltà occidentale, che vola nello spazio e inventa il cervello elettrico, sono emozionalmente inequilibrati, moralmente infantili e religiosamente primitivi. Pare che la mancanza della maturità personale non sia stato mai un problema così doloroso, schiacciante e attuale come nei nostri giorni”.<sup>7</sup> La personalità immatura è insicura nelle sue decisioni, è inequilibrata nelle sue relazioni umane cioè personali, per questo anche i contatti e i matrimoni sono pieni di crisi.

La letteratura critica considera come persona gli individui dell'ordine spirituale. La natura spirituale significa una consapevolezza spirituale e una capacità libera di autodecisione che di fatto non si realizza necessariamente, ma sta anche come un compito, come uno scopo davanti all'essere concreto spirituale, che deve svilupparsi. Qui è data per la persona il destino e lo scopo irripetibile che lei stessa indica per se stessa conforme alla sua natura e a cui tiene anche se dovesse sacrificare la sua vita.<sup>8</sup> L'uomo mantiene non soltanto la sua esistenza ma forma anche se stesso e il suo ambiente secondo le scelte dei suoi ideali. I suoi ideali sono creduti e considerati assolutamente giusti.<sup>9</sup>

Dove c'è una persona, là ci sono necessariamente anche più persone che comunicano l'uno con l'altro, dato che „la vigorisità, l'autodecisione e l'autosufficienza hanno soltanto un senso vero, se c'è qualcuno contro chi, o con chi, oppure per chi, si può fare tutto questo. Davanti a chi posso chiudere o spalancare il modo speciale dell'essere che è esclusivamente il mio”.<sup>10</sup>

Quello che noi chiamiamo personalità è il lato della persona che per noi è visibile, è esaminabile, per la scienza è accessibile, quindi ciò che tra le circostanze e

<sup>7</sup> Cfr. Mihály SZENTMÁRTONI: *A személyi érettség felé* [Verso la maturità personale]. (Teológiai Kiskönyvtár, 4/2b) Roma, 1978. 5.

<sup>8</sup> Cfr. Johannes B. LOTZ: Személy [Persona]. In: Walter BRUGGER (hrsg.): *Filozófiai lexikon* [Enciclopedia della filosofia]. Budapest, Szent István Társulat, 2005. 381.

<sup>9</sup> In questo senso non esiste una libertà di culto perché se uno crede in una religione oppure in una concezione del mondo, non vuole più sceglierne un'altra, dato che l'ha trovata con la quale può incondizionatamente identificarsi, e questa identificazione è la libertà stessa.

<sup>10</sup> Cfr. Alfred ERŐSS: Az emberi személy problémája [Il problema della persona umana]. *Bölcséleti Közlemények* [Pubblicazioni filosofiche], 1943/9. 89.

caratteristiche date si fa presente dalla persona. Lo svilupparsi immanente finale di questo è il carattere.<sup>11</sup>

Le persone che prefiggono il loro scopo di vita più giustamente e realizzano meglio le loro capacità, diventano maestri dei cosiddetti valori assoluti. Essi saranno più autorevoli rispetto agli altri, più degni del guidare, di dare il buon esempio. Dietro ad ogni autorità dobbiamo trovare la realtà dell'esistenza personale naturale oppure morale.<sup>12</sup> E l'autorità „determina il modo dell'affermarsi dell'esistenza personale”.<sup>13</sup>

In questa natura spirituale sta la dignità umana, è questo la fa simile a Dio; questa natura spirituale dà gli obblighi e diritti speciali e inalienabili all'uomo (per esempio la libertà, l'intatto, la libertà di coscienza, il diritto alla proprietà, il libero esercizio del culto, il diritto al lavoro ecc...). Segnala, quindi, che in quanto alla dignità, tutti gli uomini sono uguali. È la categoria della dignità per mezzo della quale possiamo precisare la dimensione principale dell'uomo e che ha delle conseguenze etiche e giuridiche fondamentali, cioè che questa dignità deve essere rispettata da tutti gli altri uomini dalla concezione fino alla morte, anzi anche dopo la morte.<sup>14</sup>

Il valore reale dell'uomo viene data dalla sua autenticità morale e non soltanto dal suo rendimento visibile. Questo è il compimento della dignità umana cioè la creazione e l'educazione allo stato morale.<sup>15</sup>

Nel linguaggio filosofico e giuridico, la dignità umana è l'espressione della sostanza umana che ha creato la categoria della soggettività giuridica originale, accentuando l'invulnerabilità della persona umana.<sup>16</sup> Osserviamo che la soggettività comprende, non soltanto dei diritti fondamentali, ma anche dei doveri simili (inalienabili).

La dignità umana si compie in ultima analisi nella maturità degli affetti (nell'essere equilibrato), nella maggiore età morale e religiosa che l'uomo realizza per mezzo della scelta responsabile dello stato di vita, della vocazione e della fedeltà ad essi. Per questo il matrimonio come stato di vita contribuisce in modo decisivo allo svilupparsi e al vivere la nostra dignità umana.

### 3. La questione della sessualità dell'uomo

La sessualità, in quanto essere uomo o donna, determina la nostra essenza umana quasi più di tutt'altro.<sup>17</sup> È forse soltanto il nostro essere spirituale che ci determina

<sup>11</sup> Cfr. Walter BRUGGER – Hermann Joseph FISSENI: Személyiség [Personalità]. In: BRUGGER (2005) op. cit. 382–383.

<sup>12</sup> Cfr. Sándor HORVÁTH: Emberi és isteni tekintély [Autorità umana e divina]. In: Sándor HORVÁTH: *Hitvédelmi tanulmányok* [Studi apologetici]. Budapest, Jelenkor, 1943. 80.

<sup>13</sup> Cfr. HORVÁTH op. cit. 101.

<sup>14</sup> Cfr. Tamás BARCSI: *Az ember méltósága* [La dignità dell'uomo]. Máriabesnyő–Gödöllő, 2005. 10–11.; LOTZ op. cit. 114.

<sup>15</sup> Cfr. László HÁRSING: *Bevezetés az etikába* [Introduzione all'etica], Miskolc, Bíbor, 1999. 15.

<sup>16</sup> Cfr. János FRIVALDSZKY: *A jogfilozófia alapvető kérdései és elemei* [Le domande principali e gli elementi fondamentali del diritto della filosofia]. Budapest, Szent István, 2011. 19–48.

<sup>17</sup> Cfr. Piero Antonio BONNET: Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità (cann. 1055–1056). In: Piero Antonio BONNET – Carlo GULLO (a cura di): *Diritto matrimoniale canonico I*. (Studi giuridici LVI.). Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2002. 99–109.

ancora più. La nostra sessualità viene caratterizzata secondo László Noszlopi nel modo seguente: „La sessualità è molto più profonda delle nostre esperienze fisiche. Oltre la sfera del corpo, essa attira anche l'anima in un modo totalmente diverso che gli altri affetti sensuali e corporali. La sua caratteristica sta nella misteriosità, la sessualità nasconde istintamente un segreto agli altri. L'affetto della vergogna e del pudore è il rendersi consapevole di questo nascondimento e intimità e nello stesso tempo anche un'aspirazione a proteggerla”.<sup>18</sup>

Per quanto riguarda il nostro sesso ci sono due comportamenti fondamentali: 1) l'accettazione oppure 2) il rifiuto. Se lo rifiutiamo sarà per noi vergognoso e disprezzato anche la vita sessuale e il figlio. Oppure un male necessario che viene accompagnato dall'obbligatorietà di mantenere la specie. Anche se accettiamo il nostro sesso e la nostra sessualità, ci sono diverse possibilità: o lasciamo che essa si sviluppi in noi nel suo modo naturale e sia l'espressione del nostro amore,<sup>19</sup> o la vendiamo, la manipoliamo, in poche parole cerchiamo di godercela libertinamente. L'intelletto e la volontà devono ottenere il potere anche sopra l'istinto sessuale, perché questo è la condizione di possibilità per viverla e usarla responsabilmente. Allora la sessualità umana e il rapporto sessuale fra due persone non è soltanto un fenomeno biologico, ma ha anche la sua propria dimensione morale e religiosa.

Da quanto detto, si può sospettare che neanche questo nostro costante antropologico diventa automaticamente umano, ma dobbiamo renderlo umano con un'attività consapevole e questo umano viene contenuto con la relazione morale religiosa.<sup>20</sup>

È noto che l'anima maschile e femminile, nonostante siano anime dello stesso grado, non sono uguali. Questo significa anche, che le loro parti non possono essere interscambiate. La relazione delle due anime create l'una per l'altra bisogna immaginarle come un campo elettrico con due poli. La donna è più concreta, soggettiva, intuitiva ed emotiva, mentre l'uomo è più astratto, oggettivo, discorsivo e razionale. Cioè, „la donna si trova a suo agio nel polo dell'essere personale concreto, mentre l'uomo mira dal concreto all'astratto, dalla situazione data alla legge, dalla casa sua al mondo, cioè egli vuole principi, ordine e legge... La donna ha il coraggio di scrutare il mondo dal suo punto di vista senza scrupoli, anzi misurandolo i propri interessi, e in base alle sue possibilità cerca di trasformare il mondo e non si fa

<sup>18</sup> Cfr. László NOSZLOPI: *A világnézetek lélektana* [La psicologia delle concezioni del mondo]. Budapest, Szent István Társulat, 1937. 400.

<sup>19</sup> Per questo dobbiamo naturalmente conoscere nel tempo dovuto e in modo conveniente l'idea e l'ideale giusto del matrimonio e per mezzo dell'educazione e dell'educazione di se stessi prenderlo in possesso.

<sup>20</sup> Sia la nostra sessualità, sia il nostro affetto di amore, devono essere educati e umanizzati. Sulla concezione cattolica della sessualità e dell'amore dell'uomo più dettagliatamente vedi: August ADAM: *Der Primat der Liebe*. Köln, Stauffer Verlag, 1947.; Joseph FUCHS: *Die Sexualethik des heiligen Thomas von Aquin*. Köln, Bacherm, 1949.; Helmut ERHARTER – Hans Joachim SCHRAMM (hrsg.): *Humanisierte Sexualität, partnerschaftliche Ehe, erfüllte Ehelosigkeit*. Wien, Herder, 1971.; Alfons AUER – Georg TEICHWEIER – Helga STRÄTLING ET AL.: *A testben való ember. Test és nemiség mai keresztény szemmel* [L'uomo che vive nel corpo. Corpo e sessualità con occhi moderni]. Vienna, OMC, 1981.; Mihály MARCZELL: *Érosz és étosz* [Eros ed ethos]. Budapest: Szent István Társulat, 1940.

influenzare da principi, leggi, idee oggettive e interessi generali. Ogni esperienza e giudizio, ogni scienza e ideale viene filtrata dal suo polo-io... Dall'altra parte, l'uomo è il rappresentante competente dell'interesse comune, dell'ordine globale oggettivo, dell'equità, del principio *audiatur et altera pars* e del principio *suum cuique*. Quando si dice che la donna scruta il mondo con il cuore e l'uomo invece attraverso la mente, che l'uomo ragiona e guarda, mentre la donna non ragiona e vede, oppure l'uomo osserva e conclude mentre la donna intuisce e sospetta, significa che in realtà tutte e due affermano le stesse cose, allora che nell'animo femminile il sentimento e quindi la volontà hanno un ruolo più elevato rispetto all'uomo. Da esso, ne deriva che la donna è impulsiva, mentre l'uomo è accorto e che la donna è intuitiva, mentre l'uomo ha l'atteggiamento di raccoglimento e incatenamento".<sup>21</sup> Si pone ora la domanda se questo dualismo è complementare uno con l'altro o no, cioè se questa differenza sessuale si orienta sull'accettazione e completamento dell'altro oppure no. I termini sopra descritti sono termini correlativi, per questo dobbiamo dire di sì. Gli eventi e la vita stessa li vediamo più totalmente se gli aspetti oggettivi e soggettivi, concreti ed astratti, induttivi e intuitivi, razionali ed emozionali si presentano allo stesso tempo. Per questo la differenza sessuale in sé significa una polarità feconda, supponendo che abbiamo di nuovo la consapevolezza che la sessualità viene vista come un fattore positivo in sé e viene accettato come un fattore determinativo della nostra natura umana, che però deve essere continuamente umanizzata.

La seconda questione che ci si pone è che senso abbia questo differenziamento psichico, cioè in che modo si realizza la complementarità dei due sessi e a che cosa serve ciò. Anche in questo caso chiediamo aiuto ad Antal Schütz per avere una risposta chiara: „Il senso fondamentale, l'essenza e per conseguenza la chiamata della psicologia maschile è di essere padre, mentre quella femminile è di essere madre. Per madre si intende, l'accoglienza, l'apertura alla fecondità, il mantenimento, il sostentamento e la maturazione dei doni, con una cura minuziosa personale e in questo spirito l'esigenza di appoggio di una figura maschile. Per padre si intende, la donazione, la fecondazione, la nascita della vita, la sua difesa, l'organizzazione delle sue forme e la possibilità di appartenere alla grande gerarchia dei valori e guidarli verso Dio. Nella figura paterna c'è una caratteristica sacerdotale: il capo dell'uomo è Cristo. Nella figura materna vi è una caratteristica essenzialmente caritatevole: il capo della donna è l'uomo".<sup>22</sup> Lo stesso Schütz partendo da queste considerazioni arriva ad affermare tre conseguenze: 1) Per realizzare le differenze sessuali serve la cornice naturale del matrimonio dato che „la paternità e la maternità con il loro contenuto intero e la loro fondatezza biologica possono realizzarsi pienamente solo in essa (nel matrimonio)". Esso porta con sé naturalmente il rapporto sessuale e il frutto di esso, il figlio. 2) I rapporti fra i due sessi anche al di fuori del matrimonio saranno sani soltanto con questi due attributi (paternità e maternità), dato che „il maschio avrà un comportamento giusto di fronte alla femmina, nel momento in cui la guarda con la responsabilità della paternità e con la voglia di difenderla e costruirla. E solo

<sup>21</sup> Cfr. Antal SCHÜTZ: *A házasság* [Il matrimonio]. Budapest, Szent István Társulat, 1940. 163.

<sup>22</sup> Cfr. SCHÜTZ (1940) op. cit. 168.



quella donna avrà un comportamento giusto di fronte al maschio, che può portare nella relazione la maternità, la cura e il servizio di carità diretta e responsabile".<sup>23</sup> 3) In base a quanto detto fino ad ora, la vita sessuale fuori dal matrimonio è dannosa perché rovina i valori della paternità e della maternità.

Per quanto riguarda la sessualità, infine, dobbiamo constatare che non è la conseguenza del peccato, ma può diventarlo,<sup>24</sup> quando la sensualità si scatena e si trasforma in lussuria. In questo caso il libido, il desiderio sensuale ardente si rivolta contro lo spirito, e molte volte tira e trascina l'uomo con una forza demonica per poter ad ogni costo soddisfare il suo desiderio, non spaventandosi a volte da una seduzione infame anzi neanche da un delitto. In questi casi, l'altro essere diventa solo uno strumento, che viene usato e posseduto solo per un determinato tempo come un oggetto, il che offende profondamente la dignità umana: il peccatore abbassa se stesso, l'offeso, invece, viene umiliato, disprezzando così la sua dignità umana.

#### 4. La quiddità del matrimonio coniugale

La virtù dell'amore è fondamentalmente una, ma si manifesta in tanti modi. Questo dipende verso chi è indirizzata. Così possiamo parlare del rapporto d'amore con i genitori, tra i promessi sposi, con il coniuge, con i fratelli, con gli amici, di amore verso la patria, alla vocazione, verso il prossimo, verso la Chiesa e dell'amore verso Dio.

L'amore verso il promesso sposo e il coniuge ha un rapporto stretto con le altre tre radici, dalle quale si nutrice, quindi con il *sexus*, *genus* e *ethos*. L'istinto sessuale deve passare attraverso uno sviluppo per poter diventare un vero e proprio amore coniugale. Si cerca di dimostrare questo processo con i modi della manifestazione e con i gradi di sviluppo della sessualità. Il già citato autore László Noszlopi ha fatto molte distinzioni a proposito della sessualità dividendole in otto forme principali.<sup>25</sup> Il primo grado è la cosiddetta sensualità oppure corporalità (*fleischlich*). In questa fase la sessualità si presenta ancora come un piacere puramente sessuale o solamente un desiderio. Il secondo grado si chiama freddezza sessuale ovvero frigidità. In questo livello la sessualità non è altro che la maschera della sensualità o dell'eroticità oppressa o delusa. Questo ha molte conseguenze nel matrimonio. Nel terzo grado della sessualità vi è il falso pudore, cioè la falsa purezza farisea, che si manifesta in certi atti, che sostituiscono la sessualità vera: per esempio le fantasticherie erotiche, il civettare, le barzellette volgari, la mania perentoria della pulizia, ecc... In questa situazione, la persona opprime i suoi desideri erotici, ma essi continuano a lavorare nell'autocoscienza. Anzi, questo può avere come conseguenza la fobia, la malinconia, il pensiero e comportamento ossessivo, nevrotico e isterico. L'uomo dal pudore falso si astiene in un modo falso dato che il suo essere è pieno di una segreta sessualità. Non c'è in lui un vero sacrificio, dato che „ammira veramente la vita sessuale mentre

<sup>23</sup> Cfr. *ibid.* 169.

<sup>24</sup> Anche l'amore coniugale può disgraziatamente essere caricato di peccato i cui segni sono la divinizzazione, l'idolatria dell'altro oppure l'infedeltà e il raffreddamento.

<sup>25</sup> Cfr. NOSZLOPI op. cit. 401-411.

rinuncia, perché soltanto così può realizzare il vero sacrificio. Invece se non lo apprezziamo come un bene positivo quello a cui rinunciamo, avremo soltanto un asceti falso piena di risentimento (ressentiment). In ogni tipo di sessualità vi è un atteggiamento di concezione del mondo. Il falso pudore significa un atteggiamento verso la falsa concezione del mondo<sup>26</sup>. Il quarto grado della sessualità è l'esperienza di carattere e di forza magica della sessualità in cui è presente fortemente l'estetica. Nel quinto grado domina la forza e l'attrazione dell'istinto e della passione, che si può manifestare nella donazione vitale e nella dimentichezza di se stessi. Questo grado della sessualità non esclude però, né la dissipatezza, né il despotismo, cioè non include necessariamente il fattore morale. L'erotica costituisce il sesto grado della sessualità, che caratterizza soltanto l'uomo insieme con i seguenti gradi. L'erotica introduce nella vita sessuale un elemento spirituale: la gioscosità ovvero la varietà. Questo vale sia per il volere, sia per l'aspettare, che comporta sempre qualcosa di nuovo e dà all'erotica un carattere poligamo. Nel settimo grado della sessualità essa si manifesta come amore, che include già l'etico (eticum), più precisamente l'altruismo, la donazione di se stessi. L'innamorato sente la sua responsabilità, ma allo stesso tempo sente anche il carattere diabolico della sessualità, dato che essa è „la miscela del sacro-mistico e del vergognoso-segreto, della donazione di se stessi e dell'egoismo più grande, del compimento e del vuoto. L'innamorato entusiasta dona se stesso, ma il desiderio portato da lui e la soddisfazione sessuale, secondo il concetto di libido di Freud, è decisamente egoista, e in questo caso l'io cerca se stesso e quanto di suo. Sorge, quindi, il problema della purezza e dell'impurità nel campo della sessualità. [...] Il desiderio impuro ed egoista priva il prossimo dalla sua dignità, perché vede in lui non solo lo scopo, ma lo strumento del suo proprio piacere egoistico, ovvero uno strumento che ha un valore (Kant). L'amore disinteressato è puro perché ha il rispetto dell'altra persona. La vita sessuale è disinteressata se i valori dei piaceri sensuali sono al servizio dei valori più alti e spirituali, e se sono legati e con armonia ad essi. Il piacere sensuale invece è egoistico, quindi impuro, se offende un valore più alto e diventa di fronte a questi autosufficiente; in questo modo si fa indipendente e si isola. Il piacere sensuale, la sessualità non è allora un male in se stesso. L'amore è l'istituzione creata per lui, cioè per il matrimonio, che lega il piacere sensuale con valori più alti e spirituali, assicurando in questo modo la sua purezza morale. Finché la sessualità non sceglie, ma viene fatta dall'erotica sebbene sia poligama, l'amore vero invece nel senso più stretto del termine si manifesta come una forma, che aspira all'infinito, che è esclusivo e tocca l'Assoluto. Ogni amore vero afferma la propria persistenza e con la ragione dissente dal legarsi al tempo e dalla cessazione del rapporto. [...] L'amore è, allora, un'unione eterna, una donazione del sé assoluto<sup>27</sup>. Questa caratteristica non esclude, invece, che „anche nell'amore

<sup>26</sup> Cfr. *ibid.* 403.

<sup>27</sup> Cfr. NOSZLOPI *op. cit.* 404–405. Di questo parla anche Pedro Juan Viladrich in uno dei suoi saggi. Cfr. Pedro Juan VILADRICH: *La familia sovrana. Ius Ecclesiae*, 1995/7. 539–550, in particolare 544–545. Sebbene il saggio di Sándor Gánóczy parla del Dio Creatore, quello tratta l'amore, ma riguarda anche l'eros e la sua maturazione: „Che cos'è l'eros? Un atteggiamento istintivo, che vuole possedere

possono coesistere delle eccitazioni demoniache: considerare, tormentare, irritare la persona, che si ama<sup>28</sup>. Il settimo grado della sessualità è quando l'amore vuole rendersi immortale nella fedeltà e nella procreazione ed educazione dei figli. Questo lo chiamiamo matrimonio, dove il destino è presente (lui/lei sarà il mio compagno/la mia compagna e con questa decisione quasi proiettato il mio destino), la procreazione (il figlio), cioè la relazione naturale con Dio (il legame biologico, psicologico, e morale è indissolubile). Per questo ogni matrimonio è una cosa sacra, anche in ordine alla natura. „Il senso del matrimonio è l'amore come unione spirituale, e quindi come unità dei fattori psicologici e fisici. La sessualità in se stesso non può soddisfare nulla, non può rendere felice se non scaturisce dall'amore. Il piacere sensuale è soltanto l'espressione dell'essere spiritualmente assolutamente uniti dei coniugi. [...] Il significato della vita sessuale non è in se stesso, ma può essere conosciuto soltanto dall'alto, come simbolo e come realtà reciproca della donazione dei coniugi. [...] La sessualità della vita sessuale nel matrimonio è misterioso, celebrativo e commovente, che dissolve e unisce. [...] Così il matrimonio è la sintesi dell'erotica e dell'ethos, dell'istinto sessuale e della moralità, dell'amore e della virtù<sup>29</sup>. L'ultimo e ottavo grado della sessualità è la castità, dove per motivi religiosi e per l'Assoluto si rinuncia in modo totale alla vita sessuale. Quest'atto e sacrificio di vita non opprime l'istinto e nondimeno proviene dalla debolezza di esso. Non deriva nemmeno dalla mancanza delle disposizioni sensuali, ma dalla rinuncia volontaria dei valori. Lo stato di vita matrimoniale e quello della castità sono colonne l'uno per l'altro e tutte e due sono chiamati a rendere la persona umana totale e intera.

Oggi giorno, da molti, il matrimonio viene concepito come una delle forme di aumento alla felicità del singolo e a questo si unisce anche il contatto sessuale. Esso veramente non si limita alla procreazione dei figli, perché, nonostante lo scopo principale del matrimonio sia il sopravvivere della specie umana e il senso fondamentale del contatto sessuale non la procreazione del figlio, ma che il matrimonio è una comunione di vita e di amore. Per questo non può servire soltanto la riproduzione della specie. Non è nemmeno la sua caratteristica principale la comunione d'interesse o economica, ma invece un'alleanza d'amore, che si basa sulla differenza sessuale delle due persone. Questo avviene attraverso la donazione di sé e l'accettazione reciproca. A questa comunità di amore non può partecipare una terza persona, solo in un altro modo, come ad esempio il genitore che ama il proprio figlio con amore di genitore e non di coniuge. Il matrimonio è una comunità di membri uguali, che sono legati dal vincolo del matrimonio, ed è il matrimonio, che li riveste

---

l'oggetto, il pensiero dell'amato o la persona amata. Che cos'è la filia? Un amore completamente amichevole che si basa sulla reciprocità ed eguaglianza delle persone che si amano. Che cos'è l'agape? Un rivolgersi alla persona amata, il quale si manifesta liberamente e spontaneamente, che non conta su una compensazione, che dona se stesso e che si manifesta spesso sorprendentemente, [...] che accompagna l'altro nel bene e nel male<sup>28</sup>. Cfr. Sándor GÁNÓCZY: *Határon innen, határon túl. Teológiai párbeszédék* [Al di qua e all'di là della frontiera. Dialoghi teologici]. Budapest, Szent István Társulat, 2009. 51.

<sup>28</sup> Cfr. NOSZLOPI op. cit. 407.

<sup>29</sup> Cfr. ibid. 408–409.

degli stessi diritti e doveri, che però non devono essere praticati necessariamente nello stesso modo. In questa comunità l'uomo e la donna devono comportarsi in quanto tale, perché al contrario i due perderebbero molto della loro fecondità nella polarità naturale fra i due sessi.

Tuttavia dobbiamo comprendere che esistono diversi rapporti d'amore fra le persone, come pure tra la persona e la società. Di conseguenza possiamo parlare del rapporto di amore con i genitori, i parenti, gli educatori, gli insegnanti, gli amici, il coniuge, i connazionali e in genere dell'amore verso il prossimo e l'amore verso Dio, come abbiamo già descritto in precedenza. Tra questi, occupa uno spazio importante l'amore coniugale (*amor coniugalis*), che ha come sua peculiarità propria, l'amore coniugale, cioè che sussiste interamente tra i coniugi. Fra gli amori descritti sopra vi sono tre tipi, che vengono caratterizzati dal rapporto intimo io-tu. Questi sono: l'amore verso l'amico, verso Dio e verso il coniuge. Tutti questi abbracciano in qualche modo l'intera persona, ma ognuno con la sua propria caratteristica. Il primo amore, che l'uomo può sperimentare in ordine cronologico è l'amore dei genitori, in seguito quello degli amici e infine quello di Dio.<sup>30</sup> Quest'ultimo, per una persona matura deve essere il più profondo e il più intenso. In base a questo, la persona è capace, in seguito, di trovare giustamente il compagno o la compagna e vivere con egli l'amore coniugale. Naturalmente manca ancora un tipo di amore, quando l'amore si rivolge a se stesso (l'amore di se stessi che non è uguale all'egoismo). Siamo capaci di impadronirci di questo amore soltanto se siamo già stati amati in precedenza in maniera corretta. Infine senza l'amore autentico verso Dio e noi stessi, non siamo capaci di un vero amore coniugale.

Vediamo, ora, più in dettaglio questo speciale tipo di amore. Per poter parlare di amore verso il coniuge, dobbiamo conoscere prima questo concetto. La prima domanda che ci si pone è questa: che cosa è veramente l'amore coniugale? Dobbiamo prima esaminare, come non si deve interpretare questo concetto. 1. Non dobbiamo identificarlo con il consenso matrimoniale: l'amore coniugale è una condizione spirituale (*habitus*), profonda, continua (non così per il consenso, che una volta espresso non può influenzare la realtà giuridica costituita da lui stesso); è una condizione psicologica, che può crescere, cambiare, finire, anzi, trasformarsi in odio. È importante, quindi, coltivarlo e difenderlo. 2. Non bisogna identificare l'amore coniugale nemmeno con il matrimonio che è l'unità fra due soggetti: naturalmente l'amore coniugale (più precisamente l'amore, perché diventa tale solo nel momento della celebrazione del matrimonio, dato che la celebrazione del matrimonio significa un rapporto qualitativamente nuovo rispetto al rapporto di fidanzamento) può dare vita alla comunione matrimoniale ma non si può identificare con essa. Il matrimonio come l'unione fra due persone in senso giuridico non può essere altro, che l'insieme dei diritti e doveri stabiliti attraverso il consenso, che obbligano le due parti in un'unità giuridica ed esistenziale. Questi diritti e doveri, una volta costituiti, rimangono intatti, indipendentemente dall'amore. L'unità matrimoniale delle due parti rimane,

<sup>30</sup> Bisogna osservare che la prima esperienza spirituale del bambino è l'esperienza di essere amato. Per questo in base a questo amore non è difficile parlare dell'amore di Dio al bambino.

anche se fra di loro l'amore cessa in senso psichico. 3. L'amore coniugale non si può identificarlo neanche con la donazione di se stessi, dato che la donazione di se stessi è la conseguenza dell'amore, quindi non può essere uguale ad esso. 4. L'amore coniugale non si può essere identificato neanche con gli scopi personalistici del matrimonio. L'amore è una realtà psichica e biologica per mezzo di cui il matrimonio può raggiungere i suoi scopi speciali, sia quelli altruistici (la procreazione del figlio e la sua educazione), sia quelli personalistici (la felicità e il perfezionamento dei coniugi). 5. L'amore coniugale non lo si può identificare nemmeno interamente con la comunione di vita, perché si concentra per rendere possibile e intima codesta comunione di vita. Cerca di realizzare gli scopi del matrimonio.

Le precisioni fatte sin ora, secondo Urbano Navarrete, devono essere completate.<sup>31</sup> L'amore vero ha ancora molte caratteristiche tipiche. Queste sono le seguenti: 1) La totalità, ovvero che l'amore si dirige verso una sola persona; 2) La reciprocità, cioè l'esigenza di essere corrisposto dall'altra persona con lo stesso tipo e intensità d'amore; 3) L'unione, cioè il desiderio di essere sempre vicino alla persona amata e di avere un contatto fisico con egli; 4) L'esclusività, cioè la reciprocità nello stesso amore per cui non può partecipare nessun altro; 5) La perpetuità, cioè il desiderio ardente che questo amore non finisca mai; 6) L'oblatività, vale a dire che siamo disposti a fare dei sacrifici per far felice il coniuge e soddisfare le sue esigenze affettive, spirituali più profonde come pure altre esigenze; 7) La fecondità, cioè la tendenza che questo amore non rimanga chiuso nella sterilità del proprio egoismo, ma si espanda verso il futuro nella procreazione ed educazione dei figli.

Un'altra caratteristica essenziale dell'amore coniugale è la fedeltà, dato che essa si esprime come „non solo un fratello, una figlia, ma anche madre e angelo custode dell'amore. Se voglio formularla in breve, allora la fedeltà è l'ascesi dell'amore. Il compito della fedeltà dei coniugi è quello di difendere l'amore coniugale dalla variabilità e particolarmente dalle decadenze dello spirito personale. [...] La fedeltà [...] difende l'amore coniugale non solo dal cambiamento, ma anche dalla voglia di cambiare; da quello che oggi piace definire e specificare con il concetto che i maschi hanno una tendenza poligama”.<sup>32</sup> La fedeltà si manifesta in modo tipico mediante la gelosia, fatta di una gelosia sana, che deriva dall'amore e non dalla voglia di possedere o dalla passione pura. Questa gelosia è il fratello gemello dell'amore, proprio perché teme ciò che è l'essenziale dello stato coniugale, cioè l'esclusività della reciprocità personale, dato che ciò, completa e integra le due parti biologicamente, spiritualmente, intellettualmente. Esso si concretizza nel comune *noi*, che rappresenta che le due persone sono diventate un solo soggetto psicologico e continuano a desiderarsi per diventare sempre di più. In questo modo l'unità delle due parti viene vissuto come un'unità nuova, più grande e totale. Ormai si considerano non come riferimento delle proprie relazioni, ma questo io comune che riguarda il loro vero io.<sup>33</sup> Anche

<sup>31</sup> Cfr. NAVARRETE op. cit. 107–151.

<sup>32</sup> Cfr. SCHÜTZ (1940) op. cit. 97.

<sup>33</sup> Cfr. Zoltán ALSZEGHY: *A házasság* [Il matrimonio]. (Teológiai vázlatok VI.) [Schemi teologici] Budapest, Agapé, 1983. 79.

qui bisogna indicare la condizione della possibilità dell'io comune psichico, cioè l'io comune nel senso etico, dato che soltanto la consapevolezza della solidarietà morale può essere considerata come un vincolo assoluto di collegamento.

Questa comunione è una comunione sovrumana. Questa sua importante qualità sta a significare che „il matrimonio come esigenza, idoneità e obbligo non è destinato essenzialmente a servire direttamente gli interessi delle persone, ma è portatore dei valori e doveri sovrumani”.<sup>34</sup> Per conseguenza la domanda fondamentale che ci si pone non è, cosa ricevo io nel matrimonio, ma invece, che cosa posso dare al coniuge, alla specie, dato che i coniugi portano a termine un comandamento divino. Per questo nel matrimonio c'è un tratto teocentrico, che si interpone con l'antropocentrismo, ma nessuno dei due si unisce con l'egoismo. In questa prospettiva il matrimonio si manifesta come un'istituzione, che non serve solo „a soddisfare le esigenze personali e nemmeno a servire la società, la nazione o lo Stato, oppure ad essere soldati e contribuenti dello Stato [...], ma in primo luogo il matrimonio ha lo scopo e il senso di diventare un servizio di Dio secondo la sua natura specifica”.<sup>35</sup> In questo modo si può spiegare anche il matrimonio felice, dato che, se esso viene compreso come servizio di Dio, i coniugi non sono corrotti da idee false, come l'individualismo e il collettivismo. L'individualismo significa che il matrimonio deve essere mezzo della mia felicità, cioè delle mie esigenze personali. Se, in primo luogo senza riguardi, pongo le mie pretese personali, questo rovina la comunione d'amore. L'individualismo „fallisce sempre per verità ontologica, in cui la persona non solo è un individuo ma anche il portatore della specie, la caratteristica della specie (e qui bisogna intenderla come umanità) attraverso il suo intelletto introduce l'individuo in un mondo superiore con mille vincoli di responsabilità e di esigenze più elevate. Se esse non trovano soddisfazione, possono portare l'individuo ad una fine tragica in cui l'insistenza non corrisposta da esigenze solamente solo sensuali e non umane, ma animali. Chi vuole vivere solo la sua individualità e nello stesso tempo non la sua umanità, perde il suo equilibrio del suo essere più vero, si sente sempre più ingannato nel suo essere più profondo e quanto più cerca di vivere il suo individuo, si allontana tanto più sconcolato. L'essere trova il suo contenuto e le sue radici nell'umanità; la vita individuale di ciascuno è solo una sfumatura dell'umanità universale. Chi con parzialità colpevole coltiva solo la sfumatura, perde in modo irreversibile l'essenza totale. Per questo l'individualismo come un'impossibilità ontologica è irrealizzabile anche psicologicamente”.<sup>36</sup> L'altra esagerazione è il collettivismo, che costringe l'uomo nella situazione di essere membro di un branco, dove tutte le possibilità della

<sup>34</sup> Cfr. SCHÜTZ (1940) op. cit. 58.

<sup>35</sup> Cfr. SCHÜTZ (1940) op. cit. 60. Oggi i teologi preferiscono formulare che, accanto al ministero sacerdotale esiste un'altra forma fondamentale di apostolato, ovvero il servizio coniugale, che si completano reciprocamente. Cfr. Giancarlo GRANDIS: Ministero presbiterale e ministero coniugale. Confronto dottrinale e prospettive pastorali. *Orientamenti Pastoralis*, 1999/47. 100–105.; B. SCARPANZA: Ministero presbiterale e ministero coniugale. Complementarietà e reciprocità. *Orientamenti Pastoralis*, 1998/46/VI. 40–54., 1998/46/VIII. 10–15., 1998/46/IX. 13–22.

<sup>36</sup> Cfr. SCHÜTZ (1940) op. cit. 61–62.

vita personale e della propria volontà cessano per sempre. Dal punto di vista ontologico è una cosa impossibile, ossia „è tanto vero che il contenuto dell'essere dell'individuo è fondamentalmente il contenuto della specie (questo individuo è in primo luogo un uomo e soltanto dopo questo uomo), quanto è vero che la specie si manifesta sempre soltanto in individui. Come Platone afferma, non è l'uomo che esiste, ma solo questi uomini. L'idea universale di uomo è sempre portata dall'individuo [...] che vuole allora svincolare l'uomo in una comunità senza individuo, tappare con forza e volontà ciò che caratterizza l'uomo e degradarlo letteralmente come animale da mandria”.<sup>37</sup>

I coniugi pongono i loro sentimenti più nobili, i pensieri, le proprie aspirazioni, in breve il loro amore e la loro vita intera a servizio di un bene comune più grande. Naturalmente lungo il matrimonio inevitabilmente appare l'io speciale di ciascuno e per conseguenza possono nascere i primi conflitti, che devono essere risolti mediante il rispetto reciproco, il disinteresse vicendevole, la pazienza reciproca e lasciando ad ognuno il diritto di avere una solitudine giusta. Anche queste virtù si nutrono dall'amore verso Dio e dall'amore coniugiale.

## 5. Conclusione

La filosofia cristiana considera l'uomo come una persona con intelletto, affetti e volontà che deve prendere in possesso la sua dignità, cioè metterla a servizio dell'ideale giusto dell'uomo e del matrimonio. Inoltre è un compito soprattutto di carattere morale. La crisi del matrimonio viene causata allora dalla falso ideale dell'uomo e del matrimonio e dalla negligenza e dal rifiuto degli obblighi etici.<sup>38</sup>

La persona umana significa necessariamente anche una comunità di persone che proprio per la loro propria natura è ugualmente strutturata. Antal Schütz lo descrive molto giustamente, in questo modo: „Secondo Sant'Agostino Dio costituisce l'uomo, che vive l'ordine e la vita della storia come una poesia magnifica con un'arte grande mediante degli antagonismi: *Deus ordinem saeculorum tamquam pulcherrimum carmen ex quibusdam quasi antithetis honestavit* (Civ. Dei XI 18). Egli afferma degli antagonismi tra uomo e donna, tra la generazione più anziana e più giovane, tra comandanti e obbedienti, tra comunità e individui. In questa linea si trova anche l'antagonismo tra la massa e l'élite. Gli antagonismi, che servono all'armonia storica e sociale sono in genere delle bipolarità opposte: in ognuno, si trova la totalità ma ognuno con un proprio accento, e solo la reciprocità e il gioco di forza dei due assicura l'unità e allo stesso tempo l'armonia; se è viva, sarà la sanità e la fecondità della totalità. Ogni processo sano di vita è in realtà un'ellisse formato da antagonismi bipolari come in fuochi. Finché i due antagonismi rimangono nel suo proprio polo, la corrente di vita rimane normale. Quando esce dal proprio polo, iniziano i problemi e quando entra nell'altro polo e minaccia di inghiottirlo appare la crisi”.<sup>39</sup> Anche il legame

<sup>37</sup> Cfr. *ibid.* 63.

<sup>38</sup> Cfr. KECSKÉS *op. cit.* 147.

<sup>39</sup> Cfr. Antal SCHÜTZ: *Tömeg és elit, [La massa e l'élite]*. In: Antal SCHÜTZ: *Örség. Korkérdések és*

coniugale tra l'uomo e la donna si basa su una contraddizione bipolare, per cui si deve stare continuamente attenti durante la tensione feconda.

L'amore coniugale è un modo speciale di amare, che si manifesta come forma di vita. In esso sia l'uomo, sia la donna hanno tutto in comune secondo le quattro ramificazioni partendo dalla stessa radice (*sexus, genus, eros ed ethos*). In questo modo ogni matrimonio diventa una comunità umana (biologica, psichica e spirituale) e divina con un carattere sacro, anche in ordine alla creazione. Questo non è altro che un affrontarsi reciprocamente, che conlude ugualmente la vita intellettuale, volontaria e affettiva<sup>40</sup> e lo sperimenta di nuovo in modo da renderlo immortale in esso. In essi si manifesta la chiamata dei due sessi l'uno con l'altro, e in seguito lo sviluppo della via è segnalata dall'inclinazione vicendevole formata effettivamente, dal fidanzamento e dalla celebrazione del matrimonio. La prima perfezione dell'amore, non è altro che il nascere reciproco nelle due anime. In seguito l'impegno prima provvisorio e poi definitivo, in cui l'amore dei promessi sposi e quello coniugale nel senso stretto della parola, porta al fidanzamento e alla celebrazione del matrimonio. La terza perfezione del matrimonio è il figlio, ovvero diventare famiglia, e infine la sua quarta perfezione avviene quando i coniugi come frutti maturi si staccano dall'albero della Creazione.

L'amore costituisce un motivo di primo rango (ma non necessariamente una causa efficiente) per la celebrazione del matrimonio. L'amore mantiene efficacemente la fedeltà, la cura per la famiglia e consacra i genitori e i figli reciprocamente.

La filosofia cristiana avvicina la realtà del matrimonio (*matrimonium in facto esse*) per mezzo di modelli diversi (*schemata conceptualia*). Un modello di questo genere è lo schema metafisico del matrimonio che viene esaminato nella sua essenziale e nelle sue caratteristiche essenziali (lato statico) come pure la sua chiamata in quanto scopo (lato dinamico). Di conseguenza il matrimonio è una comunione di vita e di amore una ed indissolubile. Il suo scopo è il bene del figlio e delle parti (della società). Il bene delle parti è sottoposto al bene dei figli. Questa caratteristica è stata chiamata dalla disciplina del diritto canonico lo scopo primario e secondario essenziale del matrimonio. L'altro modello considera il matrimonio nei suoi valori esistenziali (*bonum prolis, fidei, sacramenti et societatis*). Riteniamo che la filosofia cristiana abbia analizzato giustamente ogni dimensione importante del matrimonio ovvero la sessualità, il desiderio d'amore, il mantenimento della specie, e di conseguenza anche le giuste affermazioni etiche relative ad essi. Questi valori e scopi sono riassunti nei modelli specifici riguardanti al matrimonio. In questi modelli si manifesta l'ideale cristiano del matrimonio, che per ogni generazione di ogni popolo e di ogni epoca si presenta con la stessa forza normativa. In questi modelli si fonda il codice basilare di etica, etichetta e diritto del matrimonio cristiano, che segnalano perennemente (*perenniter*) gli elementi essenziali e le condizioni fondamentali della forma e del contenuto della celebrazione del matrimonio.

---

*tájékoztatók* [Vigilanza. Domande dei tempi e orientamenti]. Budapest, Szent István Társulat, 1936. 216.

<sup>40</sup> Cfr. KECSKÉS op. cit. 76.



Secondo la concezione cattolica del mondo e la filosofia, che interpreta l'istituzione del matrimonio accompagnerà l'umanità durante tutta la sua peregrinazione nella storia perché in esso „come nelle cellule genitive si accumula e si condensa ogni atto e sofferenza, ogni combattimento, fallimento e vittoria di tutta una vita umana, anzi di una lunga serie di generazioni, cossiché nel matrimonio corre in un nodo tutto quanto la comunità umana ha fatto e sofferto, combattuto e vinto, fallito e insanguinato”.<sup>41</sup> Per questo fino alla fine del tempo, il matrimonio rimane il punto controverso tra più diversi problemi culturali, giuridici, sociali, economici ed educativi. Per cui, esso è il barometro più sensibile delle lotte di concezioni del mondo e allo stesso tempo il grande collaudo delle questioni sociali urgenti di ogni tempo.<sup>42</sup> Anzi, dobbiamo anche affermare che le grandi verità della concezione cattolica del mondo riguardanti il matrimonio e della sessualità possono essere assolutamente difese in base all'intelletto sano e naturale.<sup>43</sup>

Quanto detto fin ora, ci mostra che per avere un matrimonio valido e fruttuoso anche nell'ordine della natura, c'è bisogno di una personalità convenientemente matura. In mancanza di questo non risulta esserci un legame.

L'ideale di matrimonio e di famiglia cristiana dà in ultima analisi il migliore software per la funzionalità della comunità di vita, che chiamiamo comunità coniugale di comune destino. Che cosa vale il migliore hardware (il rapporto biologico e psicologico dell'uomo e della donna) se è comandato solamente da un debole software (dei pagani concetti del mondo), mentre il migliore software può uscire anche da un hardware più debole.<sup>44</sup>

Per cui, oggi (e per ogni generazione), la migliore investizione è assumere veramente la responsabilità per il futuro dell'umanità. Questo è lo scopo della vita più nobile, cossiché sia la persona, sia la società se le consideriamo il nostro compito essenziale per formare la personalità, avremo la maturità personale (insieme con la dimensione affettiva, etica e religiosa di essa) come la totalità della dignità umana.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Cfr. SCHÜTZ (1940) op. cit. 5

<sup>42</sup> Cfr. Antal SCHÜTZ: *Dogmatika. A katolikus hitigazságok rendszere* [Dogmatica. Il sistema delle verità cattoliche della fede] II. Budapest, Szent István Társulat, 1937. 608–609.

<sup>43</sup> Cfr. Zoltán TURGONYI: *A házasság természetjogi alapjai* [Le basi del diritto naturale del matrimonio]. *Iustum Aequum Salutare*, VIII., 2012/2. 99–118.

<sup>44</sup> Ha senso persino quel matrimonio che apparentemente non ha raggiunto lo suo scopo, cioè non ha reso felice ed intero la vita di una parte o di tutte e due parti dato che neanche „la sofferenza di un uomo così era stato inutile e privo di senso. Il suo dolore silenzioso proclama eloquentemente la grande dignità morale del matrimonio”. Cfr. KECSKÉS op. cit. 69

<sup>45</sup> La buona educazione nella famiglia è infatti la migliore pre-scuola dei doveri dello stato di vita. Nella famiglia le persone vengono mantenute unite non tanto dalla disciplina esteriore, ma piuttosto dal legame di sangue, cioè dal sentimento sociale. Il rispetto verso i genitori instaura nel bambino la consapevolezza della necessità dell'autorità. La capacità di adattamento l'uno all'altro e il dovere di aiuto reciproco sviluppa notevolmente gli affetti altruisti e nello stesso tempo frena efficacemente le inclinazioni eccessive e antisociali dell'egoismo. Un simile fattore educativo anche per il bambino, se si vedono i problemi della vita e le difficoltà del sostenimento della famiglia dato che questo rafforza nel bambino la convinzione che la società esige giustamente da tutti il rendimento migliore, cioè il lavoro professionale e onesto. Cfr. KECSKÉS op. cit. 60.



## FAMIGLIA O FAMIGLIE? VERSO UNA MIGLIORE COMPRESIONE DELL'UMANIZZAZIONE E DELLA GENERATIVITÀ

Antonio MALO  
Università della Santa Croce

Famiglia o famiglie? Anche se potrebbe apparire come il dilemma di una disputa bizantina, la domanda non è insulsa né banale, giacché contiene una sentenza di vita o di morte non solo sulla famiglia, ma anche sull'intera umanità. Questa domanda innocente, infatti, cela una questione ben più grave dietro a una scelta apparentemente di puro gusto, come bere vino o birra. In realtà, come tenterò di dimostrare in questo saggio, la scelta non è fra due opzioni ugualmente valide, bensì fra un'istituzione naturale unica e necessaria per le persone e il loro sviluppo, e una pluralità di modelli relazionali costruiti a tavolino che hanno un potenziale dirompente nei confronti della persona e della società. Dunque, nella scelta fra famiglia o famiglie c'è in palio, a un livello superficiale, il modo di concepire i rapporti primari fra le persone che sono parte intrinseca delle loro identità e, a un livello ancora più profondo, la stessa realtà dell'umano.

### 1. Possibilità e realtà dell'umano

Forse la stessa domanda presuppone già una concezione sbagliata dell'umano, come se la sua attualizzazione o perfezionamento consistesse nella realizzazione di ogni possibilità contenuta nella sua essenza. Si confonde così effettuazione con realtà umana. Da questa prospettiva, la pluralità di realizzazioni corrisponderebbe a una maggiore ricchezza, cioè a una realtà più completa. È vero che le possibilità contenute nell'essenza umana possono essere effettuate in modi diversi, come si vede nelle differenti culture culinarie. Ciò, però, non significa che tutte le effettuaioni siano adeguate alla persona, nel senso del compimento dell'essenza umana. Ad esempio, sebbene il *cannibalismo* sia un modo di nutrirsi, non può essere considerato umano. Qualcosa di simile accade con i diversi modelli di relazione interpersonale – coppie di fatto, omosessuali, lesbiche, poliamore. Anche se questi tipi di relazione sono riconosciuti e sanciti dalle costituzioni di alcuni paesi occidentali come famiglia, non

per ciò lo sono realmente. Perché dal solo fatto che questi modelli *esistano* “come famiglia” (nominalmente) non deriva necessariamente che *siano* la realtà significata da quel nome; in questo caso l’identità del nome e dell’esistenza non indica un’identità di essenza. Non basta, quindi, la semplice effettuazione di un modello relazionale, come neppure la sua diffusione nella società, perché esso diventi *ipso facto* famiglia. La realtà dell’umano e, dunque, la famiglia consiste invece nell’attualizzare ciò che è umanizzante. Non è dunque, come alcuni vorrebbero, il semplice uso della libertà di scelta a essere origine della realtà umana, piuttosto è la realtà dell’umano a indicare come deve usarsi la libertà.

## 2. Il retroscena dei modelli di famiglia

Se un secolo fa si fosse fatto un sondaggio con il quesito “famiglia o famiglie?”, la stragrande maggioranza degli intervistati avrebbe mostrato sconcerto, giacché l’idea stessa di avere diversi modelli di famiglia sarebbe apparsa una trovata alquanto bizzarra. Come si è giunti a questa situazione?

Secondo me, essa è il risultato dell’intreccio di una serie di teorie e di eventi storici cristallizzati in un pensiero dominante (il *politically correct*), in virtù del quale la famiglia – come il sesso – sarebbe solo una costruzione sociale. Ne deriva la convinzione che si tratti di una realtà pluralistica senza esclusioni di alcun tipo, giacché essa dipenderebbe unicamente dal carattere polimorfo del desiderio umano. Inoltre, nell’intreccio fra teorie e storia si produce una certa circolarità. Così la critica marxista-engeliana della famiglia patriarcale assieme alla psicoanalisi e all’esistenzialismo ateo costituisce la base della Rivoluzione del sessantotto.<sup>1</sup> I suoi ideologi, come Simone de Beauvoir, Sartre, Marcuse, hanno influito sui cambiamenti dei costumi: la cosiddetta liberazione sessuale della donna, la distruzione della famiglia e del principio di autorità paterno, ecc.<sup>2</sup> Queste trasformazioni legate all’uso degli anticoncezionali e alla pratica dell’aborto su grande scala rimuovono ancora di più le fondamenta del matrimonio e della famiglia. Più tardi, attraverso la lettura dei decostruttivisti francesi, come Foucault e Derrida, il femminismo sessantottino si radicalizza, dando luogo negli Stati Uniti all’ideologia di genere.<sup>3</sup> La diffusione di

<sup>1</sup> Per raggiungere tale utopia, bisogna distruggere la famiglia borghese, perché essa si troverebbe intimamente legata alla proprietà privata. Secondo Marx, tipico della borghesia è la considerazione della donna quale «semplice strumento di produzione» (cfr. Karl MARX – Friedrich ENGELS: Manifest der Kommunistischen Partei. In: MARX–ENGELS: *Werke*. Berlin, Dietz Verlag, 1959. (MEW), IV, 478). Per un’analisi storica delle origini dell’ideologia di genere mi permetto di rimandare il lettore al mio saggio Antonio MALO: *Io e gli altri. Dall’identità alla relazione*. Roma, EDUSC, 2010. 28–58.

<sup>2</sup> De Beauvoir considera che alla situazione d’oppressione di classe denunciata dal marxismo deve aggiungersene una ancora più radicale, quella del sesso femminile, poiché con parole che sono diventate famose: “Non nasci donna! Ti fanno donna”, giacché “la donna è in gran parte un’invenzione dell’uomo” (Simone DE BEAUVOIR: *Le deuxième sexe*. Paris, Gallimard, 1976. 156 (1<sup>a</sup> ed. 1949).

<sup>3</sup> J. Butler sostiene che “teorizzando che il genere è una costruzione del tutto indipendente dal sesso, il genere stesso diventa un artificio libero da vincoli. Di conseguenza, uomo e maschile potrebbero riferirsi sia a un corpo femminile che a uno maschile; donna e femminile, sia a un corpo maschile

queste idee nelle democrazie occidentali porta con sé una serie di cambiamenti nelle loro costituzioni che attentano direttamente alla struttura portante della famiglia, cioè al matrimonio: la separazione fra sesso biologico e genere scelto, le leggi contro le discriminazioni di genere, l'approvazione del matrimonio omosessuale, l'adozione di bambini da parte di coppie omosessuali. L'ultima imposizione sociale di quest'ideologia sembra essere la sessualizzazione dei bambini, perché dall'inizio della loro esistenza facciano esperienza della sessualità come un gioco, in modo da "educarli" a essere tolleranti con ogni tipo di comportamento sessuale e di modello familiare.<sup>4</sup> Il sostrato di queste teorie e di questi eventi storici forse può trovarsi nel progetto illuminista, inaugurato con la Rivoluzione francese, di costruire una società di uomini liberi che, nonostante la loro diversità, possano godere la stessa uguaglianza di diritti e doveri, almeno in partenza. Anche se l'idea di uguaglianza di tutti gli uomini, per il semplice fatto di essere persone, è un'importante conquista, ciò non vuol dire che non ci siano differenze necessarie e meno ancora che esse siano radice d'ingiustizia. Invece, le femministe radicali considerano le differenze familiari e sessuali marito-moglie, padre-madre, uomo-donna, non un arricchimento mutuo bensì nei termini della dialettica servo-padrone, per cui per eliminare radicalmente le ingiustizie prima devono essere decostruite, e poi essere completamente abolite. Il risultato è una società apparentemente tollerante. In realtà, è una società che, nell'imporre ai cittadini una falsa omogeneità, rende difficile la stessa possibilità di dialogo, radice di ogni vera tolleranza.

Quest'ultima affermazione così netta potrebbe apparire come qualcosa di dogmatico. Infatti, sembrerebbe che il *politically correct* sia più tollerante di quanto lo sia l'esistenza di una sola realtà familiare: lasciamo che ognuno scelga il modello a lui più congeniale. Si dimentica, però, che, se esiste una realtà familiare, la scelta di modelli danneggia non solo le persone che li mettono in pratica, ma soprattutto la famiglia stessa, che viene scambiata con un modello fra tanti altri. La famiglia non è, però, una pura costruzione dipendente dalla volontà delle persone che la costituiscono, giacché essa richiede che i suoi membri siano capaci di partecipare a una relazione vitale in cui gli aspetti generativi, affettivi, normativi, simbolici e relazionali hanno un carattere sistemico, ossia sono interdipendenti. Ad esempio, i rapporti coniugali, genitoriali, filiali e fraterni hanno determinati aspetti generativi, affettivi, normativi e simbolici che non possono essere modificati senza trasformare contemporaneamente quelle stesse relazioni. Il carattere sistemico di questi aspetti deriva non solo dai differenti legami familiari, ma anche dall'identità dei loro membri:

---

che a uno femminile" (Judith BUTLER: *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*. New York-London, Routledge, 1990. 6). In ambienti femministi ancora più radicali il libro è stato criticato severamente perché l'autrice non si distacca del tutto dalla dimensione biologica; per alcune femministe, ogni individuo sceglie il tipo di genere cui appartenere nelle diverse situazioni e fasi della vita.

<sup>4</sup> A questo riguardo, un libro illuminante sulla strategia che le organizzazioni nazionali e sovranazionali adoperano per modificare le leggi e la mentalità dei cittadini delle democrazie occidentali è quello di Gabriele KUBY: *Die globale sexuelle Revolution. Zerstörung der Freiheit im Namen der Freiheit* (con una presentazione di Robert Spaemann). Kiblegg, Fe-medienverlag, 2010. specialmente il capitolo 10.

la madre non deve riversare il suo eros sul figlio; se lo facesse, la relazione materna si trasformerebbe in un'altra cosa influenzando negativamente sull'identità del figlio. C'è, dunque, una certa circolarità: solo chi stabilisce adeguatamente queste relazioni è in famiglia e solo chi è in famiglia può stabilire adeguatamente queste relazioni che sono parte della sua identità. Infatti, "ogni componente della famiglia dà senso alla propria esperienza e agisce nelle relazioni con gli altri a partire da un insieme di premesse e credenze personali che derivano dalla sua specifica posizione nel gruppo, dalle esperienze vissute precedentemente o nei rapporti con l'esterno, ma anche la famiglia sviluppa un sistema di premesse o credenze condivise che costituiscono un contesto simbolico che dà senso all'esperienza individuale e coniuga e organizza i comportamenti dei membri della famiglia sia all'interno che all'esterno".<sup>5</sup> Ne deriva che lo stare in famiglia mediante relazioni adeguate che fanno parte della propria identità costituisca il nucleo dell'umanizzazione.

### 3. Ruolo umanizzante della famiglia

Forse come prima e più evidente caratteristica umanizzante può indicarsi la continuità di quest'istituzione lungo i millenni. Gli studi di uno dei padri dell'antropologia culturale hanno messo in rilievo che la famiglia, ossia "l'unione più o meno durevole, socialmente approvata, di un uomo, una donna e i loro figli", è "un fenomeno universale, presente in ogni e qualunque tipo di società".<sup>6</sup> A favore della necessità di quest'unione possono offrirsi dati biologici della persona umana, come la sua nascita "prematura", che obbliga il neonato a dover dipendere più a lungo dai genitori che il resto degli animali, favorendo così un legame duraturo nella coppia; dati psicologici, come l'attaccamento affettivo e la separazione del figlio nei confronti dei genitori, che è decisivo perché esso possa modellare la sua identità, in particolare la sua condizione sessuata; dati sociologici, come il bisogno che le persone umane hanno di un ambiente adatto dove incominciare la loro socializzazione, ecc.

Tutti questi dati fanno capire che "la famiglia è una relazione sociale complessa, che presenta sempre dimensioni giuridiche (normative), economiche, sessuali, psicologiche, solidaristiche, culturali, affettive, di scambio con l'esterno".<sup>7</sup> Nella famiglia, dunque, si esprimono le diverse dimensioni che costituiscono le persone e le loro relazioni in modo da essere non solo una realtà umana, ma il luogo stesso dell'inizio dell'umanizzazione.

I modelli di famiglia sopra considerati sono, invece, espressione imperfetta di queste dimensioni, ad esempio, per mancanza di legami giuridici, come nelle coppie

<sup>5</sup> Annamaria CAMPANINI: *Famiglia o famiglie nel terzo millennio. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, 12/ 2004. 20.

<sup>6</sup> Claude LÉVI-STRAUSS: *La famiglia* (1956). In: Claude LÉVI-STRAUSS: *Razza e storia e altri studi di antropologia*. Torino, Einaudi, 1967. 147.

<sup>7</sup> Paola DI NICOLA: *Famiglia: sostantivo plurale. Amarsi, crescere e vivere nelle famiglie del terzo millennio*. Milano, Angeli, 2008. 174.

di fatto, o di differenza sessuale, come nelle unioni omosessuali. Di conseguenza, i modelli sembrano non essere luoghi adeguati per l'umanizzazione.

Secondo Giddens – uno dei sociologi che ha tentato d'individuare il tipo di struttura della famiglia moderna – ciò che caratterizza l'odierna vita di coppia consiste in una “relazione pura”.<sup>8</sup> La purezza di cui parla Giddens fa riferimento al fatto che questa relazione ha bisogno di una sola condizione per esistere: la “parità dei conti del dare e dell'avere” fra i suoi soggetti. Infatti, in quanto fondata sui vantaggi che ciascuna delle parti può trarre dal rapporto continuato con l'altro, la “relazione pura” nascerebbe e si estinguerebbe nella misura in cui venga a mancare questa base, ossia il piacere o l'utilità.

Mi sembra che, anche se questo tipo di relazione non manchi nel panorama attuale, ci siano coppie di fatto eterosessuali e omosessuali che, oltre al piacere e all'utilità, si fondano su altri elementi: come l'affettività, l'aiuto mutuo e anche l'amore. Ciò che invece pare accomunare tutti i modelli è la simmetria, in virtù della quale la relazione si costruisce a partire dalla volontà dei soggetti e, quindi, dai diritti che ognuno fa valere nei confronti dell'altro. I diritti di ognuno diventano così doveri dell'altro, in modo simile a quanto accade nella sfera pubblica.

La relazione simmetrica, che caratterizza questi modelli, non serve a spiegare la peculiarità della famiglia. Infatti, la famiglia, oltre a educare al compimento dei doveri, introduce la persona in una relazione ancora più basilare, quella cioè della donazione, che si trova alla base di ogni giustizia simmetrica. Non solo s'impara ad amare l'altro per se stesso, indipendentemente dalle sue qualità e prestazioni, ma ad accettare l'amore dell'altro come un dono gratuito. Amare l'altro per se stesso ed essere amato per lo stesso motivo significa che la base della relazione non è il piacere, l'utilità, l'affetto, l'amore che trovo nell'altro, ma la sua felicità, che poiché lo amo è anche la mia.

Il carattere umanizzante della famiglia deriva dal fatto che essa è fondata su un'asimmetria originaria, il dono di ogni sposo all'altro perché l'altro possa a sua volta donarsi. Infatti, anche se contiene l'affettività e l'intenzionalità personale, l'origine della famiglia si trova al di là del piacere e dell'utilità e anche del desiderio dell'altro e del suo bene (voglio essere un bene per te e avere da te bene) giacché si richiede il matrimonio, ossia un legame costituito da un'intenzionalità molto particolare perché il suo fine è l'intenzionalità dell'altro in quanto marito o moglie. Nel matrimonio il costituirsi del “noi” fa sì che l'altro, nella sua intenzionalità, divenga la mia stessa intenzionalità almeno come inizio di questa possibilità. In virtù del voler essere ricevuto come marito o moglie da chi è rispettivamente amato come moglie o marito, gli sposi possono darsi e ricevere da una vicenda con una stessa intenzionalità. Ne deriva che quest'intenzionalità sia impossibile quando si esclude il legame coniugale, come accade spesso nelle coppie di fatto, o quando si scambia il dono per un puro contratto di prestazioni, come nei matrimoni a tempo determinato, o quando manca la necessaria differenza sessuale per ricevere l'altro come moglie o

<sup>8</sup> Cfr. Anthony GIDDENS: *Le trasformazioni dell'intimità. Sessualità, amore, erotismo nelle società moderne*. Bologna, Il Mulino, 1995. 75.

marito, come nelle coppie omosessuali e lesbiche. La mancanza di legame coniugale si ripercuote sulla relazione con il figlio, perché non è il frutto di questa speciale intenzionalità. Perciò, in tutti questi modelli il figlio tende non più ad apparire come un dono ma come un diritto.<sup>9</sup> Ciò significa che fra coniugalità e generatività c'è un legame inscindibile, che deve essere analizzato.

#### 4. La famiglia come ambito generativo

Infatti, la coniugalità è in se stessa generativa, non solo perché è origine fisica del figlio, ma perché è aperta al figlio come dono della mutua donazione degli sposi. Ecco perché esiste una relazione sistemica fra condizione sessuata umana, matrimonio, famiglia e generatività. Infatti, non solo la nascita prematura del bambino esige la famiglia, ma anche la condizione sessuata della persona umana e lo sviluppo della sua stessa capacità generativa.

Per comprendere questo collegamento bisogna partire dalla particolare origine dell'uomo. A differenza di quanto accade negli animali, gli esseri umani non si riproducono come individui intercambiabili di una stessa specie, bensì come esseri irripetibili, perciò si parla di generazione o procreazione e non di riproduzione. La generazione è così origine del mondo umano, giacché ogni persona introduce nella natura e nella storia la novità, anzi una catena di novità. Ciò è stato meravigliosamente espresso da Hanna Arendt quando scrive: "Il miracolo che salva il mondo, il dominio delle faccende umane, dalla sua normale, "naturale" rovina è in definitiva il fatto della natalità, in cui è ontologicamente radicata la facoltà dell'azione. È in altre parole la nascita di nuovi uomini, l'azione di cui essi sono capaci in virtù dell'esser nati. Solo la piena consapevolezza di questa facoltà può conferire alle cose umane fede e speranza, le due essenziali caratteristiche dell'esperienza umana, che l'antichità greca ignorò completamente. È questa fede e speranza nel mondo, che trova forse la sua gloriosa e stringata espressione nelle poche parole con cui il Vangelo annunciò la "lieta novella" dell'Avvento: «Un bambino è nato per noi».<sup>10</sup>

Penso che la novità di cui Arendt parla si fondi sull'irripetibilità della persona, che nella nascita è, però, solo *in nuce*. Il neonato umano ha bisogno di entrare in relazione con le altre persone, con i genitori e parenti e, attraverso di loro, con il mondo umano, giacché la sua irripetibilità non è quella di una monade, bensì di

<sup>9</sup> Contrariamente a quanto molti pensano, una società pluralista e liberale non può vivere di rapporti esclusivamente contrattuali. I contratti sono certo il segno di una conquistata autonomia e libertà; lo stesso si può dire delle leggi, la legittimità delle quali non scende più dall'alto, come avveniva nel passato, ma scaturisce dalla libera discussione e dall'accordo degli interessati. Tuttavia, non si può dimenticare che, affinché la discussione e gli accordi contrattuali possano aver luogo, c'è bisogno che la società sia pervasa da uno spirito particolare – fatto di fiducia, senso del bene comune, tolleranza, responsabilità – che non può essere prodotto per via contrattuale, ma soltanto attraverso quel lento processo di socializzazione che inizia proprio nella famiglia e poi continua nella scuola e in tutte le altre istituzioni e relazioni sociali (Vid. AA.VV: *Famiglia e capitale sociale nella società italiana*. (a cura di Pierpaolo DONATI) Cinisello Balsamo (Milano), Edizioni San Paolo, 2003).

<sup>10</sup> Hannah ARENDT: *Vita attiva* (1958). Milano, Bompiani, 1964. 263.



un essere in relazione: nato dall'amore e destinato all'amore. La nascita prematura deve, perciò, essere messa in relazione con la necessità che il neonato ha dei genitori per soddisfare i propri bisogni, e soprattutto per incominciare a sviluppare la sua irripetibilità mediante la relazione con il mondo e gli altri, con i propri desideri e con le proprie emozioni. Queste relazioni costituiscono la base della conoscenza e dell'amore di sé e degli altri come esseri irripetibili.

La generatività umana, dunque, fa riferimento all'origine della persona, in particolare alla sua irripetibilità. Essa riguarda, perciò, sia l'educazione e la formazione della condizione sessuata delle persone, sia la loro stessa capacità generativa, giacché proprio qui si mostra il perfezionamento della sua irripetibilità. Ne deriva che il concetto di generatività, oltre ad essere molto complesso e articolato, sia intimamente legato all'esistenza della famiglia e dell'irripetibilità.<sup>11</sup>

Per quanto riguarda l'educazione, la sua etimologia può aiutarci a scacciare alcuni pregiudizi che la rivoluzione del sessantotto è riuscita a introdurre nella cultura odierna. Infatti, fra i nostri coetanei non manca chi considera l'educazione ai valori, un attentato alla libertà e all'uguaglianza delle persone.<sup>12</sup> Sempre secondo questi autori, educare equivarrebbe a costringere le persone a seguire norme e modelli di comportamento che, nel migliore dei casi, le allontanano da quanto in realtà esse sono.<sup>13</sup> Quest'interpretazione, però, sembra contraria all'etimo del termine "educare", il quale proviene dal vocabolo latino *educere*, che significa "trarre fuori". Nell'educare, quindi, non si tratta d'imporre un modo di essere che sia estrinseco alla persona (una specie di Super-Io freudiano), bensì di promuovere ciò che le appartiene come proprio. Anche se per farlo, certamente, si deve correggere quanto è contrario. Comunque, l'educazione dovrebbe essere più promozione che correzione. L'educazione incomincia con l'interpretazione, con la valutazione e con la gestione dell'affettività del neonato da parte dei genitori. Mediante le loro parole, i loro gesti e soprattutto il comportamento che essi esibiscono nei confronti delle emozioni del bambino, i genitori sono capaci di illuminare l'interiorità del figlio fino allora al

<sup>11</sup> Wojtyła, ad esempio, indica la relazione fra persona e famiglia: "è la famiglia – e deve esserlo – quel peculiare ordinamento di forze in cui ogni uomo è importante e necessario per il fatto che è e in virtù del chi è; [è] l'ordinamento il più intimamente "umano" edificato sul valore della persona e orientato sotto ogni aspetto verso questo valore" (Karol WOJTYŁA: *Metafisica della persona*. Milano, Bompiani, 2003. 1464).

<sup>12</sup> In un manuale realizzato per i programmi di studi sulla questione femminile, Alison Jagger espone gli esiti auspicabili della sparizione dell'educazione nei valori tradizionali: «la scomparsa della famiglia biologica eliminerà anche l'esigenza della repressione sessuale. L'omosessualità maschile, il lesbismo e i rapporti sessuali extraconiugali non saranno più visti alla maniera liberale come opzioni alternative [...] scomparirà proprio l'istituzione del rapporto sessuale in cui il maschio e la femmina svolgono ciascuno un ruolo ben definito. L'umanità potrebbe infine riappropriarsi della sua naturale sessualità caratterizzata da una perversità polimorfa» (ALISON JAGGER: *Political Philosophies of Women's Liberation*. In: Mary VETTERLING BRAGGIN – Frederick ELLISTON – Jane ENGLISH (eds.): *Feminism and Philosophy*. Totowa, Littlefield, Adams & Co., 1977. 13).

<sup>13</sup> Susanna Tamaro rispecchia questo pensiero nel monologo della protagonista in cui ricorda la sua infanzia (cfr. Susanna TAMARO: *Va dove ti porta il cuore*. Milano, Baldini & Castoldi, 1991. 165).

buio, che acquisisce così un senso.<sup>14</sup> In tal modo, il bambino impara a conoscere e interpretare le sue emozioni e a servirsene positivamente per entrare in una relazione adeguata con il mondo e con l'altro. L'educazione affettiva rende, quindi, capaci di comprendere-amare l'altro e di comunicare ciò che sperimentiamo a qualcuno che ci ama. Essa richiede, perciò, un apprendimento relazionale simile all'apprendistato della madrelingua, ossia quella in cui siamo originariamente amati.

Una parte importante dell'educazione affettiva consiste nell'imparare a distinguere fra ciò che sentiamo e la realtà. Per farlo bisogna essere capaci di situarci dalla prospettiva dell'altro, il che significa considerare l'altro capace di avere una prospettiva del mondo simile a quella propria, della quale è conscio e può dare ragione. Così s'impara ad adirarsi non, ad esempio, perché ciò che l'altro fa è contrario al proprio modo di sentire ma perché è ingiusto. Questo vale anche per i rapporti fra adulti: ad esempio, a volte i genitori, i figli o i fratelli si comportano in un modo che forse non piace, ma spesso è giusto.

D'altro canto, il concetto di generatività include la formazione della condizione sessuata dei figli come un prolungamento naturale della generazione.<sup>15</sup> Tale compito, lungi dall'essere un'imposizione o un'intromissione nella loro vita, fa parte essenziale della stessa struttura familiare. Infatti, la formazione della condizione sessuata dei figli si realizza attraverso i rapporti familiari adeguati ovvero quelli che sono in grado di organizzare la differenza maschile-femminile come origine di relazioni interpersonali.<sup>16</sup> Il processo di formazione della condizione sessuata, si ripropone poi nell'adolescenza per mezzo dell'identificazione più matura del figlio con le figure genitoriali e con la loro relazione, concludendosi infine quando questi si sposa e diventa a sua volta genitore. L'acquisizione di nuove funzioni, come la cura, la protezione e la risposta ai bisogni del figlio, conferma la maturità della propria condizione sessuata, la quale è così strettamente legata ai rapporti interpersonali.

Ne deriva che i genitori hanno il dovere di rendere i figli liberi e responsabili delle proprie scelte. La dipendenza dei figli nei confronti dei genitori che si protrae oltre il periodo necessario per il raggiungimento di una sufficiente autonomia fisica

<sup>14</sup> La mancanza di parole per esprimere le emozioni, o *alexitimia*, è un disturbo non solo cognitivo ma soprattutto relazionale, giacché chi ne soffre ha difficoltà a stabilire rapporti che gli permettano di manifestare agli altri il proprio disagio emotivo e quindi di regolare il proprio stress (cfr. Tonino CANTELMÌ – A. SARTO: *Alexitimia. Gli analfabeti delle emozioni. Psicologia contemporanea*, 1999/154. 40–48).

<sup>15</sup> Sergio BELARDINELLI: *La normalità e l'eccezione. Il ritorno della natura nella cultura contemporanea*. Cantanzaro, Rubbettino, 2002. specialmente la terza parte.

<sup>16</sup> “Dire che la famiglia è una relazione sessuata vuol dire che si fa famiglia, e si sta in famiglia, diversamente in quanto si è maschi e in quanto si è femmine. Nella famiglia due diversità bioscifiche s'incontrano, interagiscono, si compensano e confliggono, si aiutano e competono fra loro, si scambiano tante cose, si ridefiniscono l'una per rapporto all'altra, dividendosi i compiti, negoziando spazi di libertà e di rendicontabilità vicendevoli sulla base di una specifica attribuzione di sesso: tu sei uomo, e perciò ti compete questo; tu sei donna, e perciò ti compete quest'altro.” Pierpaolo DONATI: *La famiglia come relazione di Gender: Morfogenesi e nuove strategie*. In: Pierpaolo DONATI (a cura di): *Uomo e donna in famiglia. Quinto rapporto CISF sulla condizione della famiglia in Italia*. Torino, San Paolo, 1997. 26.

e psichica, dà luogo a un'adolescenza a tempo indeterminato. Sotto l'influenza del modello educativo individualista-edonista e dell'eccessiva dipendenza dai genitori, il figlio può essere portato alla scelta di una sessualità che gira attorno al proprio piacere più che all'assunzione di responsabilità nei confronti dell'altro. Una sessualità auto-referenziale è causa di disturbi relazionali, poiché è nella donazione di sé all'altro dove si trova la felicità.

Di qui le enormi difficoltà perché le relazioni uni-gender o uni-sex, in cui mancano le differenze sessuate, riescano a modellare la condizione sessuata dei figli. Anche le coppie dei genitori in continua crisi non offrono modelli viabili. L'assenza o mancanza più o meno grande d'identità dei figli si riverserà poi sui loro futuri rapporti coniugali. E così il ciclo delle difficoltà relazionali fra i generi si acuisce, provocando un vero e proprio disagio relazionale.

Comunque, generatività non significa solo generare, educare e formare le identità, ma soprattutto apertura al terzo come dono, che è una nota caratteristica della coniugalità. L'amore fra marito e moglie è naturalmente dischiuso al terzo come simbolo della comune appartenenza degli sposi e vincolo della loro unione. Perciò, l'apertura al terzo è sempre possibile in una coppia eterosessuale, mai in una omosessuale. Infatti, anche quando dopo aver ricorso alla fecondazione assistita quest'ultima riesce ad avere un figlio, questi non sarà stato generato come dono, ma come pretesa di un diritto e non sarà mai frutto dell'amore scambievole della coppia [...]; qualcosa di simile può affermarsi del figlio adottato, questi non sarà un dono a cui si è naturalmente aperti, ma solo la realizzazione di un 'diritto' che si è riusciti a ottenere.<sup>17</sup> Perciò il legame coniugale costituisce l'essenza della famiglia, la prima relazione stabilita sulla base delle condizioni sessuate, ossia differenziate sessualmente.

Anche se il matrimonio è già generativo, la paternità e la maternità portano con sé un nuovo modo di essere marito e moglie e, in ultima analisi, di essere uomo e donna. Perciò la paternità e la maternità non sono qualcosa che si aggiunge dall'esterno alla condizione sessuata e al rapporto di coppia. La paternità e la maternità costituiscono la pienezza della condizione sessuata: la realizzazione della capacità generativa, giacché ogni uomo ha la vocazione di padre fisico o spirituale e ogni donna di madre fisica o

---

<sup>17</sup> Anche se sembra di rifiutare i diversi modelli di famiglia, l'autrice ha una visione biologicista della natura umana. Per questo motivo considera che la famiglia non possa essere difesa a partire da una considerazione naturale di essa: "in quanto invocare la "naturalità" del legame eterosessuale significa sostenere in assoluto che la famiglia per definizione è tale solo se procrea, cosa che porterebbe inevitabilmente a dover togliere lo statuto di famiglia ad una coppia sterile e a doverlo conferire ad una coppia omosessuale che ricorresse alla fecondazione assistita. La natura, in realtà, poco aiuta nelle scelte di chi ha dovuto – come l'uomo – forzatamente sostituire al debolissimo istinto la cultura, creando un sistema di regole, norme e modelli di riferimento per l'azione e le relazioni sociali "artificiale" e suscettibile di cambiamento. Sarebbe forse di maggiore aiuto, per sostenere che le coppie coniugali debbano essere preferibilmente e in linea di principio di sesso diverso, volgere l'attenzione ai processi di socializzazione primaria che avvengono dentro la famiglia e appellarsi ai meccanismi di costruzione sociale delle identità, che affondano le loro radici nella primigenia differenziazione sessuale, che affiora alla coscienza attraverso relazioni affettive ed espressive con adulti di riferimento di sesso diverso" (Di NICOLA op. cit. 174).

spirituale. Infatti, il dono dei genitori ai figli raggiunge la sua perfezione quando essi diventano a loro volta genitori, donando in questo modo l'amore che hanno ricevuto. Essere padre o madre non è dunque un diritto, bensì un dovere che nasce da un dono iniziale. Il dono tende a una reciprocità, che certamente è asimmetrica: il figlio onora ai suoi genitori quando diventa un buon padre. Qui si osserva da una prospettiva dinamica-generativa la natura relazionale della persona umana.

In definitiva, oltre ad essere origine fisica delle persone, la *generazione* è soprattutto inizio delle loro identità e della qualità delle loro relazioni. Osserviamo così una certa circolarità: l'identità sessuata della persona si sviluppa attraverso i buoni legami familiari, ed è questa stessa identità quando giunge a un certo grado di maturità a essere sorgente di nuovi legami familiari.<sup>18</sup> Proprio perciò, “della dimensione familiare nessuno può fare a meno, né può barattarla con legami più provvisori e forse non si ricorderà mai abbastanza che tutti i rapporti verticali in famiglia sono inscindibili, il più fragile appare proprio quello di coppia, che paradossalmente è il garante della qualità intrinseca degli altri rapporti familiari”.<sup>19</sup>

### 5. Intergenerazionalità come ponte fra famiglia e comunità

In modo simile alla generazione che si prolunga nell'educazione e nella formazione della capacità generativa dei figli trasformandosi in generatività, quest'ultima prosegue nell'intergenerazionalità, ossia nella relazione fra generazioni.<sup>20</sup> Tale allungamento permette, da una parte, di trasmettere e interiorizzare valori e modelli di vita, che rafforzano il legame tra i generi e le generazioni, creando in questo modo una comunità. L'intergenerazionalità fa così da ponte fra famiglia e comunità, perché il senso della vita personale non si esaurisce nel presente dell'io e neppure in quello della famiglia, limitata alle relazioni fra genitori e figli. Considerata sinonimo di autonomia e libertà, l'autoreferenzialità personale o anche familiare è un'illusione, giacché questi soggetti dipendono da reti relazionali che consentono loro di crescere. Senza l'incontro intergenerazionale si dimentica, perciò, l'interdipendenza e la diversità. Quando ci si relaziona solo con gli uguali, si diventa sempre più fragili, soli, sempre più esposti al pericolo di essere strumentalizzati da un potere invisibile che impone un modo di esistere non autentico, perché le persone pensano quello che *si* pensa, dicono quello che *si* dice, e fanno quello che *si* fa.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> La dissoluzione dei legami attraverso la cosiddetta famiglia allargata e, soprattutto, le “famiglie” omosessuali, monoparentali, ecc., influisce negativamente sull'identità personale. “Le persone diventano individui anonimi, lasciati da soli a definire se stessi invece di ricevere un ruolo e un posto nella vita” (Robert SOKOLOWSKI: *The Threat of Same-Sex Marriage. People Who Separate Sexuality from Procreation Live in Illusion. America*, June 7–14 (2004). 13–14).

<sup>19</sup> Paola BINETTI: *La famiglia fra tradizione e innovazione*. Roma, Magi, 2009. 114.

<sup>20</sup> “la narrazione della vita di chiunque fa parte di un insieme di narrazioni interconnesse” (Alasdair MACINTYRE: *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale* (1981). Roma, Armando, 2009. 264), senza le quali la storia di ognuno diventa una non-storia o una storia autistica.

<sup>21</sup> Heidegger sostiene che nel fenomeno del “Si”, in cui l'esistenza è caratterizzata dalla chiacchiera, dalla curiosità e dall'equivoco, l'Esserci discorre per il gusto di discorrere, accede a ogni cosa senza

Invece, quando si apre all'intergenerazionalità, la famiglia diventa spazio di rafforzamento delle identità dei suoi membri. La chiave di volta di quest'apertura è la valutazione di sé come limitato e contemporaneamente capace di dare. Se la limitazione deriva dalla finitezza dell'umano, il dono nasce dalla partecipazione. La partecipazione è una realtà complessa poiché si riferisce sia alle potenzialità sulle quali si basa la relazione, ossia all'appartenenza all'umano, sia alla sua attualizzazione, ossia il fare parte attiva. Infatti, oltre ad essere un tessuto di legami biologici, affettivi, simbolici e relazionali, la famiglia consiste anche nella partecipazione ai beni relazionali: nel senso di 'fare parte' o appartenere perché i membri della famiglia sempre *sono di* qualcuno (marito/moglie, padre/madre/figlio/nonno/nonna/nipote), ma anche nel senso di *fare parte attiva di* [...] una condizione sessuata, una famiglia, una generazione. Se *l'essere di* segna la dipendenza, *il fare parte attiva di* indica la libertà e responsabilità nell'accettazione di quest'appartenenza e nella collaborazione a generarla e rigenerarla. Attraverso il concetto di partecipazione si supera la giustapposizione fra generazioni che si guardano indifferentemente e la contrapposizione, nata dal giudicare l'altro come un pericolo per mantenere quanto si ha o come un ostacolo per continuare a progredire.<sup>22</sup>

L'intergenerazionalità richiede, dunque, un patrimonio comune, il superamento dei pregiudizi e la creatività per prendere parte attiva alla formazione di nuovi legami. Il che non equivale a giustificare la deriva rivoluzionaria di chi, nel tentativo di dare risposta ai problemi attuali fra generi e generazioni, si propone di creare nuovi modelli di famiglia.<sup>23</sup> Oltre ad essere utopico, quest'atteggiamento impedisce la formazione della condizione sessuata. Ciò si esprime nella perdita progressiva di generatività e, di conseguenza, d'intergenerazionalità. L'attitudine prudente consiste nel riuscire a integrare questi due aspetti: appartenenza e creatività.<sup>24</sup> Mediante una conoscenza riflessiva delle altre generazioni è possibile personalizzare la propria tradizione e storia familiare e personale, interpretandola e assimilandola in modo

---

appropriarsene poiché non comprende nulla. "Più che di comprendere l'ente di cui si discorre, ci si preoccupa di ascoltare ciò che il discorso dice come tale. Ciò che è compreso è il discorso, il sopra-che-cosa lo è solo approssimativamente e superficialmente. Si intendono le *medesime* cose, perché ciò che è detto è compreso da tutti nella *medesima* medietà". Ma "l'infondatezza della chiacchiera non è un impedimento per la sua diffusione pubblica, bensì un fattore che la favorisce." Martin HEIDEGGER: *Essere e Tempo*. Milano, Longanesi, 2005. § 35. Ne deriva che quanto più si è dominati da questa tirannia tanto più essa sembra normale.

<sup>22</sup> Sulla giustapposizione e la contrapposizione come scogli su cui può naufragare l'intergenerazionalità si veda Paolo RACITI: *La cittadinanza e le sue strutture di significato*. Milano, Franco Angeli, 2004. 196.

<sup>23</sup> Credo che questo tentativo si trovi, ad esempio, nel presente testo: "la complessità e l'articolazione delle nuove famiglie non possono essere contenute nel ristretto repertorio delle storie componibili sul canovaccio della famiglia nucleare. Le storie a forma triadica e trigenerazionale, costituite intorno alla famiglia nucleare, sono infatti insufficienti a descrivere processi in cui la linea trigenerazionale si ramifica in più di due direzioni e in cui i personaggi di una triade sono sempre contemporaneamente implicati in un'altra." Laura FRUGGERI: I concetti di mononuclearità e plurinuclearità nella definizione di famiglia. *Connessioni*, 2001/8. 19.

<sup>24</sup> Un buon esempio di equilibrio è rappresentato dal libro di BINETTI op. cit.

che faccia parte della propria identità.<sup>25</sup> Ecco perché l'incontro intergenerazionale è necessario alla costruzione dell'identità delle persone e della famiglia. Attraverso il dono e l'accettazione del patrimonio condiviso si riesce a dare unità al tempo vissuto nelle sue tre dimensioni: al passato, come tesoro di esperienze, al presente, come luogo d'incontro, e al futuro, come apertura alla speranza.

## 6. Conclusione

Forse qualcuno potrebbe vedere in questa concezione della famiglia solo un dato, inoppugnabile da un punto di vista biologico, non socio-culturale. Ma ciò implicherebbe non aver capito che l'aspetto biologico della famiglia fa parte di determinate relazioni personali che per sé sono generative. Il concetto di generazione, sebbene sia radicato nella biologia, è squisitamente antropologico. Ciò si osserva, ad esempio, nell'ampiezza semantica del termine *generazione* qui adoperato che perciò può essere usato in un'ampia varietà di contesti: la "generazione" del vincolo fra marito e moglie attraverso il matrimonio, la "generazione" fisica ed educativa dei figli, l'"inter-generazione" esistente fra i diversi membri di una famiglia, la "ri-generazione" dei rapporti fra marito e moglie o fra genitori e figli, ma anche la possibilità di una loro "de-generazione". Perciò i legami familiari hanno aspetti biologici, affettivi, simbolici e d'interazione fra i loro membri. Nella famiglia scopriamo così la totalità dell'umano. Ecco perché essa, a differenza di altri modelli artificiali, è un'istituzione umanizzante: mediante l'integrazione dei diversi aspetti la persona dovrebbe imparare a personalizzare la propria natura. Ridurre la famiglia solo ad alcuni aspetti equivale a distruggere questa stessa capacità.

Comunque, l'aspetto più umanizzante della famiglia si trova nella logica del dono, basata sull'asimmetria originaria, in virtù della quale possiamo dare perché prima abbiamo ricevuto – a incominciare dal dono della vita – e, poiché possiamo (la capacità di dare fa parte della nostra identità), dobbiamo farlo. Il dovere che si ha in famiglia non nasce dunque principalmente da diritti da parte dell'altro, ma soprattutto dal dono ricevuto. L'amore dei membri della famiglia è, dunque, contemporaneamente dono e dovere, come l'apertura degli sposi al figlio. La generatività della famiglia dipende perciò da un dono, che è un dovere. Dono e dovere hanno però due oggetti diversi. Dono sono le stesse persone (identità), che, nel momento in cui esercitano il dovere di ridarsi al padre e alla madre e ai fratelli come figlio/figlia o fratello/sorella, ricevono pienamente dall'altro; la stessa cosa può dirsi di tutte le altre relazioni familiari. Il dovere, invece, risponde alla logica del dono nell'asimmetria e nella reciprocità, confermando lo stesso dono come tale. Forse questo particolare dovere d'amare nasce dall'irripetibilità della persona umana, la quale deve essere amata come fine, ossia per se stessa. Per fiorire, l'irripetibilità personale ha bisogno della generazione e di relazioni adeguate, cioè della famiglia, perché è chiamata all'amore. Vediamo così l'esistenza di uno stretto legame – si potrebbe parlare di un'implicazione reale – fra

<sup>25</sup> Sul ruolo dell'ermeneutica nella comprensione della tradizione si veda Hans-Georg GADAMER. *Verità e metodo*. Milano, Bompiani, 2001. parte III, cap. 2.

famiglia, generatività, irripetibilità personale e donazione. Con una formulazione sintetica si potrebbe dire che la generatività della famiglia porta con sé il dono dell'irripetibilità.





## PER UNA TEORIA GIUSNATURALISTA DELLA FAMIGLIA

Zoltán TURGONYI

Accademia Ungherese delle Scienze,  
Centro delle Ricerche di Scienze Umanistiche

Le questioni morali concernenti la famiglia, il matrimonio, la sessualità attualmente dividono la società. L'uomo quotidiano influenzato dal liberalismo inclina a pensare che le decisioni riguardanti questi temi sono semplicemente „affari privati”, e anche nel caso della sessualità deve essere valida la regola, secondo la quale l'individuo può scegliere a piacere la sua forma di vita, finché così non limita la libertà simile di un altro individuo; la morale sessuale prescritta dal cattolicesimo è soltanto una delle morali sessuali possibili, obbligatoria per i soli fedeli cattolici. In ciò che segue vorrei sottolineare che questo non è così e che la dottrina della Chiesa Cattolica riguardante la famiglia e la sessualità appartiene alla legge naturale, e così può essere difesa anche con argomenti razionali, cioè non è la parte di qualche „morale religiosa” speciale, invece è costituita dalle regole fondabili sulla natura umana ed in principio riconoscibili anche dai non credenti.

Però, ci sarà almeno una differenza importante fra la nostra concezione e la teoria tradizionale della legge naturale: quest'ultima presuppone l'esistenza di Dio, la quale è dimostrabile con argomenti razionali. Io adesso non voglio occuparmi del problema di questi. L'esistenza d'atei e la predominanza di un ateismo pratico nella nostra civilizzazione attuale occidentale sono dei fatti, ed io adesso prendo nota di questi fatti, senza esaminare se la loro causa sia l'insufficienza teoretica degli argomenti o un'altra cosa (per esempio qualche motivo soggettivo impediente l'uomo contemporaneo d'accettare un'autorità sovrumana). Così, prendendo semplicemente in considerazione questa situazione data, nella mia argomentazione non presupporrò la verità di dottrine religiose, riguardanti, per esempio, l'immortalità dell'anima, la Provvidenza, le ricompense e le pene d'oltretomba ecc., benché queste appartengano, secondo la concezione cattolica tradizionale, alle conoscenze ottenibili per la ragione naturale. Metto tra parentesi la mia convinzione personale su queste dottrine, e proverò argomentare come se esistesse soltanto questo mondo accessibile per noi empiricamente. Forse così la mia argomentazione sarà più accettabile per l'uomo quotidiano contemporaneo. I sopraddetti, però, hanno anche una conseguenza ulteriore: senza la dimostrazione del Creatore non possiamo presupporre nemmeno un ordine cosmico automaticamente favorevole dal punto di vista umano, invece

dobbiamo accettare un'attitudine che potremmo chiamare forse „disantropocentrismo metodologico”: argomenteremo come se l'Universo fosse completamente indifferente di fronte all'uomo.

La *natura* di una cosa, nel senso aristotelico-tomistico, significa *l'essenza* di questa cosa, considerata dal punto di vista del suo funzionamento. Mentre il funzionamento degli esseri viventi non umani si limita alla propria conservazione e alla riproduzione della specie, noi abbiamo delle nuove attività, caratterizzanti soltanto l'uomo, perchè esistono dei bisogni speciali umani. Per esempio la cognizione del mondo, originariamente un mero mezzo per la nostra conservazione, diviene un fine a se stesso, cerchiamo la verità per la verità. Ma anche i bisogni biologici vengono soddisfatti in un modo umanizzato: nel caso dell'alimentazione abbiamo l'arte culinaria e le norme dell'etichetta regolanti il mangiare, nel caso della riproduzione esistono l'amore, il matrimonio (che comportano un rapporto stretto spirituale oltre la mera sessualità) ecc. Anche le attività nascenti al corso di questa umanizzazione possono divenire dei fini a se stessi. E noi facciamo tutto ciò coscientemente; anche questo fatto è una peculiarità della natura umana, come lo è parimenti la crescita del dominio razionale umano del mondo. Questo dominio, cioè il controllo razionale del mondo (compreso anche il dominio umano di se stesso) è una questione di vita o di morte per noi, dal momento che l'uomo è – con l'espressione di Gehlen (ispirata da Herder) – un „essere manchevole”, „Mängelwesen”<sup>1</sup>, cioè abbiamo pochissimi mezzi innati in confronto agli animali. Questi mezzi nel caso dell'uomo vengono sostituiti artificialmente.<sup>2</sup> Così l'uomo non è automaticamente in armonia con la sua natura, egli deve „raggiungere” quest'ultima, il che non si realizza senza uno sforzo cosciente: l'uomo, come dice Gehlen, è un „compito” per se stesso.<sup>3</sup> Questa concezione dell'uomo non deve essere modificata a causa dei risultati recenti della sociobiologia o dell'etologia, secondo i quali le inclinazioni innate umane sono più numerose a confronto di quello che ne pensava Gehlen. Queste inclinazioni si sono formate all'epoca preistorica, corrispondono alle condizioni di vita di allora,<sup>4</sup> e il periodo posteriore (cioè quello della storia scritta), essendo troppo breve, non permette ai nostri tratti innati di adattarsi alle circostanze permanentemente cambianti a causa dello sviluppo culturale accelerato.<sup>5</sup> Così una parte considerevole di queste inclinazioni innate è sfavorevole dal punto di vista della civilizzazione, anzi, dal momento che sono i prodotti di un'evoluzione spontanea, non sono in armonia perfetta nemmeno tra di loro.<sup>6</sup> Perciò anche la loro regolazione è da raggiungere, mediante uno sforzo cosciente umano.

<sup>1</sup> Arnold GEHLEN: *Der Mensch. Textkritische Edition, Teilband I.* Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993. 16., 91 ecc.

<sup>2</sup> Questi caratteri dell'uomo, del resto, erano chiari anche per San Tommaso d'Aquino. Cf. *Summa Theologica*, I., q. 76., a. 5. Gehlen n'era consapevole. Cf. GEHLEN op. cit. 33.

<sup>3</sup> GEHLEN op. cit. 4, 30., 34., 382., 408., 431., 439 ecc..

<sup>4</sup> Larry ARNHART: *Darwinian Natural Right.* Albany, State University of New York Press, 1998. 30.

<sup>5</sup> BERECZKEI Tamás: *A belénk iródott múlt. Evolúció és emberi viselkedés.* Budapest–Pécs, Dialóg Campus Kiadó, 1998. 160.

<sup>6</sup> ARNHART op. cit. 24., 46., 76., 82., 84. ecc.

I sopraddetti corrispondono perfettamente al disantropocentrismo metodologico (le circostanze del mondo – compresi i nostri caratteri innati – non essendo automaticamente in armonia con le richieste dell'esistenza umana), e, alla stessa volta, per quanto strano sia, concordano anche con l'antropologia basata sulla Rivelazione, almeno da un certo punto di vista: non dimentichiamo, che l'armonia interna originaria dell'uomo è, secondo la prospettiva autentica cattolica, un dono preternaturale, cioè la nostra tensione interna, chiamata tradizionalmente concupiscenza, è in se una cosa normale, appartenente alla natura razionalmente riconoscibile dell'uomo, così può essere costatata dalla filosofia, e soltanto la sua *assenza originaria*, dovuta alla grazia, è un tema della teologia.<sup>7</sup> Dunque anche la necessità di uno sforzo cosciente e razionale per organizzarci e per superare o canalizzare le nostre tendenze innate è un elemento normale della natura umana. (Così il „disantropocentrismo metodologico” soprammenzionato è, in un certo senso, un'attitudine valida anche nella *pratica* cristiana.) E, paradossalmente, questa stessa cosa deve essere riconosciuta anche dalla parte di un ateo, poichè un mondo non creato ma dovuto alle forze spontanee non può essere automaticamente antropocentrico, cioè anche in un tale universo ci sarebbe bisogno dello sforzo razionale umano per costituire delle circostanze favorevoli all'umanità, comprese anche le limitazioni di certe nostre voglie.

I caratteri umani sopraddetti si sviluppano durante un processo storico, perchè le condizioni delle nostre attività menzionate, per lo più, non nascono con noi, invece sono delle cose artificiali, accumulate fuori di noi (benchè siamo noi che le accumuliamo), che sopravvivono a noi, comprese anche le virtù, parimenti ricevute da fuori, dalla generazione precedente, durante la nostra socializzazione. Anche per questo abbiamo bisogno della società, la quale è naturalmente necessaria anche per il nutrimento dei bambini e per la divisione del lavoro, senza la quale sarebbe impossibile il detto dominio umano del mondo.

Tutto ciò è ben noto, ma ce ne sono almeno tre conseguenze importanti oggi non prese in considerazione sufficientemente. Anzitutto: dal momento che la nostra natura presuppone la successione storica di molte generazioni, la morale non si limita al minimo liberale oggi riconosciuto, cioè alla difesa dell'individuo dagli altri individui e dal „potere”, invece ha anche un'altra funzione: deve assicurare la sussistenza continua della società. Inoltre: benchè sia un carattere essenziale della nostra natura, che nascono bisogni nuovi, specificamente umani, e poi divengono valori in se stessi, arricchendo così il mondo, bisogna escluderne quelli che diventano fini a se stessi talmente che minacciano le loro proprie precondizioni ontologiche, anzitutto la sussistenza della società umana. Infine: la natura umana non è da confondere con le sue inclinazioni e passioni innate, invece queste sono ancora da formare, cioè lo sforzo cosciente e l'obbedienza alle norme non costituiscono qualche violenza contro l'individuo libero, invece sono le cose più naturali possibili. L'esistenza delle barriere

<sup>7</sup> San Tommaso scrive: „Poterat Deus a principio, quando hominem condidit, etiam alium hominem ex limo terrae formare, quem in conditione naturae suae relinqueret, ut scilicet mortalis et passibilis esset, et pugnam concupiscentiae ad rationem sentiens: in quo nihil humanae naturae derogaretur, quia hoc ex principiis naturae consequitur.” *In librum II. sententiarum*, dist. 31., q. 1., a. 2., ad 3.

non è uno scandalo, ma un concomitante naturale della nostra vita, benchè l'uomo quotidiano edonista del tempo presente dimentichi facilmente questo fatto, volendo conoscere soltanto i suoi diritti individuali.

Anche nel caso della morale sessuale dobbiamo prendere in considerazione i sopraddetti. Lo scopo ontologicamente primario della sessualità è la riproduzione della specie. Inoltre, però, se ne sviluppano due altre funzioni: può causare gioia e così rinforzare il legame fra l'uomo e la donna nella coppia.<sup>8</sup> Queste due funzioni (il cui meccanismo è biologicamente fissato durante l'evoluzione) sono originariamente mezzi per la pace interna della comunità (dal momento che la formazione delle coppie stabili frena la lotta per le donne e così diminuisce l'aggressione dentro al gruppo).<sup>9</sup> Ma questi mezzi – in forma dell'eroticismo<sup>10</sup> e del rapporto intimo personale tra l'uomo e la donna – divengono valori in se stessi. Come abbiamo visto, questo processo preso in se stesso corrisponde perfettamente alla nostra natura, ma qualche volta riusciamo „troppo bene” a farlo: poichè siamo esseri ragionevoli, possiamo staccare la funzione originaria riproduttiva della sessualità dalle due altre funzioni, e praticare queste ultime senza addossarci gli oneri familiari. Ciò può perfino causare la decrescenza della popolazione. Così c'è bisogno di norme speciali per motivare l'individuo a contribuire per la riproduzione della specie. Inoltre, considerando le cause psicologiche e sociologiche ben conosciute, bisogna assicurare che i bambini siano nati ed allevati in famiglia.<sup>11</sup> Infine è similmente importante che, per quanto è possibile, i coniugi allevino i loro figli comuni, di loro sangue, dal momento che funziona la selezione parentale (*kin selection*), e così, volenti o nolenti, favoriamo quelli individui che sono biologicamente i nostri parenti, il che spesso ha delle conseguenze fatali. Per esempio la probabilità dell'insulto fisico contro i bambini è quaranta volte più grande dalla parte del patrigno o della matrigna, che dalla parte dei genitori carnali.<sup>12</sup>

In ciò che segue vorrei far vedere che la morale sessuale cattolico adempisce a questa tripla faccenda, e che così possiamo qualificarlo giusnaturalistico, poichè è difensibile con argomenti razionali. Brevemente: secondo questa morale sessuale l'uomo ha soltanto due possibilità moralmente permissibili: il matrimonio e la continenza sessuale completa. Dal momento che la voglia sessuale è molto intensa, è evidente che così la maggioranza preponderante della gente sceglierà il matrimonio, benchè questo non sia un dovere universalmente obbligatorio.

<sup>8</sup> CSÁNYI Vilmos: *Az emberi természet. Humánológia*. Budapest, Vince, 1999. 128–129. e 197–201.

<sup>9</sup> CSÁNYI op. cit. 129. e 199.

<sup>10</sup> Per erotismo qui intendo la sessualità umana in quanto è una sintesi d'elementi biologici e culturali.

<sup>11</sup> Qui pensiamo anzitutto all'importanza psicologica del rapporto stretto tra il bambino e la madre, in particolare nei primi anni della vita, poi ai modelli di comportamento maschili e femminili necessari durante la socializzazione ecc. Ma oltre l'educazione nel senso stretto sono importanti anche i modelli che la famiglia trasmette, mediante la sua struttura, verso la società: „la fiducia, la riconoscenza della persona dell'altro, la solidarietà, la fraternità, [...] la cura, l'incorrere nella responsabilità, il seguimento delle norme ed il rispetto dell'autorità, o, in generale, la coscienza nomologica”. FRIVALDSZKY János: *A házasság és a család: elnyomó hatalmi viszonyok avagy a jog relacionális jellegének prototípusai? Iustum Aequum Salutare*, IV. 2008/3. 14.

<sup>12</sup> BERECZKEI op. cit. 54.

La giustificazione più palpabile del divieto della fornicazione (cioè del rapporto sessuale tra un uomo singolo e una donna singola) è il riferimento al bene dei figli eventualmente nati da un rapporto non matrimoniale, che in questo caso dovrebbero crescere senza la cura paterna<sup>13</sup>. Però c'è un argomento contrario tanto più plausibile, quanto più semplici e sviluppati sono i metodi contraccettivi nella società in questione: se possiamo prevenire la gravidanza, la proibizione della fornicazione sembra irragionevole.

Ma questa risposta è precipitata. In realtà c'è anche un'altra causa della proibizione dei rapporti sessuali non matrimoniali. Se questi sono vietati, allora tutti quelli che vogliono avere le gioie della sessualità, devono avere anche gli oneri del matrimonio e dell'educazione dei figli, contribuendo così alla conservazione della specie. Se, invece, la gente pensa che quelle gioie siano permesse anche senza questi oneri, e così non ci sia una differenza morale fra il matrimonio e l'amore libero, allora è evidente, che la maggioranza preferisce quest'ultimo, dunque sceglie la soluzione „più comoda”, astenendosi dal fondare famiglie, omettendo così la contribuzione al bene comune.<sup>14</sup> Questo non è una mera speculazione. Tutti conosciamo gli effetti tragici della rivoluzione sessuale cominciata negli anni '60 del secolo scorso: la crisi presente della civilizzazione occidentale è dovuta, per lo più, al decrescimento della popolazione, causato dal cambiamento di mentalità successo in quel periodo. E questo è reso possibile proprio dall'esistenza dei metodi contraccettivi contemporanei, facilmente applicabili. (Però, lo stesso problema esisteva già, in qualche misura, anche all'epoca premoderna, prima dell'invenzione di questi metodi. A causa della disarmonia interna sopramenzionata della nostra natura, la mera comprensione razionale di un rischio futuro – in questo caso quello della gravidanza – in se stessa è spesso insufficiente per motivarci a prevenirlo se il prezzo n'è la rinuncia a una gioia *presente*).<sup>15</sup>

Quest'argomento è, naturalmente, valido anche contro i fautori dell'aborto procurato. Ammesso e non concesso che si possa negare convincentemente l'umanità dell'embrione, l'aborto, non essendo più un omicidio, diverrebbe un metodo per *prevenire* la formazione di un essere umano, e sarebbe *praticamente* un contraccettivo; e, come abbiamo visto, l'esistenza dei contraccettivi non rende superflua la proibizione della fornicazione, anzi, aggrava tutto il problema.

<sup>13</sup> SAN TOMMASO D'AQUINO: *Summa Theologica*, II-II., q. 154., a. 2., *Summa contra Gentiles*, III. 122.

<sup>14</sup> Per quanto io lo sappia, il primo autore cattolico usante quest'argomento era San Tommaso Moro, che nell'*Utopia* scrive: „rari in coniugalem amorem coalescerent in quo aetatem omnem cum uno videant exigendam, et perferendas insuper quas ea res affert molestias, nisi a vago concubitu diligenter arceantur”. (*Utopia*, lib. II., cap. VII.) Più tardi le varianti dell'argomento si presentano frequentemente (come argomenti *filosofici*) nei manuali di teologia morale scritti da autori cattolici moderni. Vedi, per esempio: Hieronymus NOLDIN: *Summa theologiae moralis. Complementum primum. De sexto praecepto et de usu matrimonii*. Oeniponte, typis et sumptibus Fel. Rauch, 1920. 13.; Augustinus LEHMKUHL: *Compendium theologiae moralis*. Friburgi Brisgoviae, sumptibus Herder, 1907. 186–187.; Alphonsus TANQUEREY: „Supplementum de virtute castitatis”. In: *Synopsis theologiae moralis et pastoralis*, II., Romae–Tornaci–Parisiis, Desclée et Socii, 1922. 8. dell'appendice.

<sup>15</sup> Cf. JON ELSTER: *A társadalom fogaskerekei. Magyarázó mechanizmusok a társadalomtudományokban*. Budapest, Osiris-Századvég, 1995. 49–58.

Ma che cosa possiamo rispondere, se qualcuno dice che per evitare sia l'aborto che l'educazione del figlio in una famiglia monogenitoriale, sarebbe sufficiente, invece di proibire la fornicazione, la norma seguente: nel caso della gravidanza della ragazza lei e il suo amante devono sposarsi, cioè il loro rapporto diventa automaticamente un matrimonio. Ebbene, il fatto stesso di una gravidanza *prematrimoniale* significa proprio che gli amanti non volevano ancora impegnarsi a rimanere insieme per sempre, dunque non sono nemmeno loro sicuri che si concordino e che siano capaci di formare una coppia felice e stabile, il che sembra escludere l'applicabilità di questa norma proposta sul matrimonio obbligatorio dei genitori di figli naturali. (È vero che conosciamo dei popoli preistorici o attuali ma isolati dal resto del mondo che hanno una regola simile.<sup>16</sup> Più tardi esamineremo il loro caso, facendo vedere, che questo non contraddice la validità della proibizione della fornicazione, e questo divieto rimane la parte della legge naturale lo stesso.)

Oggi spesso sentiamo anche un altro argomento – molto popolare – a favore del rapporto sessuale prematrimoniale. Molti dicono, che dopo un certo periodo di coabitazione i giovani si conoscono meglio e così possono fare una decisione più fondata sul loro futuro. Ebbene, secondo le indagini sociologiche recenti questa opinione è erronea, anzi n'è vero proprio il contrario: i divorzi sono molto più frequenti nel caso dei matrimoni preceduti dalla coabitazione che nel caso di quelli conclusi senza un rapporto sessuale prematrimoniale.<sup>17</sup>

Ora vediamo le proprietà del matrimonio! La sua *indissolubilità* sembra anzitutto un mezzo per servire gli interessi dei figli. Il divorzio è veramente contro il bene della prole, ma non soltanto perchè è sfavorevole per i figli già nati; ne impedisce anche la concezione, perchè se i coniugi sono consapevoli della dissolubilità, cioè si ripercuote sulla qualità del matrimonio stesso: se io so che il legame non è definitivo, sarò meno motivato ad adattarmi a mia moglie, e viceversa, e inclineremo al divorzio già nel caso del primo piccolo litigio<sup>18</sup>; così, proprio perchè non conosciamo sicuramente il futuro del nostro legame, preferiamo più facilmente la rinuncia alla nascita dei figli<sup>19</sup>. E se fossero dissolubili soltanto i matrimoni senza figli, ciò eserciterebbe un'influenza su *tutti* i matrimoni: il futuro di *ciascun* matrimonio sarebbe incerto fino alla nascita dei figli, ci sarebbe ancora la „speranza” di poter uscirne una volta, e così molti coniugi ritarderebbero intenzionalmente la nascita della prole, volendo mantenere

<sup>16</sup> Pierre L. VAN DEN BERGHE: *Human Family Systems. An Evolutionary View*. New York–Oxford, Elsevier, 1979. 47.

<sup>17</sup> MIHALEC Gábor – TÁRKÁNYI Ákos: A házasságok és az életársi kapcsolatok összehasonlító vizsgálata. *Mester és Tanítvány*, n. 27., agosto 2010., 63. e 65–69.

<sup>18</sup> CSEH-SZOMBATHY László: *A házastársi konfliktusok szociológiája*. Budapest, Gondolat, 1985. 171–172.

<sup>19</sup> KECSKÉS Pál: *A házasság etikája*. Budapest, Szent István Társulat, 1928. 65–66. – Le indagini recenti confermano questa tesi. Vedi, per esempio: Héctor BELLIDO – Miriam MARCÉN: Divorce laws and fertility decisions. *Departamento de Análisis Económico, Universidad de Zaragoza*, <http://www.alde.es/encuentros/antiores/xiii/ea/trabajos/pdf/103.pdf>; Gary S. BECKER – Elisabeth M. LANDES – Robert T. MICHAEL: An Economic Analysis of Marital Instability. *The Journal of Political Economy*, Vol. 85, No. 6 (Dec., 1977), 1141–1187.; Michael SVARER – Mette VERNER: Do Children Stabilize Marriages? [http://www.hha.dk/nat/wper/03-4\\_mv.pdf](http://www.hha.dk/nat/wper/03-4_mv.pdf)

questa possibilità di „fuggire”. Dunque, paradossalmente, anche l’indissolubilità dei matrimoni *infecondi* contribuisce alla *fecondità* del matrimonio in generale, e serve così il bene comune, mentre, del resto, sottolinea naturalmente anche l’aspetto specialmente umano di questa istituzione, facendo vedere, che il legame dei coniugi ha un valore anche in se, senza prole. Più o meno lo stesso effetto sarebbe prodotto anche se il divorzio fosse possibile *dopo* il compimento dell’educazione dei figli: molte coppie intenderebbero – forse incoscientemente – ad avere il numero più piccolo possibile di figli (o a non averne alcuni), per poter liberarsi dalla vita comune al più presto, e la speranza di uscire una volta dal matrimonio diminuirebbe la motivazione dei coniugi al mutuo adattamento, il che avrebbe un effetto sfavorevole alla qualità del loro rapporto, e così anche a quella dell’educazione.

Tutto ciò è valido, *mutatis mutandis*, anche in caso del concubinato. Dal momento che i tali rapporti sono *per definitionem* dissolubili, divengono più instabili e meno fecondi. Questo è dimostrato anche dalle indagini empiriche recentemente fatte<sup>20</sup>. Anzi, anche i casi della cosiddetta „violenza domestica” sono molto più frequenti nei rapporti non coniugali che nei matrimoni<sup>21</sup>. Insomma: la dissolubilità di qualsiasi rapporto tra l’uomo e la donna influenza negativamente sia questo rapporto stesso quale valore in se, sia la generazione e l’educazione dei figli, così la Chiesa ha delle buone ragioni per insistere che il luogo normale della vita sessuale è il matrimonio indissolubile.

Esaminando l’altra proprietà principale del matrimonio, *l’unità*, cioè l’esigenza della monogamia, dobbiamo distinguere il livello biologico da quello specialmente umano. Nel maschio umano si producono dei semi in quantità praticamente illimitata, mentre la femmina umana ha un numero molto piccolo di ovuli, e così può avere relativamente pochi posterì che portano i suoi geni. Così, dal momento che in ogni essere vivente c’è una tendenza a massimizzare la presenza dei suoi geni nella prossima generazione, l’evoluzione formò due „strategie” differenti nel caso dei due sessi: il maschio ha un’inclinazione a fecondare la quantità più grande possibile di femmine, mentre per la femmina sono importanti piuttosto gli aspetti qualitativi: cerca il maschio migliore possibile, capace di fornire la sicurezza necessaria per i pochi posterì ch’ella può avere. Originariamente ella sceglie questo maschio soltanto in base alle sue proprietà favorevoli, anche se egli ha già un’altra consorte, o ne ha più. Queste due inclinazioni insieme favoriscono, naturalmente, la poligamia, o, se vogliamo essere più precisi, la poliginia, la quale è dominante nel periodo più antico della storia umana. Questo sistema, però, comporta la possibilità di conflitti gravi, perchè ci sono più o meno altrettanti uomini che donne, e così, se alcuni mariti hanno più mogli, parecchi sono esclusi dalla possibilità di sposarsi, il che può generare una contesa interna nella società in questione, anzi può condurre all’aggressione aperta.

<sup>20</sup> TÁRKÁNYI ÁKOS: *A fejlett európai országok családpolitikája és a demográfiai átmenet* című PhD disszertációjának tézisei, 5. <http://nepesedes.hu/drupal/node/20>; MIHALEC–TÁRKÁNYI op. cit. 73. TÁRKÁNYI ÁKOS: *A második demográfiai átmenet néhány főbb tényezője a fejlett világban és Magyarországon. Demográfia*, LI. 2008/4. 407.

<sup>21</sup> FRIVALDSZKY op. cit. 17.

Quanto più sviluppata è la società, quanto più necessaria è la cooperazione dei membri per edificare la civilizzazione, quanto più grande è il bisogno di coordinare i comportamenti individuali ed assicurare la loro previsibilità reciproca, tanto più importante è l'eliminazione di tutte le sorgenti potenziali di tensione interna. Una società paleolitica di cacciatori, pescatori, raccoglitori può ancora convivere con il pericolo continuo d'aggressione causato dall'esclusione di parecchi uomini dalla possibilità di sposarsi, ma i conflitti nati dalla distribuzione inuguale delle donne rendono difficile il progresso verso una civilizzazione più sviluppata. Così la poligamia diviene sfavorevole, e in un certo grado dello sviluppo storico svanisce, o rimane accettata in teoria, mentre in pratica soltanto una minoranza (1-2%) degli uomini ha più mogli.<sup>22</sup> (Ecco un bell'esempio della complessità della natura umana: quest'ultima non è riducibile alla natura nel senso biologico, agli elementi innati dell'uomo, invece contiene anche le esigenze del nostro carattere sociale.) Dunque, in ultima analisi, la monogamia corrisponde meglio alla natura umana nella sua forma sviluppata. Ed esistono, naturalmente, anche dei punti di vista ulteriori. Nel caso della poliginia c'è la possibilità continua dei conflitti fra le mogli.<sup>23</sup> Inoltre, abbiamo visto che il rapporto personale fra uomo e donna può ricevere un valore in se stesso, il che corrisponde completamente alla natura umana, caratterizzata proprio dalla genesi storica di bisogni specificamente umani. Or bene, dal punto di vista dell'intimità e della mutualità di questo rapporto personale la monogamia sembra evidentemente molto più favorevole della poligamia. Per quanto riguarda, invece, la poliandria, questa è una rarità antropologica, molto meno frequente della poliginia, il che si spiega dal fatto che in questo caso la paternità è necessariamente incerta: nessuno dei mariti non può sapere sicuramente, quali sono i suoi propri figli fra quelli della moglie, e ciò diminuisce l'inclinazione di ciascun marito a curarsene, dal momento che sempre rischia d'investire la sua energia nell'educazione di figli che non portano i suoi geni. I pochissimi esempi etnografici della poliandria sono, di solito, dei matrimoni di due o più fratelli con la stessa donna, così ciascuno di loro è sia il padre che lo zio di qualsiasi figlio della moglie, e ha sicuramente geni comuni con tutti i figli. Però questa forma di matrimonio è resa possibile dalle circostanze di una scarsità estrema, nelle zone dove i terreni familiari hanno una misura così piccola che sarebbe impossibile dividerli fra i fratelli, e così questi rimangono piuttosto insieme e si sposano comunemente.<sup>24</sup> Tuttavia, questa scarsità è evidentemente una circostanza transitoria nello sviluppo dell'umanità, e la tendenza naturale è la sua eliminazione, corrispondentemente alla crescita del sopraddetto dominio razionale umano del mondo. In ultima analisi, le circostanze veramente convenienti alla natura umana (di questo punto di vista) sono quelle esistenti *dopo* l'eliminazione della detta scarsità, così anche la poliandria (corrispondente allo stato eliminato) può essere detto estraneo alla forma definitiva della legge naturale. (E possiamo dire lo stesso anche dal punto di vista del rapporto intimo personale della coppia, naturalmente: è

<sup>22</sup> Cf. BERECZKEI op. cit. 73–81.; CSÁNYI op. cit. 198.

<sup>23</sup> Edward WESTERMARCK: *Az emberi házasság története*. Budapest, Athenaeum, 1910. 283–285.

<sup>24</sup> BERECZKEI op. cit. 214.



evidente che per questo rapporto la poliandria non è meno sfavorevole della poliginia, ed il rapporto in questione come valore in se stesso corrisponde alla tendenza storica della genesi di bisogni umani specifici, e così è in armonia con la natura umana.)

Perchè è importante la mutua *fedeltà* sessuale? Anche qui dobbiamo distinguere il livello biologico da quello specificamente umano nella nostra natura. Dal punto di vista puramente biologico l'inclinazione alla gelosia è differente nei due sessi. L'uomo ha la tendenza a escludere la possibilità della nascita di prole di paternità incerta, per evitare che la sua energia sia sprecata all'educazione di figli senza i suoi geni; così per lui già il fatto stesso dell'infedeltà sessuale della donna è sfavorevole<sup>25</sup>. Nell'interesse della donna, invece, *dal punto di vista biologico*, sta il benessere dei suoi figli portanti i suoi geni, così l'infedeltà sessuale del marito in se stessa non è sfavorevole per lei, finchè il marito non neglige la cura dei figli a causa del rapporto adulterino<sup>26</sup>. Però, è chiaro, che questo fatto non rende inutile la proibizione dell'adulterio del marito, nemmeno sul livello puramente biologico. Con *chi* potrebbe egli avere un rapporto estraconiugale? Ci sono soltanto due possibilità: con la moglie di un altro marito, o con una donna singola. Nel primo caso c'è il pericolo della paternità incerta in quell'altro matrimonio, nel secondo caso, invece, gli argomenti contro un tale rapporto possono essere esattamente quelli usati più avanti contro la semplice fornicazione. E, naturalmente, gli argomenti si moltiplicano se teniamo conto anche dell'importanza del rapporto intimo personale fra il marito e la moglie come valore in se stesso. Su questo livello, specificamente umano, la gelosia può essere reciproca, e l'infedeltà può deteriorare radicalmente il matrimonio. Benchè ci siano degli esperimenti del cosiddetto „matrimonio aperto” nel mondo occidentale, le indagini sociologiche dimostrano la presenza della gelosia anche in questi, e l'intimità necessaria per un matrimonio duraturo sembra incompatibile con la possibilità dei rapporti sessuali estraconiugali<sup>27</sup>. Non è convincente nemmeno il riferimento ai dati etnografici concernenti l'usanza di prestare la moglie agli amici o agli ospiti del marito. Le nostre inclinazioni innate non si fanno valere con una necessità invincibile. È ben noto che fra certe circostanze possiamo superare anche il nostro istinto di vita, altrimenti non sarebbe possibile, per esempio, la morte eroica dei martiri per qualche motivo spirituale. Il prestito della moglie non contraddice l'esistenza della gelosia maritale, invece può essere proprio insieme con quest'ultima l'espressione di una „generosità”: il marito *supera* la gelosia, presta la moglie *nonostante* questo sentimento al quale ha un'inclinazione innata, e il quale, *di solito*, prevale in lui: anche un tale marito si sente offeso se la moglie lo tradisce *senza* il suo permesso.<sup>28</sup>

La proibizione del matrimonio tra parenti vicini ha delle cause chiare per l'uomo attuale occidentale, tutti sappiamo i pericoli genetici dell'incesto. (Benchè nel passato la Chiesa, non essendo consapevole di questi pericoli, abbia usato d'altri

---

<sup>25</sup> Ibid. 97–99.

<sup>26</sup> Ibid. 99–100.

<sup>27</sup> CSEH-SZOMBATHY László: *A házastársi konfliktusok szociológiája*. Budapest, Gondolat, 1985. 107–108.

<sup>28</sup> Cf. WESTERMARCK op. cit. 54. e 82–84.

argomenti<sup>29</sup>, così *di fatto* difendeva le famiglie – senza saperlo – dai danni genetici menzionati, proibendo risolutamente i matrimoni incestuosi. Questa insistenza si basava oggettivamente su un meccanismo biologico prodotto dall'evoluzione, il quale elimina una parte considerevole degli incesti possibili: ognuno aborre spontaneamente dal rapporto sessuale con una persona la quale è stata allevata insieme con lui.<sup>30</sup>) Dunque adesso è sufficiente questa breve osservazione. Quanto all'affinità, quest'impedimento matrimoniale non è giusnaturalistico, invece appartiene ad una legge positiva (al diritto ecclesiastico), così qui non dobbiamo occuparcene.

Molti diranno, leggendo i sopraddetti, che tutto ciò è forse valido in teoria, ma in pratica l'esigenza della fedeltà eterna è irrealista, perchè non possiamo dirigere i nostri sentimenti. Ma questo argomento è sbagliato. Anzitutto: anche se fosse vero che la nascita e la cessazione dei nostri sentimenti sono completamente indipendenti dalla nostra volontà, questo fatto in se non ci obbligherebbe a seguirli tutti senza distinzione; uno dei nostri caratteri antropologici già menzionati è la crescita del controllo razionale umano del mondo, compresa anche l'autodisciplina; ora, quest'ultima comporta la capacità di dominare i nostri impulsi interni, di ritardare la loro soddisfazione, anzi, di sopprimerli definitivamente, subordinandoli ad altre preferenze. Inoltre i sentimenti possono anche cambiare durante questo processo regolatore, educativo ed autoeducativo. L'amore coniugale non è qualche forza misteriosa ed estranea che prima ci occupa, poi ci abbandona; è, invece, in parte considerevole, la nostra propria opera, dal momento che la natura umana, come abbiamo visto, non è identico con gli impulsi interni spontanei, ma comprende anche la nostra attività razionale d'armonizzarli, d'ordinarli. E, del resto, non dobbiamo scandalizzarsi per il fatto che nel mondo non esiste automaticamente un'armonia fra le nostre voglie e le circostanze oggettive, e forse non possiamo neanche noi realizzarla perfettamente. Se applichiamo conseguentemente il „disantropocentrismo metodologico” soprammenzionato, quest'assenza d'un ordine spontaneo automaticamente favorevole per l'essere umano non è mica strana; anzi, sarebbe sorprendente proprio la *presenza* di un tale ordine.

Come si vede dai sopraddetti, la funzione procreatrice del matrimonio ha un ruolo centrale nella nostra concezione. Dunque bisogna parlare anche del problema della contraccezione.

È ben noto che la Chiesa accetta soltanto la cosiddetta *pianificazione familiare naturale*. Secondo me il nome di questo metodo è discutibile. L'osservazione di un ciclo biologico e l'applicazione delle conoscenze così ottenute nel corso dell'attività umana sono altrettanto artificiali, quanto lo è l'uso dei metodi chimici o meccanici, mentre sia le prime che l'ultimo sono, alla stessa volta, anche naturali, perchè corrispondono all'essenza dell'uomo: abbiamo visto che l'artificialità ed il controllo razionale del mondo appartengono alla natura umana presa nel senso filosofico.

Però, adattandomi alla terminologia esistente, qui userò anch'io l'espressione „pianificazione familiare naturale”, e vedremo che, sebbene questo nome sia contestabile, il metodo così denominato si distingue veramente dagli altri. Dapprima: i metodi

<sup>29</sup> Cf. SAN TOMMASO D'AQUINO: *Summa Theologica*, Supplementum, q. 54., a. 3.

<sup>30</sup> BERECZKEI op. cit. 129–134.

detti „artificiali” hanno degli effetti collaterali nocivi alla salute<sup>31</sup>. Inoltre: proprio il metodo considerato „il più sicuro”, cioè „la pillola” usa, di solito, una combinazione di differenti meccanismi d’azione, e uno di questi è spesso un processo che impedisce allo zigote d’impiantarsi nell’endometrio uterino, cioè l’uccisione d’una vita già concepita<sup>32</sup>. Ma è altrettanto importante anche il fatto che le due specie di metodi corrispondono a due mentalità fondamentalmente differenti. I metodi „artificiali” rendono possibile la separazione della sessualità dal rapporto intimo personale, perchè possono servire anche alla „sicurezza” delle „avventure di una notte”. Abbiamo visto, che le loro forme moderne favoriscono la mentalità edonista la quale vuole avere la gioia della sessualità senza gli oneri familiari, contribuendo così alla decrescenza della popolazione. Ma questi metodi possono avere lo stesso effetto anche *entro* al matrimonio: i coniugi che li usano sono capaci di rinunciare coscientemente e definitivamente alla prole e di cercare soltanto la gioia personale, nel segno dell’edonismo. Da questo punto di vista la situazione della coppia usante il metodo „naturale” è fondamentalmente differente. Benchè la „pianificazione familiare naturale” sia altrettanto sicura quanto gli altri metodi, e così, se la guardiamo solo dal punto di vista „tecnico”, si possa abusarne come di quegli altri, rinunciando ai bambini per motivi edonistici, è proprio l’edonismo che deve essere abbandonato per poter usare il metodo „naturale”, dal momento che quest’ultimo richiede il controllo razionale degli impulsi interni, il ritardamento della loro soddisfazione, la loro subordinazione ad altri punti di vista ecc. La condizione dell’uso di questo metodo è, dunque, un’autodisciplina molto grande, così possiamo presumere che se ne servano soltanto quelle coppie che hanno veramente un motivo grave (più serio della semplice voglia di comodità) per ritardare la nascita dei figli.

Finalmente dobbiamo dire: anche se qualcuno – nonostante i sopraddetti – insistesse a negare la differenza morale delle due specie di metodi, qualificando tutt’e due inammissibili, il rispetto della proibizione del metodo „naturale” sarebbe *praticamente* impossibile. Nemmeno la coppia in questione non saprebbe sicuramente, *quando* viola questo divieto. Mentre possiamo sapere chiaramente se prendiamo una pillola o facciamo un altro atto fisico esterno simile, e possiamo univocamente astenerci da quegli atti, è impossibile il rispetto del comandamento di *dimenticare* il sapere esistente sul ciclo femminile. Benchè possiamo rinunciare coscientemente all’uso *sistematico* della „pianificazione familiare naturale” (cioè a prendere regolarmente la temperatura ecc.), il fatto stesso che ci sono dei giorni meno favorevoli per la concezione rimane conosciuto, e tutti sanno *approssimativamente*, quali sono questi giorni. Il processo storico d’acquistare questo sapere è irreversibile. Così la scelta del tempo degli atti matrimoniali non può divenire completamente fortuita e spontanea di nuovo. Nel caso di ogni atto matrimoniale successo in un periodo infecundo sarebbe possibile un dubbio invincibile dei coniugi sul carattere morale del loro comportamento: sempre potrebbero chiedersi se non siano motivati – forse senza esserne coscienti – da una voglia segreta d’impedire la concezione.

<sup>31</sup> Cf. John KIPPLEY – Sheila KIPPLEY: *A természetes családtervezés művészete*. Budapest, Szent István Társulat, 1986. 38–42.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 43–44. Vedi, inoltre: Joseph B. STANFORD: „Sex, Naturally”. *First Things*, novembre 1999., 28.

Se l'istituzione del matrimonio si fonda alla stessa volta sulla necessità della procreazione e sull'importanza del rapporto intimo personale dei coniugi, ciò non esclude la permissibilità morale di un matrimonio previsibilmente infecondo? In parte abbiamo già risposto a questa domanda: abbiamo visto, che l'indissolubilità è valida anche nel caso dei matrimoni sterili, perchè, in un modo indiretto, anche questi ultimi contribuiscono alla fecondità dei matrimoni in generale. Ora possiamo aggiungere, che una coppia infeconda è capace di partecipare alla propagazione del genere umano anche in un modo più immediato: per adozione di bambini. Se una tale coppia educa dei figli, anch'essa rappresenta per questi i modelli di comportamento specifici maschili e femminili necessari per la socializzazione. Ma il contrasto dei due sessi e la loro complementarità reciproca esiste e funziona come modello per la società anche se la possibilità dell'adozione non si realizza in un matrimonio sterile, e quest'ultimo serve anche così – almeno indirettamente, trasmettendo il detto modello – la riproduzione della specie.

È evidente, però, che questo è valido soltanto nel caso delle coppie eterosessuali. Quelle omosessuali non possono rappresentare questi modelli. Inoltre: secondo le nostre conoscenze scientifiche attuali non è dimostrabile che le inclinazioni omosessuali siano completamente innate e che dobbiamo escludere il ruolo dei effetti della socializzazione.<sup>33</sup> Dunque non è impossibile che un figlio adottato ed educato da due persone dello stesso sesso divenga omosessuale più probabilmente che uno cresciuto in una famiglia basata su un rapporto eterosessuale. Ma così da una parte diminuisce la proporzione dei partecipanti potenziali di rapporti eterosessuali, indispensabili per la riproduzione della società, dall'altra, invece, cresce il numero delle persone esposte ai rischi sanitari e psicologici che, secondo le nostre conoscenze attuali, minacciano gli omosessuali<sup>34</sup>. Ciò comporterebbe delle gravi difficoltà addizionali per loro a confronto della situazione dei figli cresciuti nelle famiglie tradizionali. Dunque, benchè possiamo comprendere, dal punto di vista umano, il fatto che gli omosessuali hanno la voglia di avere la prole come tutti, ci sono dei argomenti seri contro la possibilità dell'adozione per le coppie di due persone dello stesso sesso. Così il rapporto di queste ultime non può contribuire a nessun modo alla riproduzione della specie, e non si può chiamarlo matrimonio. Se la legge positiva lo chiamasse così, ciò porterebbe il messaggio che le due orientazioni sessuali hanno un ruolo identico nel funzionamento della società, il che relativizzerebbe il matrimonio preso nel senso tradizionale e svaluterebbe il suo ruolo riproduttivo. Quanto ai problemi pratici della coesistenza sociale delle diverse orientazioni sessuali, ai compromessi necessari ecc., naturalmente c'è bisogno di ricerche scientifiche ulteriori e di discussioni sociali estese per trovare una soluzione che tenga conto di tutti gli interessi meritevoli considerazione, compresi anche quelli del bene comune. Ma possiamo dire già anticipatamente: è irrazionale punire, odiare o escludere qualcuno a causa di un'inclinazione sua, la cui genesi è successa senza la sua volontà.

<sup>33</sup> Andreas LAUN: Homoszexualitás katolikus szemmel. In: ROSKA Péter (ed.): *Homoszexualitás katolikus szemmel*. Budapest, Jel Kiadó, 2007. 60–62.

<sup>34</sup> Su questi rischi vedi LAUN op. cit. 77–78.

Se insistiamo così fortemente sull'importanza della riproduzione della specie, che cosa dobbiamo pensare della dottrina tradizionale cattolica affermare che lo stato verginale è più perfetto del matrimonio? Non possiamo rispondere semplicemente che qui si tratta di un dogma, il cui esame è superfluo durante un'indagine riguardante soltanto l'ordine naturale. In realtà questa tesi appartiene fra le verità accessibili anche alla ragione naturale, secondo parecchi autori cattolici<sup>35</sup> (e, se non fosse così, sarebbe inquietante proprio la possibilità di una contraddizione tra le conoscenze naturali e quelle soprannaturali). Ma, allora, come si può armonizzare la preferenza della verginità e l'importanza della riproduzione della specie?

Ebbene, la priorità tradizionale della verginità non significa che sarebbe meglio se tutti s'astenessero dal matrimonio. Vuol dire piuttosto che le persone rinuncianti al matrimonio hanno, in generale, una vita più adatta alla contemplazione ed al contatto intenso con Dio, che i coniugati. Ma entrambi i modi di vita sono necessari: San Tommaso d'Aquino parla di una divisione del lavoro, secondo la quale una minoranza si occupa esclusivamente delle cose spirituali, mentre la maggioranza – avendo famiglia e prole – s'incarica della riproduzione della specie direttamente.<sup>36</sup> E quest'ultimo scopo ha la priorità: Tommaso dice che nel passato, quando la popolazione del mondo era ancora troppo piccola, il matrimonio era un dovere personale di ognuno.<sup>37</sup> Inoltre, la detta divisione del lavoro non richiede che il ruolo della gente vivente in verginità si limiti all'attività svolta nel segno del principio „contemplata aliis tradere”. Invece, la vita verginale dei contemplanti contribuisce perfino al consolidamento dei matrimoni stessi, dal momento che essa dà testimonianza della possibilità di rinunciare alla vita sessuale definitivamente, così in un certo senso rappresenta un argomento *a fortiori* per quelli che sono obbligati soltanto a una continenza provvisoria: questi ultimi, vedendo che è possibile anche un grado così eccezionale dell'autodominio, accettano più facilmente le esigenze meno difficili che comporta il livello quotidiano dell'autodominio sessuale (la continenza prematrimoniale e la fedeltà al consorte). Dobbiamo aggiungere: a causa dell'intensità ben nota della voglia sessuale è sicuro che la maggioranza sempre sceglierà il matrimonio (se l'unica altra possibilità moralmente permessa è la continenza completa), così l'alto rango della verginità non comporta alcun pericolo di spopolamento.

Forse sembra strano che io insisto tanto sopra l'importanza della prole, mentre secondo l'opinione pubblica attuale uno dei più gravi pericoli mondiali è la sovrappopolazione. Però dobbiamo sapere che l'opinione degli specialisti di questo tema sta cambiando: parecchi dicono già che i prognostici demografici anteriori erano troppo pessimisti, ed in realtà la crescita si rallenta in tutto il mondo, e fra poco il problema più grave sarà proprio l'invecchiamento (e non soltanto nei paesi della

<sup>35</sup> Iosephus GREDT: *Elementa Philosophiae Aristotelico-Thomisticae I-II*. Friburgi Brisgoviae-Barcinoe: Herder, MCMLVI. §. 1013. (vol. II., p. 413. o.), cf. SAN TOMMASO D'AQUINO: *Summa theologica*, II-II., q. 152., a. 4.

<sup>36</sup> *Summa Theologica* III., 152. 2.

<sup>37</sup> *Summa Theologica*, Supplementum, q. 41., a. 2., ad 1.

cultura occidentale).<sup>38</sup> Ma se una volta veramente dovessimo frenare il crecimiento, anche una popolazione *stagnante* dovrebbe essere *sostenuta*, la famiglia sarebbe anche allora il luogo preferibile dell'educazione, ed anche la selezione parentale funzionerebbe in noi, cioè le norme sopraddette non diverrebbero inutili nemmeno in una situazione cambiata. Ed è chiaro che, se una volta l'attuale edonismo occidentale si globalizzerà, insieme con la società consumista, e le norme di quest'ultima saranno accettati, invece delle norme sopraddette, allora il problema principale sarà dappertutto la diminuzione catastrofica della popolazione, che ai tempi d'oggi caratterizza ancora soltanto le società del benessere.

Infine devo parlare di due difficoltà, a causa delle quali secondo parecchi specialisti ai nostri tempi non è assolutamente possibile formulare una legge naturale, il che toglierebbe la validità dei sopraddetti. Una delle difficoltà è il famoso problema „essere/dover essere”, oppure l'impossibilità di dedurre valori dai fatti. L'altra difficoltà è la molteplicità storica e geografica della morale (e in particolare della morale sessuale), il che sembra la giustificazione di un relativismo estremista.

Vediamo prima quest'ultima difficoltà! Spesso si pensa che la legge naturale debba essere necessariamente qualcosa di immobile, fissata una volta per sempre, senza la più piccola possibilità di cambiamenti, e che così l'esistenza delle norme accettate da un popolo intero differenti da quelle dedotte speculativamente dalla natura umana sia un'anomalia. Quest'ultima può venire interpretata almeno in due maniere. Si può dire che questo fatto è una prova empirica dell'inesistenza della legge naturale, perchè se una tale legge fosse veramente naturale nel senso classico, sarebbe riconoscibile e riconosciuta dappertutto da ogni adulto sano di mente, almeno in grandi linee. Oppure possiamo dire che tutto il popolo in questione è colpevole.<sup>39</sup> Ora lasciamo perdere la prima possibilità, dal momento che vogliamo proprio *salvare* l'esistenza della legge naturale. Ma anche la seconda possibilità è un po' scomoda, poichè ne consegue che ci sono delle società intere capaci di sostenersi bene senza la forma autentica della legge naturale, così questa sembra inutile e superflua. In che senso possiamo dirla *naturale*, se la sua assenza non rende impossibile la vita umana?

Ebbene, la soluzione viene fornita da San Tommaso d'Aquino e da Jacques Maritain. Tommaso si rende conto dell'esistenza storica di popoli interi che hanno o avevano delle regole morali contrarie alla legge naturale; secondo lui questo fatto si fonda, in parte, *sull'ignoranza* in quelli che hanno „ragione depravata” (*depravatam rationem*) „a causa della passione, o della mala consuetudine, o di un'abitudine mala della natura” (*ex passione, seu ex mala consuetudine, seu ex mala habitudine naturae*).<sup>40</sup> In questi casi si tratta, naturalmente, di un'ignoranza dovuta a un comportamento *colpevole* umano. Però, Tommaso riconosce anche la possibilità di una deviazione *incolpevole* di un popolo dalla legge naturale. In tali casi si tratta di

<sup>38</sup> Vedi, per esempio: Gérard-François DUMONT: Csalóka látszat. *Le Monde diplomatique.*, Edizione ungherese (febbraio 2012) <http://magyardiplo.hu/kezdlap/579-csaloka-latszat>

<sup>39</sup> O almeno ha ereditato delle consuetudini e convinzioni erranee, dovute a una decisione colpevole di una generazione anteriore.

<sup>40</sup> *Summa Theologica*, I-II., q. 94., a. 4.

una sospensione provvisoria della validità di una norma giusnaturalistica, quando l'invalidità ne promuove meglio qualche scopo storico.<sup>41</sup> L'esempio più chiaro è la poliginia permessa agli ebrei secondo l'Antico Testamento. La dispensa dal precetto della monogamia venne da Dio, „mediante un'ispirazione interiore [...] nel tempo in cui bisognava omettere quel precetto naturale per accrescere il numero dei figli da educare al culto di Dio”.<sup>42</sup>

Maritain, interpretando questo testo, dice che invece dell'ispirazione si può parlare piuttosto di una „dispensa anticipata” (*dispense anticipée*)<sup>43</sup>: Dio non ci dà una dispensa *esplicita* (mediante un'ispirazione) da una legge già conosciuta, invece ci lascia semplicemente in „uno stato crepuscolare della coscienza morale, imperfetto quanto alla conoscenza della legge”<sup>44</sup>; questo „stato primitivo d'ignoranza”<sup>45</sup> è in se completamente normale,<sup>46</sup> se guardiamo l'uomo da un punto di vista strettamente filosofico, „astrazione fatta dai dati teologici concernenti lo stato d'innocenza”.<sup>47</sup> L'interpretazione maritainiana qui presentata ha il vantaggio d'essere accettabile anche per un non credente: il fatto innegabile, accessibile anche agli atei è che ci sono luoghi e periodi, dove e quando la gente devia dalla legge naturale, ed anche queste deviazioni contribuiscono in qualche modo allo sviluppo, e fanno parte del corso normale della storia. Anche Maritain stesso fornisce dei esempi simili. Uno di questi è la schiavitù che, pur essendo contro la legge naturale, era necessaria in un certo periodo del passato, a causa del basso livello della tecnica, così non era possibile riconoscere che questa istituzione era immorale; un altro esempio è il diritto umano all'abitazione, il cui riconoscimento parimenti presuppone un certo sviluppo tecnico che rende veramente possibile la costruzione d'appartamenti degni dell'uomo per tutte le famiglie.<sup>48</sup>

Questi esempi sembrano un po' „marxizzanti”, però quello che adesso importa, non è la questione della validità di esempi concreti, ma il fatto stesso che il tomismo può essere compatibile con un principio secondo il quale l'ignoranza della legge naturale può essere un fatto normale, anzi necessario per lo sviluppo dell'umanità, appartenente al solito corso della storia, e in ogni caso *incolpevole*.

Tutto ciò s'inserisce nella teoria maritainiana che fa una distinzione fra l'aspetto ontologico e l'aspetto gnoseologico della legge naturale: mentre, da un lato, è vero

<sup>41</sup> Il Dottore Angelico qui parla dei precetti secondari, ma la differenza fra questi e quelli primari (e fra la terminologia del *Supplemento* e quella del resto della *Somma Teologica*) ora non deve interessarci. L'importante è che lui ci offre precedenti quanto al cambiamento storico della validità di una norma della legge naturale.

<sup>42</sup> *Summa Theologica*, Supplementum, q. 65., a. 2. La versione italiana qui citata è dall'edizione seguente: SAN TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica*, volume 6. Bologna, PDUL Edizioni Studio Domenicano, 1997. 409.

<sup>43</sup> Jacques MARITAIN: *La loi naturelle ou loi non écrite*. Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1986. 170.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibid.* 193.

<sup>46</sup> *Ibid.* 195.

<sup>47</sup> *Ibid.* 193.

<sup>48</sup> *Ibid.* 190–191.

eternamente che le norme da noi chiamate giusnaturalistiche sono le migliori per la natura umana, dall'altro lato, la conoscenza di queste norme si svolge al corso di un processo d'evoluzione culturale, il che può spiegare le differenze fra le concezioni morali delle diverse società. Si tratta d'un processo „trial and error”, d'una serie di tentativi, successi e fiaschi, durante la quale troviamo, gradualmente, le norme autentiche della legge naturale.<sup>49</sup>

Tuttavia Maritain non legittima il ruolo storico del male in quanto male (come lo fanno, per esempio, parecchi marxisti). Non dice che in qualsiasi momento della storia possiamo usare *coscientemente* una morale deviante dalla legge naturale. Il fatto che lui attribuisce *all'ignoranza* anche i casi che secondo Tommaso sono *deviazioni coscienti* dalla legge naturale (pur essendo permesse da Dio mediante un'ispirazione), fa vedere che per il grande tomista francese questi casi sono fondamentalmente negativi, nonostante il loro ruolo storico eventualmente positivo. (Infine, l'ignoranza è una negatività, un male, l'assenza di qualcosa che dovrebbe esserci.) Tutto compreso, uno stadio storico dove sono già conosciute ed applicate le norme vere della legge naturale, è superiore a quello che le ignora.

Ma se la conoscenza della legge naturale è un processo d'evoluzione culturale con errori possibili, e così non è sempre sicuro che fra due norme rivali quella cronologicamente posteriore sarà alla stessa volta anche più autentica dell'altra, che cosa è il criterio dell'autenticità? Se vediamo semplicemente due società che seguono due sistemi morali differenti, e ciascuna funziona bene nel suo proprio luogo e fra le sue proprie circostanze storiche, come possiamo dire senza l'aiuto della Rivelazione, quale delle due corrisponde alla legge naturale?

Ebbene, bisogna avere come punto di partenza i tratti già menzionati che caratterizzano la natura umana: l'umanizzazione dei bisogni biologici, la genesi di bisogni specificamente umani, la scelta sempre più ricca delle attività specificamente umane corrispondenti a questi due tipi di bisogni, e la crescita del controllo razionale umano dei processi del mondo (ivi compreso anche il comportamento umano). Se accettiamo queste tendenze come criteri dell'umanità, allora siamo tanto più umani, quanto più alto è il grado dell'umanizzazione dei primi bisogni, quanto più grande è la varietà dei bisogni del secondo tipo, quanto più ampia è la scelta delle attività, e quanto più sviluppato è il controllo razionale (supposto che questi fattori enumerati siano in armonia e uno di essi non impedisca il funzionamento delle altre). E così fra due norme opposte l'autentica sarà quella che corrisponde a queste tendenze menzionate.

Ebbene, applichiamo questa regola a norme sessuali possibili! Come abbiamo visto, l'etnologia conosce delle tribù dove il rapporto sessuale prematrimoniale dei giovani è permesso, ma in caso della gravidanza questo rapporto diviene automaticamente un matrimonio definitivo. In una società dove la personalità è ancora poco complessa e così bisogna prendere in considerazione pochi punti di vista durante la ricerca di un consorte, questa soluzione è ancora accettabile. Ma nella società moderna, con delle persone fortemente individualizzate, aventi caratteri molto complessi,

<sup>49</sup> Ibid. 20–35. e 188.



sarebbe irrazionale se la definitività del rapporto dipendesse da una gravidanza fortuita in una relazione dove gli innamorati non si conoscono bene ancora. E questo stadio storico, con la personalità complessa, corrisponde meglio alla natura umana, caratterizzata proprio dalla molteplicità dei bisogni e delle attività dell'uomo, con varianti innumerevoli negli individui, così piuttosto la morale corrispondente a questo stadio merita veramente il nome „legge naturale”.

Un altro esempio: conosciamo delle società premoderne che, pur tollerando il divorzio o certe forme della fornicazione, possono assicurare la loro riproduzione senza una crisi demografica. Ma non dobbiamo dimenticare, che nel mondo premoderno funzionano dei fattori non morali che sono praticamente sufficienti in sé stessi per conservare l'istituto della famiglia e per rendere solidi i matrimoni: in queste società non esiste la pensione nel senso moderno, così tutti sono interessati nella procreazione ed educazione di propri figli dai quali saranno mantenuti nella vecchiaia, così quasi tutti vogliono fondare una famiglia, la quale è, del resto, alla stessa volta anche un'unità economica, il che è una forza di coesione per il matrimonio. Se qualcuno, spesso senza averci colpa, non ha prole, è esposto al rischio della miseria nell'età senile. Così la maggioranza si sposa, e i coniugi di solito rimangono insieme anche senza una costrizione morale o legale. Nella modernità, invece, la famiglia perde il suo ruolo d'unità economica, ed il sistema della pensione fornisce a tutti un reddito sicuro nella vecchiaia. Così l'individuo non sente più una motivazione economica immediata a concludere un matrimonio ed a conservare il legame coniugale, e, alla stessa volta, esiste una scelta enorme di diverse attività molto attraenti, dal punto di vista delle quali il matrimonio sembra un ostacolo. È vero che il sistema della pensione richiede la riproduzione della popolazione, perchè la somma della pensione non avrà nessun valore se non ci saranno lavoratori attivi dai quali il pensionato potrà comprare merci e servizi. Ma questo rapporto causale non è sufficientemente presente nell'opinione pubblica, l'uomo quotidiano crede che lavorando nella sua età attiva faccia tutto quello che è necessario per la sua pensione futura; ed anche se eventualmente riconosce, in generale, l'importanza della riproduzione della popolazione, può facilmente pensare che la maggioranza della società avrà dei figli, e che così non sarà un problema se lui non ci dà la sua contribuzione personale; così diviene praticamente un „disertore” nel senso usato nella teoria dei giochi; ma se molti pensano così, ne risulta un decrescimento catastrofico della popolazione, come vediamo attualmente nel mondo occidentale.

Dal momento che sono validi i criteri antropologici soprammenzionati, la soluzione non può essere il ritorno all'epoca premoderna, con l'abolizione della pensione e la riduzione della scelta delle attività attraenti contemporanei, eliminando così la „seduzione”: il fatto che oggi la pensione ci difende dagli effetti sfavorevoli dell'accidente biologico, corrisponde perfettamente allo sviluppo del controllo razionale umano del mondo, ed anche la ricchezza attuale delle attività specificamente umane è in armonia con le tendenze della nostra natura. Cioè bisogna mantenere queste conquiste storiche, ma, alla stessa volta, dobbiamo applicare anche le norme autentiche della legge naturale, le quali – in mancanza di costrizione economica soggettivamente riconosciuta – sono adesso quasi le uniche motivazioni possibili per conservare l'istituzione della famiglia.

Un terzo esempio potrebbe essere il caso della mongamia: sopra abbiamo visto che corrisponde meglio alle tendenze antropologiche menzionate che la poligamia. Potremmo ancora continuare l'enumerazione degli esempi, ma forse è già chiaro il principio che dobbiamo applicare.

Per quanto riguarda il famoso problema „essere – dover essere”, altrove l'ho già esaminato dettagliatamente.<sup>50</sup> Perciò qui, per maggior brevità, suppongo semplicemente, che i miei interlocutori potenziali pensano (come me): la civilizzazione umana, caratterizzata dai tratti antropologici sopra spesso menzionati, sia una buona cosa che dobbiamo mantenere. In questo caso il tema della discussione può essere soltanto il problema dei mezzi che servono la civilizzazione. Così bisogna parlare soltanto dei fatti: esaminiamo se i rapporti causali oggettivi tra i comportamenti prescritti dalla legge naturale da me proposta e la conservazione dell'umanità esistono veramente, e non dobbiamo fare il passo proibito attraverso la frontiera tra fatti e valori.

---

<sup>50</sup> Zoltán TURGONYI: La legge naturale ed il bene comune. *Iustum Aequum Salutare*, IV., 2008/4. 97–98.; Zoltán TURGONYI: *Etika*. Budapest, Kairosz, 2012. 11–20., 102–112.

## CURRENT ISSUES

### *Investiture doctor honoris causa of Professor Dinah Shelton*

#### LAUDATIO

András Zs. VARGA

Your Eminence, Your excellencies, *Magnifice Domine Rector*, members of the university community, colleagues, ladies and gentlemen!

It is a great honour and privilege for me to present Professor Dinah Shelton for the conferment of an honorary doctorate by the Péter Pázmány Catholic University. She deserves this award for her human qualities and scientific contributions.

Professor Shelton graduated from University of California and Boalt School of Law (Berkeley). At the beginning of her career, she worked at a law firm (Kent, Bready, Burns, Kaplan and Williams) then as an attorney at different important posts, e.g. at the US Court of Appeals for the Ninth Circuit. Parallell to this, she became professor at prestigious American universities and she was also invited by foreign universities. Later, she abandoned procedural law and turned back to her favourite research field, i.e. public international law.

She devoted herself to the teaching of international law at the Santa Clara University (1975-1996), Stanford (1993, 1994), San Diego (1994) and then at the University of Notre Dame (1996-2004) and finally at George Washington University (2004-2013).

She also taught in Europe (at the University Robert Schuman of Strasbourg and at the University Paris IX) and she became the member of the professoral staff of the International Institute of Human Rights of Strasbourg, founded by Nobel Peace Prize winner René Cassin. During summer university courses in Strasbourg she was the teacher of several young people from Central and Eastern European countries, before & after the collapse of the Berlin Wall. Some of them as professor colleagues at the Péter Pázmány Catholic University or at other Hungarian Universities are present in this room.

Professor Shelton attempted the impossible: to become world wide known not only in one but in two fields, namely human rights and environment protection. And she has succeeded...

Her books (1) *International Human Rights in a Nutshell*, (2) *Interamerican Protection of Human Rights*, (3) *Remedies in International Human Rights Law*, (4) *International Crimes, Peace and Human Rights, - the Role of the International Criminal Court* (5) *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* or (6)

the recent *Oxford Handbook of International Human Rights Law* are most widely read all over the world.

But her other books (1) *Human Rights and Environment*, (2) *Manual of European Environmental Law*, which was also published in French or (3) the *Judicial Handbook of Environmental Law* cannot be ignored in questions related to the contemporary international legal status of Man and Biosphere.

She also published books on soft law, eg. (1) *The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* or (2) on the classical question of the law of nations i.e. *International Law and Domestic Legal System*.

Professor Shelton also had the opportunity to face a great challenge of international law professors, namely how to put in practice their abstract knowledge in highly politicized, sensitive issues.

She was nominated by the American government to the Inter-American Commission on Human Rights and was elected to this post in 2010 by countries of the Organization of American States.

*Hic Rhodus, hic salta* – according to the old Latin formula.

As a member and also as the president of the Commission, till the end of her mandate in 2014, she succeeded to clarify situations, to find remedies or compensation for suffering and to prepare cases for sentencing by the Inter-American Court of Human Rights.

Professor Shelton has a special interests in our country, due also to her long friendship and professoral collaboration with the secretary general of the above mentioned International Institute of Human Rights, the late Alexandre Charles Kiss, born and educated in Hungary and since 1990 till his death, external member of the Hungarian Academy of Sciences.

During her professorship in Santa Clara, Mrs Shelton established contacts with the High School of Public Administration of Budapest. Then either from Notre Dame University or from George Washington University her network included the Eötvös Lóránd University, the Miskolc University and last but not least the Péter Pázmány Catholic University. She was our distinguished guest at several conferences and a promoter of international cooperation: she involved several colleagues hereby present into collective researches and common publications.

For all these reasons, *Magnifice Domine Rector*, it is with great pleasure that I present to you for admission to the degree of honorary doctor, Professor Dinah Shelton.

## BUILDING THE CATHEDRAL

Dinah SHELTON

Budapest, April 29, 2014

Thank you for the generous introduction and the great honor of this degree from the venerable Paszmany Peter University. It is humbling to receive such a high distinction, which inspires a desire to annotate my professional biography to recognize those who contributed to each of the achievements for which I have been credited. I recall Nobel Peace Prize recipient Lord Noel Baker, who was 94 years old when I met him at a conference in 1978. Seated beside him at lunch, I awkwardly and rather uncomfortably mentioned that I knew of his Peace Prize and had been told the year he received it, but I was quite young at the time and therefore did not know exactly WHY he was so honored. He replied with a twinkle in his eyes "It was because I have had the good fortune during my lifetime to work for and with the most extraordinarily talented individuals," he paused a moment and added "... beginning with Lloyd George." Although I am far from being able to reach back a century, I too must recognize that I have had the good fortune to work with extraordinarily talented individuals as well, from the late Alexandre Kiss to several persons in this room, Gyula Bandi, Peter Kovacs and Marcel Szabo in particular. Thank you.

\*\*\*\*

During the international crises that seem endlessly to emerge around the globe, such as those now in the Ukraine and Syria, it is tempting to become discouraged about the strength or even the existence of the international rule of law. Building a peaceful and just global order undoubtedly remains a work in progress. The defects in and weaknesses of the international system are readily apparent. Less obvious, perhaps, is the progress that has been made over the past six decades in developing and implementing international norms to address fundamental needs and values such as human rights and environmental protection. It may be useful and even important, therefore, to reflect on the achievements to date and how the existing foundation of international law can be strengthened.

We remain in the founding decades of many international institutions. The United Nations is younger than I am, which could mean either I have become old or it is young. Either way, the UN's purposes and principles are lasting ones: eliminating armed conflicts, promoting respect and observance of human rights, fostering international cooperation to solve common problems, and upholding the international rule of law. Building on these goals, there exists today a broad legal framework on many transboundary issues, with increasing levels of compliance, a matter that is at least in part the result of legitimacy and the authority of law.

When the United Nations was created there were two international tribunals, the International Court of Justice and the Permanent Court of Arbitration, neither of which was over-burdened with cases. Now there are more than forty international

courts and tribunals with unprecedented, growing caseloads. More importantly, studies indicate that compliance with international judgments is comparable to that of many of the highest national courts. Jurisdiction has expanded, with many of the tribunals affording standing to individuals, companies and groups, most importantly the human rights commissions and courts. Other recently created international courts reflect Justice Jackson's correct observation during the Nuremburg trials that states do not violate international law, individuals do. The International Criminal Court and various ad hoc or mixed tribunals for the former Yugoslavia, Rwanda, Sierra Leone, and Cambodia can now prosecute individuals for the commission of international crimes.

Looking back, there has rarely, if ever, been a period of such rapid global change as the twentieth century. The telegraph and telephone, followed by radio, aviation, and television made it possible to communicate and travel rapidly across borders. The inherent attributes and potential reach of these inventions necessitated global cooperation, leading to the formation of the first permanent international institutions. Much of the resulting international regulation we take for granted today, being able to pick up the telephone and directly call almost any place in the world or fly from one country to another with, as the pilots always remind us, "a choice of many airlines" registered in different countries.

The first decades of the United Nations system and regional organizations like the Council of Europe, Organization of American States and European Union were largely devoted to elaborating and giving effect to fundamental new principles in the aftermath of World War II. Among these, self-determination and human rights became, in the words of John Humphrey, the "golden threads" running through the UN Charter. Beyond insisting that human rights must be a matter of international concern and colonial territories must become free, international organizations also became the venue for negotiating rules and regulations to govern a host of newly-emerging issues. When it became possible to exploit off-shore oil resources, agreement had to be reached on whether or not a state's coastal jurisdiction should extend to its continental shelf or whether exploitation should be open to all states. The launch of Sputnik required states to give thought to the legality of satellites passing overhead and to elaborate rules to govern activities in outer space, resulting in a remarkable degree of international cooperation based on the agreements concluded in the 1960s. Today we struggle with questions about whether or how the Internet should be regulated to counter international crime and how the international community can respond to terrorism, as well as the threat of global epidemics like SARS and avian flu. The web of global interrelationships is a fact known to all heads of state and government.

Also well known is the fact that every legal system must content with law-breakers. The test of the rule of law does not come in ordinary times; it comes when it is inconvenient, costly or society is under threat. Most nations' records are not good in this regard and it is critical to recognize that the failure is usually of law generally, not just international law. Constitutions are suspended or given restricted application, dissidents are exiled or made to disappear, and disfavored minorities are harassed or killed. It is perhaps demanding too much to expect international law to be respected by those who willfully disregard their own national laws and constitutional

limitations and those who fail to distinguish threats to their political survival from threats to the national security. Claims that a head of state or government is above the law generally do not stop at international law but demand unlimited executive powers unrestrained by the legislature, the judiciary, or for that matter, conscience or morality. History tells us that countries and empires come and go. Those who can impose their will by force today will not necessarily have the power to do so tomorrow. The rule of law is a necessary protection for those weak today and for those who may be weak tomorrow.

How can the law part of international law be further developed? The development of international human rights law perhaps provides an example for other still-emerging topics, such as international environmental law. The first step had to be standard-setting, to list and define human rights. From 1948 until the late 1960s the United Nations focused its attention on listing those rights whose protection should be guaranteed by all states under international supervision. The importance of achieving early agreement on the content of human rights and state obligations cannot be over-emphasized. It recast human rights policy as international law, making it more difficult for states to ignore human rights claims internally. It also made it easier to conclude the nearly 100 human rights agreements in force today.

Regional bodies took up the human rights challenge and drafted agreements listing the same internationally-guaranteed human rights. The European system began with the creation of the Council of Europe by ten Western European states in 1949. Article 3 of the Council's Statute provides that every member state must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms. The Inter-American system proclaimed the "fundamental rights of the individual" as one of the basic principles of the Organization of American States. The 1948 American Declaration on the Rights and Duties of Man, adopted six months before the UDHR, gives definition to the general commitment to human rights. Such regional systems crucially focused on the creation of procedures of redress, establishing control machinery to supervise the implementation and enforcement of the guaranteed rights. The jurisprudence of global and regional human rights bodies has become a major source of national law among the member states.

Of course there have been failures to prevent or halt many situations of massive abuses, including genocide. The reasons are many. First, there are legal restraints. Human rights law has been hampered by traditional concepts of state sovereignty and domestic jurisdiction, as well as by the consent-based nature of international obligations that prevents enforcement of norms against nonconsenting states. This legal barrier is reinforced by the conflict of interest inherent in a system where those governments engaged in violating human rights participate in standard setting, compliance monitoring, and enforcement. At an extreme, this leads to challenges to the normative basis of human rights governance from ruling elites who seek to retain power, despite their participation in drafting normative instruments guaranteeing such rights and their subsequent voluntary consent to them through treaty ratification.

Second, and more generally, most states exhibit a reluctance to criticize others for human rights violations, unless there are independent political reasons to do so, such

as ideological conflicts or unfriendly relations. In many cases, the reluctance stems from concern about reciprocal complaints – there being no state free of human rights problems – but it also derives from the multifaceted nature of international relations. States balance consideration of human rights issues with other international concerns, including trade, military and strategic policy, and foreign investment. When respect for human rights does become a cornerstone of bilateral and multilateral relations, particularly on the part of a powerful state or a group of states, it can have a significant positive impact on compliance with human rights norms.

Finally, human rights governance is limited by its own design, which had in mind restraining powerful government agents. It has not succeeded in addressing the massive violations that occur in weak or failed states where anarchy and civil conflict prevail, because violations by nonstate actors that cannot be controlled by a state generally fall outside the scope of most human rights law. International human rights institutions and systems are seen to lack the power to step into failed states and have been so far unable to develop new institutions and procedures to prevent or remedy violations in anarchical states or those in which internal armed conflicts are occurring. Even where there are functioning states, deregulation and privatization have created powerful nonstate actors outside the governance structure. The future of human rights will need to address all these issues to maintain the progress achieved over the past half century.

There are other ways in which the international rule of law can be enhanced, most importantly by enforcing the domestic rule of law. Building strong, independent and competent judiciaries in each state is critical. Excessive claims of executive power should be challenged and resisted by legislatures and the public. While lawyers must not have the arrogance of thinking that they can solve every societal problem they should also not settle for too little. As Margaret Mead said: “do not make the mistake of thinking that concerned people cannot change the world; it is the only thing that ever has.”

Finally, I cite A. H. Robertson, who served as director of human rights at the Council of Europe, later becoming secretary-general of the International Institute of Human Rights in Strasbourg. When young lawyers and activists would express frustration with the slow pace of progress in international human rights law, especially in compliance and enforcement, Bill Robertson would point to the magnificent Strasbourg cathedral, a glorious monument painstakingly constructed over more than 350 years. As he noted, none of the stonemasons, sculptors, or makers of stained glass windows who began this project could see more than the barest outlines of how the Cathedral would eventually rise above the city hundreds of years in the future. Each made a contribution, however, believing in the goal and that it would someday be reached. The Cathedral has stood now for more than five hundred years – no single day passing without some further adjustment or repair or addition being needed. It remains a work in progress. The international rule of law represents another lofty ambition in human history and each person has a contribution to make to this work in process. It is both a privilege and the responsibility of present and future generations.

Thank you.



*Iuris Consulto Excellentissimo Auszeichnung für das Lebenswerk  
von János Zlinszky*

Bericht von Nadja El BEHEIRI

Am 28. November 2013 wurde János Zlinszky, Gründungsdekan der Juristischen Fakultät der Katholischen Universität Pázmány Péter, als Auszeichnung für sein Lebenswerk der Preis „Iuris Consulto Excellentissimo“ des Instituts für Rechtswissenschaften der Ungarischen Akademie der Wissenschaften verliehen. Die seit 2007 verliehene Auszeichnung stellt eine Anerkennung für hervorragende wissenschaftliche Leistungen im In- und Ausland dar. Bei der gleichen Gelegenheit wurde dem Professor für Römisches Recht der Eötvös Loránd Universität András Földi die nach dem ungarischen Rechtsphilosophen Vilmos Peschka benannte Medaille für besondere Verdienste im Bereich der theoretischen Rechtswissenschaften und János Bruhács, Professor für Internationales Recht an der Juristischen Fakultät in Pécs, die nach dem 1901 verstorbenen Vertreter der positivistischen Rechtswissenschaft und Begründer der ungarischen Soziologie Ágost Pulszky benannte Medaille für Verdienste im Bereich der praktischen Rechtswissenschaft verliehen.

Die Person und die Arbeiten Zlinszkys sind auch außerhalb Ungarns hinreichend bekannt. Anlässlich seines 80. Geburtstages im Jahre 2008 hat der langjährige Direktor des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Michael Stolleis, den Professor für Römisches Recht als einen der bedeutendsten Kulturvermittler zwischen Ungarn und dem deutschsprachigen Raum bezeichnet. Anlässlich der Würdigung seines Lebenswerkes soll hier nur auf einen Aspekt hingewiesen werden, der in einer schnelllebigen Zeit, in der die berufliche Orientierung oftmals vielen Veränderungen unterworfen ist, besonders interessant scheint. Die Grundlagen für das wissenschaftliche Werk von János Zlinszky stammen im Wesentlichen aus den ersten Jahren seines Studiums. Im Laufe der wechselhaften Ereignisse der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts ist Zlinszky immer wieder zu den Themenbereichen und Arbeiten zurückgekehrt, die er als Student der Rechtswissenschaften und junger Jurist begonnen hat. Er ist der wissenschaftlichen Arbeit unter oft sehr schwierigen Umständen treu geblieben und diese Ausdauer hat sich später bezahlt gemacht. Im Folgenden sollen dabei nur die wichtigsten Gebiete erwähnt werden. Im Jahre 1949 hat Zlinszky das Zwölftafelgesetz übersetzt und als Studienausgabe mit einem Wörterverzeichnis der lateinischen Vokabel herausgegeben. Diese Arbeit entstand als eine Antwort auf die Herausforderungen der Zeit. Die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse brachten es mit sich, dass gegen Ende der Vierzigerjahre des vergangenen Jahrhunderts sich immer mehr Studenten an den juristischen Fakultäten Ungarns

einfanden, die über keine humanistische Vorbildung verfügten. Zur Unterstützung dieser Gruppe wurden Studienkreise gegründet, die von Studenten höherer Semester geleitet wurden. Die Übersetzung des Zwölftafelgesetzes fand seine ursprüngliche Verwendung zunächst in einem solchen Studienkreis. Vierzig Jahre später bildete diese Beschäftigung mit dem Zwölftafelgesetz die Grundlage für die Dissertation mit dem Titel *Allam és jog az ősi Rómában* (Staat und Recht im archaischen Rom), mit der er den Grad eines Doktors der Ungarischen Akademie der Wissenschaften erlangte. Auf die Erfahrung der Studienkreise griff Zlinszky später als Professor für Römisches Recht an der Universität Miskolc und an der Katholischen Universität in Budapest unter ganz anderen gesellschaftlichen Verhältnissen zurück. Unter seiner Führung leiteten viele Studenten Arbeitskreise für ihre Studienkollegen. Einiger dieser Seminarleiter sind heute als Professoren für Römisches Recht an verschiedenen ungarischen Fakultäten tätig. Im Rahmen einer Seminararbeit beschäftigte Zlinszky sich in seinem zweiten Studienjahr (1948/49) mit der Frage der Todeserklärung. Das Thema wurde Jahre später zum Ausgangspunkt für die im Jahre 1960 erschienene römischrechtliche Arbeit zur Frage der Verschollenheit.<sup>1</sup>

Der zunächst vielversprechend scheinenden akademischen Laufbahn Zlinszkys wurde im Jahre 1951 ein jähes Ende gesetzt. Der junge Student wurde nach einem Schauprozess aus allen ungarischen Universitäten ausgeschlossen. Zur Zeit als der Ausschluss in Kraft war und Zlinszky als Bauarbeiter tätig war, begegnete der spätere Professor seinem dritten Forschungsthema, der (stillen) Rezeption des Römischen Rechts in Ungarn. Der Althistoriker Endre Ferenczy schlug ihm die Bearbeitung von Leben und Werk eines jungen Humanisten aus Siebenbürgen vor, Baranyai Detsi János, der sich Johannes Decius Baronius nannte. Diese Arbeit konnte Zlinszky zwanzig Jahre später auf dem Rechtshistorikertag in Salzburg einem breiteren Publikum vorstellen. Der Vortrag wurde insbesondere auch zum Ausgangspunkt seiner Freundschaft mit Wolfgang Waldstein und Theo Mayer-Maly.<sup>2</sup> Im Studienjahr 1956/57 wurde Zlinszky wieder an die Juristische Fakultät zugelassen und konnte das Studium auch im März 1957 abschließen. Für kurze Zeit sah es so aus, als ob sich eine Möglichkeit eröffnete, eine Anstellung am Lehrstuhl für Römisches Recht zu erhalten. Doch diese Hoffnung wurde durch den Tod seines Lehrers und Mentors Géza Marton am 27. Dezember 1957 zunichte gemacht. Marton betraute Zlinszky mit der Bearbeitung seines wissenschaftlichen Nachlasses. Dazu gehörte vor allem der Abschluss von zwei zur Publikation vorbereiteten Arbeiten zum Schadenersatzrecht. Der deutschsprachige Beitrag erschien im Jahr 1963 im Archiv für die civilistische

<sup>1</sup> Die Abhandlung erschien in gekürzter Form in *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae*, Tom. VIII. Fasc. 1–2. (95–132). Der ungekürzte Text findet sich in: ZLINSZKY–EL BEHEIRI (Hrsg.) op. cit. 34–104. Zlinszky formuliert in dieser Abhandlung anhand der Untersuchung der Regelungen über die Beendigung der Persönlichkeit die These, dass die Rechtsfähigkeit in Rom die politische Anerkennung einer Person war, die als Mitglied der wirtschaftenden Gemeinde betrachtet wurde (vgl. oc. 102–103). Dieser Ansicht hat Okko Behrends in seinem Beitrag über die Prokurator zugestimmt (vgl. Okko BEHREND: Die Prokurator. SZ 1997/88. 275, Anm. 239).

<sup>2</sup> Der Vortrag wurde erstmals in der Festgabe für Arnold Herdlitzka publiziert (315–326). Vgl. auch ZLINSZKY–EL BEHEIRI (Hrsg.) op. cit. 335–350.

Praxis. Die von Zlinszky zum Druck vorbereitete Monographie zur zivilrechtlichen Haftung erschien erst im Jahr 1993. In den Siebzigerjahren begann Zlinszkys Mitarbeit an Coings Handbuch zur Rechtsgeschichte. Das Ergebnis wurde in einem Sonderband der Reihe des Max-Planck-Instituts zum Ius Commune veröffentlicht und wurde in weiterer Folge von Zlinszky auf deutscher Sprache zur Erreichung der nach dem damaligen Universitätssystem vorgesehenen wissenschaftlichen Graduierung eingereicht, womit der Weg zur Erlangung einer Professur frei war. Die Ernennung zum Professor für Römisches Recht erfolgte im Jahre 1990. Die hier angeführten Beispiele bieten nur einen flüchtigen Einblick in die Arbeiten von János Zlinszky, sie zeigen vor allem, dass das Lebenswerk des Professors für Römisches Recht durch eine unbedingte Treue zur Wissenschaft geprägt war und dass sich sein beständiges Bemühen letztlich bezahlt gemacht hat.

*„Am Festtag der Heiligen Elisabeth“: Wissenschaftliche Tagung  
zum Tripartitum von István Werbőczy*

Bericht von István SZABÓ

Vor fünfhundert Jahren, am 19. November 1514, hat der ungarische König Ladislaus Jagiello (ung. II. Ulászló) die von István Werbőczy zusammengestellte und vom Reichstag angenommene Sammlung des ungarischen Gewohnheitsrechts, das sog. Tripartitum<sup>1</sup>, sanktioniert. Aus diesem Anlass hat der Juristenstand zahlreiche Gedenkfeiern veranstaltet. Eine der bedeutendsten dieser Feiern fand genau am Jahrestag der Sanktionierung an der Juristischen Fakultät der Katholischen Universität Pázmány Péter statt. Die wissenschaftliche Tagung wurde unter dem Titel „Am Festtag der Heiligen Elisabeth“<sup>2</sup> veranstaltet.

Die anlässlich des Jahrestages organisierten Tagungen haben auch der im Laufe seiner langen Geschichte oftmals widersprüchlichen Beurteilung des Tripartitum besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

Die Gewohnheitsrechtssammlung wurde vor allem in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg kritisiert. Aufs Ganze gesehen ist die Beurteilung Werbőczys und seinem Werk jedoch vorwiegend positiv. Im Jahr 1908 hat ihm die Landeshauptstadt an einer zentralen Stelle ein Standbild errichtet. Diese Statue wurde im Mai 1945 als Ausdruck der radikalen politischen Veränderungen niedergedrückt. In der Folge wurde Werbőczys Werk vielfach als Symbol der Verankerung der Vorrechte der ungarischen Stände dargestellt. Diese unter Nichtjuristen allgemein verbreitete Ansicht wurde auch nach der politischen Wende des Jahres 1989/90 nicht revidiert.

Der Juristenstand hat sich diese Auffassung jedoch zu keiner Zeit zu eigen gemacht, auch nicht in den Jahren der kommunistischen Diktatur, in denen die Lehre einer verstärkten Kontrolle ausgesetzt war. Auch vor 1990 konnte man an den

<sup>1</sup> „Tripartitum opus iuris consuetudinarii inelyti regni Hungaria“

<sup>2</sup> Der 19. November ist das Fest der in Marburg verstorbenen im deutschen Sprachraum als Elisabeth von Thüringen bekannten Tochter des ungarischen Königs Andreas II. Die Sanktionierung des Tripartitum durch den ungarischen König wurde seit früher Zeit mit dem Festtag der Heiligen in Verbindung gebracht. Ihr Festtag wird in dem für die lateinische Kirche seit dem II. Vatikanischen Konzil geltenden Römischen Kalender am Todestag der Heiligen, dem 17. November gefeiert. Im deutschen Sprachraum und in Ungarn wird ihr Festtag am Bestattungstag der Heiligen, dem 19. November gefeiert.

Universitäten viel über die hervorragenden juristischen Eigenschaften von István Werbőczy hören. In diesem Sinne trifft die Behauptung nicht zu, dass die Pflege der durch das Tripartitum vermittelten Tradition erst durch die nach der Wende ausgebildete Juristengeneration wiederaufgenommen worden ist. Die Wahrung dieser Tradition ist auch in der Zeit nach 1945 nicht unterbrochen worden.

Es besteht ein interessanter Gegensatz zwischen der im Alltag vorherrschenden negativen Beurteilung und der Wertschätzung, die dem Werk Werbőczy vom Juristenstand entgegengebracht wird. Auch in den aus Anlass des Jahrestages veranstalteten wissenschaftlichen Tagungen wurde das Werk vorwiegend positiv beurteilt.

Den Eröffnungsvortrag der Gedenksitzung an der Katholischen Universität Pázmány Péter hielt Péter Darák, Präsident der Kurie.<sup>3</sup> Darák kann in gewisser Weise als Amtsnachfolger Werbőczy betrachtet werden, der Verfasser des Tripartitums war königlicher Protonotarius bzw. Personalis gewesen. Es folgte eine große Zahl von Vorträgen, bei denen praktisch alle juristischen Fakultäten Ungarns vertreten waren. Die Vorträge der vormittäglichen Plenarsitzung wurden von János Zlinszky, Gründungsdekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität gehalten. Zlinszky sprach über die Botschaft Werbőczy für die moderne Gesellschaft. Tamás Lábady analysierte die Quellen zum Personenrecht und der gegenwärtige Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät András Zs. Varga sprach über die Autonomie der von Werbőczy im Hinblick auf die Autonomie der Siebenbürger Szekler verfassten Grundsätze. Am Nachmittag fanden die Vorträge in einer privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Sektion statt. Mehrere Vorträge befassten sich mit den im Tripartitum formulierten Rechtsgrundsätzen. Im Ergebnis wurden fast alle Bereiche des Privatrechts behandelt und der Einfluss des Tripartitums auf das Strafrecht und die Verfassungsentwicklung erörtert.

Die breite Fächerung der Vorträge zeigt deutlich, dass das Tripartitum für jeden Juristen – unabhängig von seinem konkreten Tätigkeitsbereich – eine Nachricht enthält. Um diese Nachricht verstehen zu können, ist die korrekte Interpretation Werbőczy eine unerlässliche Grundvoraussetzung. Das aus dem ausgehenden Mittelalter stammende Gewohnheitsrecht kann drei bis vierhundert Jahre später nicht mehr unmittelbar zur Anwendung gebracht werden. Entwicklung und Veränderung gehören zu den wesentlichen Grundeigenschaften eines jeden Gewohnheitsrechtes. Im Zentrum der gegen Werbőczy vorgebrachten Kritik stand die von ihm vorgenommene scharfe Abgrenzung des Adels und der Leibeigenen, durch diese Unterscheidung wurde der Vorgang der Entrechtlichung der Leibeigenen bestärkt. Dieser Vorwurf wurde noch durch die historische Tatsache bestärkt, dass gerade

---

<sup>3</sup> Der ungarische oberste Gerichtshof hat im Jahr 2013 seine vor 1949 verwendete Bezeichnung „Kurie“ wieder angenommen.

zur der Zeit, in der Werbőczy seine Arbeiten am Tripartitum beendete, die größten Bauernaufstände der ungarischen Geschichte stattfanden.<sup>4</sup>

Auf der anderen Seite entwickelte Werbőczy innerhalb des Adelsstandes ein detailliertes System der Gleichberechtigung. Dies sollte später deutlichen Nutzen bringen. Die bürgerliche Revolution des Jahres 1848 beruhte auf dem System der Ausdehnung von Rechten. Jeder Bürger erhielt alle Rechte zugesprochen, auch jene, die vorher nur den Mitgliedern des Adelsstandes zugestanden haben. Von diesem Moment an standen die von Werbőczy entwickelten Grundsätze im Dienst der Verwirklichung einer modernen Gleichheit unter den Bürgern eines Staatswesens.

Wir dürfen nicht aus den Augen verlieren, dass das Tripartitum zwar vom König sanktioniert wurde, aber seine Promulgation, die gemäß der zeitgenössischen Vorschriften durch die Versendung an die Komitate durchgeführt werden hätte sollen, ausblieben ist. Das Tripartitum wurde im Ergebnis nie rechtskräftig. Im Jahre 1517 hat Werbőczy sein Werk auf eigene Kosten gedruckt und verbreitet, was dazu führte, dass es sich bald verbreitete.

Die Anwendung von im Wege der staatlichen Rechtssetzung erzeugten Vorschriften ist für die Richter verpflichtend. Dies gilt unabhängig davon, ob diese vom Wert einer konkreten Vorschrift überzeugt sind, oder nicht. Es besteht die Gefahr, dass das rechtssetzende Organ irrt und „schlechtes Recht“ schafft. Im Gegensatz dazu erhält das Gewohnheitsrecht erst dann verpflichtenden Charakter, wenn es von der Rechtsprechung durch lange Zeit hindurch angewandt wurde. Gewohnheitsrecht entsteht langsam, im Gegensatz zu Gesetzen ist es nicht in der Lage schnelle Impulse zu erzeugen. Sein Vorteil besteht darin, dass es auf keinen Irrweg führt. Schlechtes Recht entsteht nicht im Wege der Gewohnheit, denn die Wahrscheinlichkeit, dass viele Richter über lange Zeit hinweg irren, ist gering. Das Tripartitum ist ein solches Recht. Es ist nicht auf staatlichen Befehl entstanden, sondern hat durch einen langen Entwicklungsprozess Eingang in die ungarische Rechtsordnung gefunden.

---

<sup>4</sup> Die 1514 zum Zweck eines Kreuzzuges gegen die Türken gebildeten Truppen haben unter der Führung von György Dózsa einen Bauernaufstand entfacht, der von König und Adel nur nach einem dreimonatigen harten Kampf niedergeschlagen werden konnte.

## BOOK REVIEW

Emmanuel GAILLARD: *A nemzetközi választottbíráskodás jogának elmélete*  
[Legal Theory of International Arbitration].

Transl.: KOROM Veronika és METZINGER Péter. Budapest, HVG-Orac, 2013.

Zoltán CSEHI

The Hungarian edition of Emmanuel Gaillard’s *Legal Theory of International Arbitration* (in French original: *Aspects philosophique du droit de l’arbitrage international*, both published in 2008) is a unique piece on the Hungarian market of legal books. The book has just been published together with two other legal books: the first comprehensive Hungarian book on arbitration in general<sup>1</sup> and the edition and Hungarian translation of the famous 16th century French humanist jurist’s *Brissonius’s* – also known as *Barnabé Brisson – De formulis et solennibus populi Romani verbis* (1583). Arbitration and humanism meet each other not only in the Hungarian book-market, but in the theory of professor Gaillard.

According to Gaillard’s theory there are three basic concepts of international arbitration law: firstly the law of international arbitration is interpreted – and therefore reduced – as part of that given state’s legal regime. The second concept (called the *Westfalia theory*) can be regarded as the opposite of the first claiming that the law of international arbitration is a result of the cooperation of states mutually willing to recognise and enforce an arbitral award issued by another state (this equals to the concept of the *New York Convention of 1958*.) Finally, according to the third concept, the law of international arbitration is an independent law originating from the *sui generis transnational case law* operating above nations. It exists in the awards of the arbitrators and in the judgments of the state court that accept the independence and autonomy of those awards. According to this third concept this law is realized neither through the legal system of the state nor through the cooperation of states, but in the form of a special “*commonwealth*” – and especially the commercial and investment sphere of it –, thus it can be conceived as a special international civil or private law above nations.

The author provides the positive sides together with a critical interpretation supported by several objective and subjective theories in the first part of his book.

<sup>1</sup> KECSKÉS László – LUKÁCSI Józsefné (ed.): *Választottbírók könyve* [Book of Arbitrators]. Budapest, HVG-Orac, 2011.

Surprising it may be the German and English way of legal thinking seem to support each other stating that both the arbitration and international arbitration are part of the state's legal regime. This concept has been represented by respected solicitor-professor as F.A: Mann as well.

This first part of the book unfolds the third concept in detail. The natural-law foundations of the international arbitration legal system were laid down by René David and Bruno Oppetit, and such beautiful phrasing can be read as: “for its part, clearly manifests a desire for unity and universality, based on the common needs and interests of the international economic community. As such, it does not accord with a fragmentation of the international legal framework and encourages the use of unifying legal notions, such as *lex mercatoria*, general principles of law, or truly international public policy.”

The individual international arbitration awards, all add something to the whole image of international arbitration:

“The decisions [rendered by arbitrators] gradually make up a body of case law which must be taken into account, as it reflects the consequences of economic reality and complies with the needs of international trade, which call for specific rules, also developed gradually, of international arbitration.”(no. 52. – quotation from the ICC award no. 4131.) Even if this puzzle picture does not finally make up a complete picture with exact contours with a subject and the contents only to be guessed, its existence cannot be denied.

This point of view has been strengthened by the transnational positivist concept, but the third concept's real essence and its legitimacy is based on the case-law of the state courts and international arbitration bodies. The influence of the French legal literature and the French arbitration practice especially the cases decided by the Court d'Appel de Paris and the Court de Cassation cannot be denied. The arbitral case law evolved step by step with each award on the theoretical basis worked out by that time constructed on the basis of the shortcomings of the French state courts leading up to the third concept and the appearance of the international arbitration law.

This section of the book will on the one hand surely represent an approach new for Hungarian lawyers and will also make the reader more conscious as far as a special side of law – international law or transnational trade law – is regarded. This is a new concept of law compared with the law generally accepted by Hungarian lawyers.

What ideological drive may there be behind this new concept of international arbitration? May it be the special spirit of 21st century French legal thought firstly to be touched upon in international commerce as a challenge to transnational law rooted in Anglo-Saxon common law tradition? A tradition reflecting much more the common law or practice of medieval towns than 20th century commercial law? Can it be interpreted as a European answer to the Anglo-Saxon approach in international trade law?

The new concept of international arbitration, based on the interpretation of Gaillard, seems to regularly exceed scholarly theories recommended by the *Institut Droit de International*. What is more new directions seem to have been formulated even for scholars

The second part of the book is a collection of cases that represent and test how the three concepts mentioned above can be articulated in every day legal situations.



How can the “*anti-suit injunctions*” or *loi de police* (mandatory rules) be treated in case of arbitration realizing the first concept and how in the second two? Through concrete cases the author represents under what conditions the theories of *loi de police* (mandatory rules) and public policy can be realized in the law arbitration of state law, international and transnational law, respectively. According to some of his conclusions corruption, international embargo and some cases of environmental protection should be treated under transnational public policy. The three different concepts of arbitration give various answers to how the setting aside of arbitration award should be interpreted in terms of practice.

According to one of the theories setting aside arbitration award as such means that the award does not exist any longer, which means it may not be enforceable. The other concept claims every single state can decide-according to the spirit of the New York convention – whether or not to recognize the award attacked: a setting aside award of the state of the place of the international arbitration may not necessarily be binding. Last, but not least, according to the third concept setting aside the award does not have any binding force towards another state, which means the original arbitration award /may be executed. Certain North-American judgements examine the setting aside judgement of the state rather than the award of the arbitration itself in relation to the acceptance the validity of such an award.

The problem accentuated here is how the relation between arbitration and jurisdiction in private law could be more subtly approached especially in cases where one of the parties is a state enterprise or the state itself.

Survivals of state sovereignty pillars such as the *les lois de police (mandatory rules)* or the *public policy* are possible roots of national-international conflicts/ the book proves.

Each and every thought of the book touches upon acute and exciting questions.

Professor Gaillard shows the possible directions of 21st century autonomy of private law. Parties may not only decide about the substantive law, the judge, the procedure /but may even disregard the whole regulation of conflict of law as such.

The idea that international arbitration does not even have a seat/ to be determined by, that is, it does not actually exist *lex fori*, hence it is not bound by the legal system of any state including its conflict of law rules could itself be acceptable, but the essential question, on what basis arbitrators should decide which law is to be applied, is still not answered.

Let us add, that new magic terms like „*closest connection*”, or „*most appropriate rules*” and so on, are not more than the generalized versions of rules of private international law disguised.

Debates about the possible place of the arbitration may call attention to a new concept or concepts in the making concerning the question of new dimensions of space in law. Space shall mean «*espace*» or Raum – «*espace de loi*» .In European conflict of law *the seat* of commercial companies does not mean the location of the management, or even the physical place rather the place given in the deed of association. Unlike in European insolvency law in the so called COMI *seat* will designate a real, physical location whereas tax law is operated according to an even other practice, where the business is made or generated. Three different concepts of

the seat of the commercial companies at the same time – but which is the proper one? Or this is only a legal seat – a legal assumption

In contemporary physical space *the seat* is more than a unique single physical location, a basic determinative of human existence: there are no physical boundaries any more.

As far as the international arbitration court is concerned *the seat* is basically decided by the arbitrators and is independent of both the state and of sovereignty of any state. In many cases the seat is not a physical place only a geographical name – a city name.

Competitive debates between state courts and international arbitration courts prove that even if no priority can be defined between state law and international arbitration law international arbitration procedures in themselves can be so threatening for the debtor even if it is a state owned entity or similar that sovereign state cannot demolish the power of international arbitration and its power, especially if the recognition of the award of such international arbitration states support them. With other words, the real word of the international arbitration is competing with the powers of sovereign state in various issues, *Lis pendens* – parallel procedures between national state court and arbitration Tribunals and similar issues. This is a clear evidence of the power of that international law

The law of international arbitration is on the one hand pure pragmatism and case-law practice whereas it is a collection of high theoretical problems of the private law – substantive and procedural law on the other: Is it possible to disregard the conflict of laws or les lois de police of the seat of arbitration or the place of the possible state of enforcement of award? Should the public rules be respected or disregarded by the international arbitration beyond the state sovereignty? These are everyday issues in the everyday practice of the international arbitration.

With these points we have arrived to the philosophical essences of the book. International arbitration law is not state law, especially because substantive law itself is only soft law. Be it the UNIDROIT principles, or *lex mercatoria*, or international loi uniform like Vienna sales law and its case law, or the Ottawa international factoring – arbitration law is being constructed by cases leaving only protective functions to the state. This is a new space –“espace” –, a new special dimension of law in this international, inter-related, globalized world.

In this excellent book the practical realm of law is elevated into theoretical realms through abstractions of facts, cases and court decisions determined by the contemporary interpretative order of private law.

Ce livre montre à l'audience hongroise la tradition noble de la culture juridique française; qui lève le monde pratique du droit – avec une approche philosophique – dans un moyen d'expression théorique et dans le monde scientifique. Pendant cette transformation les faits, la substance de cas, les décisions et jugements judiciaires résume dans l'ordre de nos jours en interprétant le droit civil.

Cette activité est semblable aux autres créations originales de notre âge, qu'il soit interprété et sont formulés les événements de notre monde, une nouvelle création est fondée par le biais de l'abstraction intellectuelle et notre monde est rendu celui qui peut être vu pour nous et celui que l'on peut comprendre avec cela.