

PLR

Pázmány
Law
Review
1. (2013)



Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
Budapest

Pázmány Law Review

I. (2013)

ISSN 2064-1818

Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
Budapest

Editor in chief:
Nadja EL BEHEIRI

Editorial/Drafting Committee:
János FRIVALDSZKY and Viktoria HARSÁGI
✉ beheiri.nadja@jak.ppke.hu

Board:
János ZLINSZKY
Wolfgang WALDSTEIN
James CRAWFORD
Peter GOTTWALD
Viola HEUTGER
Caridad VELARDE
Helen ALVARE

Published by
Pázmány Péter Catholic University
Faculty of Law and Political Sciences
H-1088 Budapest, Szentkirályi u. 28-30.
Responsible publisher: Dr. Balázs SCHANDA dean

www.jak.ppke.hu

Edited, prepared for printing by Andrea Szakaliné Szeder

Printed and bound by Vareg Hungary Kft.
www.vareg.hu

CONTENT

THEMATIC FOCUS

Family as the foundation stone of society

Andrea NICOLUSSI

La famiglia: una concezione neo-istituzionale 05

Antonio PORRAS MIRON

Which family could be the foundation stone of society?

Toward a definition of family relationship 19

Susanna MOSQUERA MONELOS

Elementos esenciales del concepto jurídico de matrimonio 35

Maricruz Díaz de TERÁN VELASCO

El derecho español y las nuevas formas de reproducción humana

el caso de la selección embrionaria 45

János ERDÖDY

Quelques remarques générales concernant l'étimologie

et le sens du mot « familia » dans l'ancien droit Romain 67

György VÓKÓ

The importance of maintaining family contacts

for inmates during imprisonment 75

Gábor JOBBÁGYI

Gedanken zur Entwicklung des Familienrechts in Ungarn 85

ARTICLES

János FRIVALDSZKY

L'objection de conscience et la doctrine catholique 95

Martin SCHLAG

Die Menschenwürde als oberster Konstitutionsbegriff im säkularen Staat.

Das Beispiel des deutschen Grundgesetzes 105

László KOMÁROMI

Direkte Demokratie in Ungarn 123

András KOLTAY	
The meaning of freedom of the press	137
Nóra BALOGH-BÉKESI	
The law of the European Union in the practice of the Hungarian Constitutional Court	157
Lóránd UJHÁZI	
La difesa internazionale dei diritti umani e la sua influenza sulla politica di sicurezza nazionale dell'Ungheria e sulle forze armate ungheresi	173
Viola HEUTGER	
Purchase and sale from private-to-private	185
Csaba VARGA	
Remembering a jurist's life under communism	197

CURRENT ISSUES

Investiture doctor honoris causa of Wolfgang Waldstein

Nadja EL BEHEIRI	
Wolfgang Waldstein: Ein wissenschaftliches Porträt im Diskurs mit Kollegen und Dialogpartnern	211
Balázs SCHANDA	
Laudatio anlässlich der Überreichung der Ehrendoktorwürde an em. prof. dr. dr. hc. Wolfgang Waldstein	239
Wolfgang WALDSTEIN	
Fälle, in denen das Naturrecht über die Nützlichkeit gesiegt hat	245
Andreas LAUN	
Zum Buch von Wolfgang Waldstein: Ins Herz geschrieben	251

FOCUS
Family as the Foundation Stone of Society

LA FAMIGLIA: UNA CONCEZIONE NEO-ISTITUZIONALE?

Andrea NICOLUSSI
Università Cattolica del Sacro Cuore

1. Se l'uomo come persona è valore per gli altri oltre che per se stesso, la famiglia offre una dimensione naturale in cui ciò può inverarsi e pertanto in un giurista completo come Mengoni il diritto della famiglia non può rimanere ai margini dell'orizzonte di studi. E infatti emerge nei suoi lavori fin dagli inizi sia come oggetto specifico di interesse sia nei suoi intrecci sistematici con il diritto del lavoro, il diritto delle successioni, la proprietà, gli studi sul metodo per divenire poi anche materia di decisione nel suo operato di giudice alla Corte costituzionale¹.

Forse il rilievo secondo cui la famiglia sarebbe stata l'occasione d'avvio delle sue riflessioni sul metodo è eccessivo, ma si può senz'altro riconoscere che la consapevolezza dell'istanza metodologica, che Mengoni via via affina nel suo percorso intellettuale, è particolarmente congeniale per affrontare questo delicato settore del diritto in cui, più che in altri, il *nomos* non rinnega la sua relazione con l'*ethos* intendendo quest'ultimo come «dimora, luogo in cui l'uomo si stabilisce e, in comunità con altri uomini, si foggia un modo di vivere e di comportarsi»². A questa dimora domestica o *oikia* la nostra Costituzione dedica senza alcuna remora kelseniana l'art. 29, primo articolo del titolo rapporti etico-sociali, nel quale non solo la famiglia è qualificata società naturale, ma addirittura viene utilizzato l'aggettivo morale: il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Dentro le mura domestiche della società naturale di cui al primo comma trova quindi accoglienza la suggestione di giusnaturalisti kantiani come von Hippel e Hugo favorevoli all'uguaglianza fra i sessi³ compendosi così una parabola storica. Una

¹ Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Luigi Mengoni e il diritto privato*. L. NOGLER – L. NICOLUSSI: *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*. Padova, 2007. 69.

² *Una lettera di Luigi Mengoni* pubblicata a cura di N. Irti, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002. II, 1156.

³ Cf. T. G. von HIPPEL: *Über die bürgerliche Verbesserung der Weiber*. Berlin, 1792. 183.; G. HUGO: *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*. Berlin, 1798. Spunti in merito

prima tappa in realtà si era raggiunta già nel codice civile austriaco che, eccezione tra le codificazioni ottocentesche, aveva emancipato la moglie almeno nelle relazioni con i terzi, ma il pieno sviluppo avviene con la costituzione di Weimar ripresa poi da quella di Bonn e dalla nostra che però sottolinea altresì l'esigenza di coordinare l'uguaglianza col valore dell'unità della famiglia.

L'uguaglianza dei coniugi, infatti, – come precisa Mengoni – non è un doppione inutile dell'uguaglianza prevista quale principio generale dall'art. 3 Cost. né è un'uguaglianza da concepire in senso materialista sullo stampo del rapporto di scambio: è appunto l'uguaglianza di persone unite dal rapporto di coniugio, non di individui *uti singuli*. È insomma veicolo di una modernizzazione della famiglia nella quale la naturalità, o autonomia rispetto allo stato, non deve essere tutelata a scapito della dignità umana delle persone, la quale secondo la sensibilità moderna non ammette la subordinazione della moglie al marito. Di qui la discontinuità con la famiglia patriarcale e gerarchica della tradizione romanistico-germanica, nonché una presa di distanza dalla concezione organicistica di matrice neohegeliana riconducibile nella dottrina italiana al pensiero di Cicu⁴.

Tuttavia la giuridicizzazione prodotta dall'innesto del principio di uguaglianza denota un possibile duplice volto della modernizzazione. Infatti a una interpretazione sistematicamente equilibrata in chiave riformatrice si contrappone «una ideologia dell'indifferenziato», come la chiama Mengoni, la quale è distorsiva dello stesso principio di uguaglianza», ed è rivolta a una decostruzione in senso volontaristico-individualista delle unioni familiari incompatibile con la concezione costituzionale della famiglia.

2. Mengoni sviluppa le sue riflessioni soprattutto a seguito della riforma del 1975 e quindi nell'ultimo quarto di secolo del Novecento, anche se i suoi primi scritti di diritto familiare risalgono agli anni cinquanta⁵. La sintesi più evoluta si trova in un saggio degli anni Novanta intitolato *La famiglia in una società complessa* nel quale egli stesso conferma «un maggiore distacco nella valutazione della Novella del 1975

anche in A. DUNCKER: *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe: persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700 – 1914*. Köln–Weimar, 2003.

⁴ Cf. A. CICU: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914. 85., 106., citato da Mengoni, *Successioni per causa di morte*. Trattato CICU – MESSINEO – MENGONI, Milano 1999. 15 testo e nota 34 dove però Mengoni rileva che questa concezione della famiglia è frutto di una lettura di Hegel distorta dall'ideologia nazionalista. Analogamente al contesto italiano nel dopoguerra tedesco, a seguito della strumentalizzazione politica della famiglia operata dallo stato nazionalsocialista, si è assistito a una *Entpolitisierung* o *Entstaatlichung des Familienrechts*, nell'ambito della quale è stata riaffermata la collocazione del diritto di famiglia nel diritto privato all'insegna di una restaurazione del primato della *Privatautonomie* e della *Selbstverwaltung*: cf. S. SIMITIS: *Familienrecht*. D. SIMON (Hrsg.): *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Studien zur Wissenschaftsgeschichte*. Frankfurt a. M. 1994. 392. Lo stesso autore (406) ricorda che il problema dell'uguaglianza fra i coniugi è del resto un topos del diritto matrimoniale del dopoguerra in Europa.

⁵ Cf., ad esempio, *Ancora sullo stato del figlio nato entro centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952. 874.

di quello consentito dalla metodologia delle prime analisi, le quali procedevano in via di contrapposizione sistematica della nuova disciplina all'ordinamento precedente. Il metodo della contrapposizione comporta inevitabilmente un certo schematismo, essendo guidato dal riferimento a tipi ideali che descrivono solo tendenze, senza cogliere compiutamente la complessa realtà socio-normativa»⁶.

I «tipi ideali» fondamentali cui Mengoni allude riguardo alla comprensione dei concetti giuridici di matrimonio e di famiglia e tra i quali nel dibattito postnovella egli registra una contrapposizione fortemente radicalizzata e semplificata sono l'istituzione, da un lato, e l'associazione di matrice contrattuale, dall'altro. Da una parte l'approccio tradizionalista sembrava non saper cogliere nell'innesto del principio di uguaglianza fra coniugi altro che una contaminazione dell'istituzione, quest'ultima essendo fatta coincidere col modo d'essere della famiglia tradizionale impostata su basi gerarchiche e ancora molto diffusa nell'Italia del dopo guerra. Si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale⁷ che ancora nei primi anni sessanta non riteneva illegittima la discriminazione fra i coniugi contenuta nella disciplina dell'adulterio in quanto corrispondente al modello sociale del tempo, e si pensi altresì ad autori di prestigio come Carnelutti che pure prendevano posizione a favore di quella discriminazione⁸. Paradossalmente una certa difesa della concezione istituzionale della famiglia la faceva coincidere col fatto del suo modo d'essere socialmente rilevante oltre che storicamente risalente e così adottava un criterio analogo a quello fatto valere in senso opposto dalla critica antiistituzionale che insisteva sullo stesso parametro dei costumi sociali considerati però in cambiamento. Come è noto, infatti, una lettura antiistituzionale dell'art. 29 Cost. e di fatto abrogante faceva coincidere la naturalità con i mutevoli costumi sociali, privando di normatività la norma costituzionale, ridotta alla stregua di un fotografo che disperatamente pretende di fissare la realtà e di seguirne al contempo il divenire⁹. In effetti il rinvio al sociale rischia di rimandare a tutto e al suo contrario: all'idea che il sociale respinga *tout court* il principio di uguaglianza oppure che il sociale esiga un'uguaglianza livellatrice che non distingue la famiglia fondata sul matrimonio da qualunque altra formazione sociale.

⁶ MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 9. nel quale si coglie un'evoluzione del suo pensiero rispetto ai suoi *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano, La coscienza contemporanea tra "pubblico" e "privato": la famiglia crocevia della tensione*. Atti del XLIX corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano, 1979. 267, e *Nuovi orientamenti nel matrimonio civile*, Jus 1980. 106.

⁷ Cf. Corte costituzionale n. 64 del 1961.

⁸ Cf. F. CARNELUTTI (*Fedeltà coniugale e unità della famiglia*, *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 2-3). Ma cf. Corte Costituzionale n. 126/1968 riesaminò la questione della legittimità della discriminazione di diritto penale e successivamente (sentenza n. 127) quella di diritto civile.

⁹ Cf. M. BESSONE: Art. 29-30-31, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna – Roma 1976. 33. Una critica giuridico-filosofica a tale tesi è ben sviluppata da I. T. Mucciconi ALBI: *«Matrimonio di fatto» e pensiero giuridico*. Torino 2002. 237.

Di fronte a questo stallo il contributo mengoniano mette a partito la propria vocazione alla «storia dei dogmi» e quindi la consapevolezza metodologica¹⁰ che le categorie della dogmatica giuridica non sono concetti cristallizzati una volta per tutte, ma continuano a essere suscettibili di una certa evoluzione sempre che siano rispettati i limiti del principio di verità della forma giuridica¹¹, ossia i limiti irrinunciabili di flessibilità dei concetti stessi. Entro questi limiti un medesimo concetto può e deve essere adattato al mutare della realtà socio-normativa; oltre questi limiti, esso non può più essere impiegato pena la perdita della stessa comunicabilità scientifica del discorso giuridico¹².

Di qui l'esigenza di uno studio delle categorie, tra le quali si gioca l'alternativa interpretativa, più attento alla realtà socio-normativa¹³.

L'istituzione secondo la concezione romaniana evoca l'idea di un corpo sociale che non si risolve in un prodotto della volontà quale puro effetto di norme giuridiche legali o negoziali, ma esibisce un momento oggettivo e indisponibile¹⁴. La categoria del contratto, invece, contrassegna un mezzo di costruzione volontaristica dei rapporti incentrata sul primato del diritto soggettivo e quindi sul potere di disposizione che ad

¹⁰ Cf., in generale, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, e in particolare 52, 88.

¹¹ Il principio della verità della forma giuridica come è noto è stato formulato con riferimento alla società per azioni: cf. F. KLEIN: *Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*. Wien, 1904. 55.

¹² Nella dottrina civilistica del secolo scorso, cf. L. FERRI: *Definizione giuridica e significato di contratto. La parola come limite di arbitrarietà dei concetti giuridici*. Scritti in onore di Santoro Passarelli, II, Napoli 1972. 127 s.; A. C. JEMOLO: *Il matrimonio*. In *Tratt. di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 3 ed. rist., Torino, 1961., e, sotto il codice abrogato, F. VASSALLI: *Lezioni di diritto matrimoniale I*. Padova, 1932. 77.

La netta distinzione tra contratto e matrimonio è sottolineata con vigore già in G. W. F. HEGEL (*Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di G. MARINI), Roma-Bari, 2005, trad. it., 74), il quale nota criticamente che «questa sussunzione (del matrimonio sotto il concetto del contratto n.d.r.) è esposta – nella sua turpitudine, si deve dire – in I. KANT (*Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 24)». Ma la critica hegeliana a Kant – come rileva Renda, *Il matrimonio civile come istituzione*, testo del manoscritto concesso in lettura dall'autore – sembra fondata in parte su uno slittamento semantico del termine «contratto» che nell'accezione di Kant vale semplicemente come *pactum*, impregiudicata la razionalità oggettiva dell'oggetto.

¹³ In questo modo egli ha l'occasione di ritornare al confronto tra istituzione e contratto che aveva caratterizzato lo studio del rapporto di lavoro, con riguardo al quale il suo pensiero si era risolto nella direzione favorevole al contratto pur con le specialità dovute alle implicazioni personali del lavoro. La prospettiva contrattuale era stata preferita in quanto, anziché considerare l'organizzazione in sé come fonte autonoma di rapporti giuridici, veniva reputata in grado di dare forma sul piano dell'autonomia privata all'essenziale rapporto di scambio tra imprenditore e lavoratore: cfr. L. MENGONI: *Contratto di lavoro e impresa*, in Id., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004. 17. D'altra parte, anche sul piano del rapporto di lavoro la concezione istituzionalistica veniva proposta nella sua versione autoritaria, la quale, almeno formalmente, trovava uno dei suoi capisaldi nell'art. 2086 c.c. («l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori») al quale peraltro face seguito l'art. 2087 c.c., incunabolo degli obblighi di protezione.

¹⁴ Cf. Santi ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, 1953. 68, e *L'ordinamento giuridico*², Firenze, s.d., 56.

esso inerisce¹⁵. Certo, nemmeno il contratto è privo di un coefficiente di eteronomia, ma indiscutibilmente la libertà di determinazione del suo contenuto, quantunque non illimitata, è riconosciuta in via di principio. È anche vero che pure la tradizione canonistica ricorre al termine contratto per qualificare il matrimonio, ma nel significato generico di atto che necessita del consenso¹⁶, salva però l'indisponibilità dell'oggetto o, come diceva Antonio Rosmini, la sua non arbitrarietà¹⁷.

Infatti non è il principio del consenso matrimoniale ad essere messo in discussione dalla concezione istituzionale. A quest'ultima il modello contrattuale si contrappone piuttosto nella sua accezione tecnica quale contratto di scambio in cui l'accordo è imperniato su una causa sinallagmatica¹⁸. In questo senso il contratto è uno strumento di regolazione di interessi individuali contrapposti la cui logica di fondo è la giustizia commutativa: *do ut des*. Di qui l'apertura del contratto a una molteplicità tipologica fino alla stessa atipicità secondo l'ampiezza del potere di disposizione di cui è investito ogni titolare di diritti appunto disponibili. Perciò anziché al matrimonio il contratto dovrebbe essere riferito al patrimonio, ossia alla dimensione dell'avere e in generale delle prestazioni suscettibili di valutazione economica¹⁹. Pensare che il matrimonio partecipi di questa natura, nonostante la dimensione personale che viene profondamente coinvolta – nota Mengoni con un certo *humor* – significa ragionare come il Tribunale di Bari in una sentenza degli anni Ottanta nella quale venne negato l'addebito della separazione a causa dell'adulterio della moglie in quanto giustificato dall'impotenza del marito²⁰.

3. L'accordo degli sposi quale espressione bilaterale del necessario consenso matrimoniale non è in grado di modificare il nucleo essenziale del contenuto del matrimonio. Del resto, i diritti e i doveri dei coniugi non sono legati da un vincolo

¹⁵ La disputa se il matrimonio debba essere considerato un contratto o un'istituzione è cara all'ambiente giuridico francese, come sottolinea, M. DOSSETTI: *Lezioni di diritto comparato in tema di famiglia. Diritto francese*. Bologna, 1976. 11.

¹⁶ A. C. JEMOLO: Sguardo sulla materia matrimoniale. *Riv. dir. civ.* 1962. II, 502: «chiunque sa che quando i canonisti parlano di contratto va tradotto nel nostro linguaggio "accordo"; ed accordo ad aderire a uno schema di norme inderogabili, poste dal legislatore».

¹⁷ A. ROSMINI: *Filosofia del diritto*. (a cura di) R. ORECCHIA, Padova, 1967–69. 1021, secondo il quale il matrimonio mentre è arbitrario quanto allo stringersi, non lo è quanto al suo oggetto, «perocché l'oggetto del contratto è, e non può esser altro che la piena unione di diritto, che abbiamo trascritta, fra due persone di sesso diverso». Anche Kant (*La metafisica dei costumi*. trad. it. G. VIDARI, rivista da N. MERKER, Roma-Bari, 1991. 95) sosteneva che gli effetti del *pactum* coniugale discendono dalle «leggi giuridiche della ragione pura e non dalla volontà individuale».

¹⁸ MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 12.

¹⁹ Questo naturalmente non significa obliterare il nesso tra famiglia proprietà, successioni, nonché tra famiglia e lavoro che storicamente ha avuto grande rilievo e di cui Mengoni è ben consapevole: cf., oltre agli scritti già citati di diritto della famiglia e di diritto del lavoro, *Successioni per causa di morte*, Trattato CICU – MESSINEO - MENGONI: Milano, 1999. 11; *Proprietà e libertà*. Riv. crit. dir. priv. 1988. 432.

²⁰ MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 8. Il riferimento nel testo è a Tribunale di Bari, 5 ottobre 1976, Giur. it. 1980, I, 2, c. 750).

di reciprocità, non sono interdipendenti, ma derivano dallo *status* di coniuge, ossia da una situazione giuridica della persona legata all'appartenenza a una comunità e preordinata a realizzare l'interesse comune dei membri.

Pertanto l'atto matrimoniale ha la natura di una *foederatio* e l'oggetto del matrimonio non è disponibile né è possibile apporre termini o condizioni²¹. In esso il principio di uguaglianza non mette in discussione il principio di solidarietà – previsto dall'art. 2 Cost. e quindi operante *a fortiori* nella famiglia – il quale «impedisce che il primato del dovere, affermato dalla morale domestica tradizionale, si converta nel primato del diritto soggettivo, con la conseguenza di dissolvere la famiglia nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti, cioè in una serie scoordinata di rapporti tendenzialmente conflittuali»²².

È proprio da questo punto di vista che si coglie il contributo di Mengoni il quale distingue la portata innovativa del principio di uguaglianza nel matrimonio senza rimanere prigioniero di uno schema rigido che confinerebbe la concezione istituzionale nel suo significato gerarchico tradizionale. Accogliere il principio di uguaglianza, in altre parole, non significa necessariamente scivolare, come in un *aut aut*, nel contratto di scambio. Occorre infatti condurre a sviluppo la concezione istituzionale della famiglia, la quale è vittima di un equivoco che la confonde con l'istituzione in senso tradizionale. In questo modo si riesce anche a distinguere, nella critica antiistituzionale, il filone che sollecita a una semplice riforma dell'istituzione familiare, che a ben guardare è contrario solo all'istituzione in senso gerarchico, dal filone che mira a dissolvere l'istituzione *tout court*. La prima prospettiva ammette la complessità e quindi è compatibile anche con una tutela distinta e differenziata delle convivenze senza matrimonio individuabili secondo il criterio del tempo e degli affidamenti creati²³, non però secondo quello dell'atto che per i profili personali è prerogativa matrimoniale²⁴; la seconda si rivela invece surrettiziamente omologante

²¹ Cf. L. MENGONI: L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile e nella prassi sociale attuale nella cultura giuridica europea. In: L. MENGONI (a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI): *Metodo e teoria giuridica*. Scritti I, Milano, 2011. 362.

²² MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 11.

²³ L. MENGONI: La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti. In: E. W. VOLONTÈ (a cura di): *La famiglia alle soglie del III millennio*. Lugano, 1996. 63.

²⁴ Significativamente afferma in proposito G. FERRANDO: *Il matrimonio*. Trattato CICU – MESSINEO – MENGONI di diritto civile e commerciale, V, t. 1, Milano, 2002. 235: «Solo riflettendo sul valore che spetta alla convivenza, in quanto luogo in cui trovano soddisfacimento i bisogni comuni di affetto, di sostegno morale ed economico, è possibile pensare a una disciplina dei rapporti tra conviventi che non sia una "brutta copia", o un negativo di quella coniugale, ma che invece tenga conto della specificità e dell'originalità di questo diverso modello di famiglia». L'implicazione che se ne potrebbe trarre, è che per il diritto la convivenza senza matrimonio può essere valorizzata solo *a posteriori*, in quanto situazione effettiva, e giammai essa può giustificare le prerogative della famiglia fondata sul matrimonio, ossia su un vincolo rivolto al futuro. Dall'altra, ci si potrebbe chiedere se anche relativamente alla famiglia fondata sul matrimonio non vi siano spazi per dare rilievo all'effettività del rapporto almeno sotto la specie della durata. Un esempio nel diritto civile potrebbe essere la disciplina della successione del coniuge, oltre che quella degli effetti patrimoniali dell'annullamento

riducendo ogni forma di convivenza al modello contrattualistico per atti o fatti concludenti²⁵.

Riprendendo il pensiero di Santi Romano, Mengoni ricorda che al concetto di istituzione non appartiene come elemento essenziale la presenza di un capo e pertanto non vi è ostacolo ad impiegare tale categoria anche per spiegare la famiglia paritaria. Alla concezione vetero-istituzionale, di stampo gerarchico, ossia patriarcale, la costituzione sostituisce una concezione neo-istituzionale: «una struttura paritaria – dice Mengoni, della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione di partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo fondata sul matrimonio. La lettura dell'art. 29 nel quadro dell'art. 2 ottiene così un altro guadagno ermeneutico: l'identificazione dell'unità della famiglia con l'accordo dei coniugi, implicita nel principio di eguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà. Nell'unità della famiglia il fine di ciascuno dei membri diventa lo sviluppo e la felicità dell'altro, e in questo senso i diritti dei membri della famiglia si esprimono, giusta la formula dell'art. 29, come “diritti della famiglia”»²⁶.

La concezione neo-istituzionale proposta da Mengoni accoglie l'istanza tipicamente moderna di promozione della parità e quindi anche di emancipazione della donna rispetto a una cultura che la assoggettava alla potestà maritale, ma non se ne fa travolgere fino al punto da rappresentare i rapporti fra coniugi come se fossero degli estranei o dei passanti. Con velata ironia egli rovescia la formula illuministica del diritto alla felicità individuale all'insegna della quale si tende a contrattualizzare la famiglia strumentalizzando le persone dei familiari le une alla felicità delle altre²⁷.

e del divorzio. La convivenza peraltro assume già nel matrimonio un rilievo testuale, anche se come elemento impeditivo di impugnative (ad es., artt. 122 e 123 c.c.): lo rileva anche C. CASTRONOVO: Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ed effetti patrimoniali. *Scritti in onore di A. Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991. 221, il quale propone di applicare, proprio in funzione di una certa durata della convivenza, la disciplina degli effetti patrimoniali del divorzio anche nel caso dell'annullamento. Una soluzione che se fosse stata accolta dal legislatore avrebbe probabilmente evitato certi imbarazzi giurisprudenziali come quelli che sembrano aver condizionato Cass. 1343/2011.

²⁵ Un tentativo di mediazione si coglie in L. BALESTRA: La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione. In: *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma* (a cura di T. AULETTA), Milano, 2007. 74, Lo stesso MENGONI: *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, cit., 62, sottolinea però che la racc. n. 88 del Consiglio d'Europa sollecita gli stati membri a non considerare nulli i contratti con cui i conviventi regolano i loro rapporti patrimoniali per la sola ragione che sono stati conclusi in queste condizioni. Sempre secondo MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 6, posto che il diritto di famiglia non è suscettibile di estensione analogica *tout court* alla convivenza senza matrimonio, «per la soluzione dei problemi dalla famiglia di fatto possono essere utilizzati quei principi direttivi del diritto di famiglia che nell'ambito della famiglia legittima si traducono in specifiche strutture normative, ma la cui portata è generalizzabile, con appropriati strumenti del diritto comune, anche ai nuclei familiari non fondati sul matrimonio». Da questo punto di vista non sembra riferirne con precisione il pensiero Balestra, *Ibidem*, 76 nota 27.

²⁶ MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 12.

²⁷ MENGONI: *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile e nella prassi sociale attuale nella cultura giuridica europea*, cit., 364 osserva che «la regola giuridica non è in grado di controllare

La relazione di solidarietà su cui l'istituzione familiare si struttura sollecita a pensare, invece, ai diritti della famiglia nella chiave di una felicità solidale di ciascuno, ossia non indifferente e anzi sensibile alla felicità degli altri. Solo in questo quadro, infatti, ciascuno è valore per gli altri oltre che per sé, e in tale prospettiva il diritto della famiglia viene orientato a sostegno della stabilità del gruppo, anziché divenire una forma giuridica di composizione commutativa di interessi individuali e portare così la logica del conflitto all'interno della famiglia. In questo senso il riferimento costituzionale all'unità acquista una *ratio*, la solidarietà familiare, e il principio di uguaglianza dell'art. 29, co. 2 Cost., anziché inoculare un'aporìa, rimane fedele al contesto normativo in cui è collocato. Più in generale, accogliendo una concezione istituzionale della famiglia che non la riduce a un affare privato, si potrebbe dire che se il contratto è una metafora rousseiana o smithiana della natura volontaria e interessata dei rapporti sociali, che notoriamente si esprime colla formula del contratto sociale²⁸, la famiglia lo integra come metafora della solidarietà restituendoci un'immagine della convivenza umana non solamente appiattita sul c.d. imperialismo del contratto.

4. La concezione neo-istituzionale della famiglia e del matrimonio come atto specifico che la fonda restituisce senso all'art. 29 Cost. quale precetto che respinge una contrattualizzazione in senso pieno della famiglia²⁹. In altre parole, il matrimonio non è una variabile dipendente dalla soggettività individuale per cui, radicalizzando, la medesima parola potrebbe non esprimere lo stesso significato nemmeno tra gli stessi coniugi. È abbastanza evidente come una tale lettura sterilizzi la norma costituzionale privandola di una fattispecie sufficientemente determinata o determinabile. La lettura mengoniana offre invece lo spunto per parlare di una garanzia d'istituto contenuta nell'art. 29 Cost., la quale, se non vuole essere la garanzia di una semplice etichetta a cui far corrispondere qualunque cosa, una garanzia di rubrica – come si è ironizzato –, implica un nucleo essenziale della categoria matrimonio³⁰. Lo stesso art. 9 della carta di Nizza prevedendo il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sarebbe

le pretese della ragione soggettiva portata dall'illuminismo, essendo mancata finora un'analisi sistematica del "diritto alla felicità" e dei suoi limiti».

²⁸ Cf. C. W. CANARIS: *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*. München. 1997. 27.

²⁹ Circa il nesso tra famiglia e matrimonio cf., ad esempio, Corte cost. n. 237/1986.

³⁰ Per dirla col BverfGE 6, 55, 72 vi è un «*Normenkern des Ehe und Familienrechts*» determinato costituzionalmente. Purtroppo anche questo tema, come la qualifica istituzionale della famiglia, è gravato da una precomprensione storicamente condizionata dal dibattito tedesco che attribuiva alla *Institutsgarantie* il significato reazionario di contrastare il principio di parità tra marito e moglie: cf. C. FRANZIUS: *Bonner Grundgesetz und Familienrecht. Die Diskussion um die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der deutschen zivilrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1957)*. Frankfurt a. M. 2005. 92. Riconduce il concetto di garanzia d'istituto a C. SCHMITT (*Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes*. Anschütz THOMA (Hrg.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 2, Tübingen, 1932. 591 – 596), L. NOGLER: *Die unfruchtbaren Weimarer Wurzeln des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit*. *ArbuR* 1996. 206.

vanificato se l'ordinamento privasse il matrimonio del suo nucleo essenziale: non è possibile riconoscere un diritto eliminando lo strumento necessario per l'esercizio del diritto stesso³¹. L'indisponibilità di questo nucleo essenziale non è dunque una limitazione di libertà ma un limite necessario alla verità della forma giuridica, ossia a quella caratterizzazione specifica e intimamente coerente dell'atto che lo fa essere ciò che è³².

La dottrina che desidera rimanere fedele alla Costituzione deve perciò darsi cura di ricostruire il nucleo essenziale del matrimonio, sebbene le difficoltà in questa direzione siano accresciute da una serie di fattori tra i quali spicca una certa debolezza culturale che Mengoni chiama ideologia dell'indifferenziato, nel segno della quale sono eguagliate situazioni diverse rinunciando alle distinzioni e alle differenze. Questa debolezza culturale, sul piano giuridico, è stata alimentata anche da un certo modo di procedere alla comparazione che negli ultimi decenni è stata condotta per lo più privilegiando alcuni ordinamenti rispetto ad altri e secondo un criterio funzionale che rifiuta *a priori* di ricostruire il *Wesensgehalt* degli istituti³³. Né può aiutare l'incertezza di una certa giurisprudenza europea che anche in una materia molto delicata come questa sembra oscillare tra l'adozione del criterio lockiano della maggioranza e il rifugio nella diversità delle etiche che alimentano i diversi ordinamenti nazionali³⁴. Tuttavia, nel nostro ordinamento si può ancora cogliere un nucleo essenziale del matrimonio come atto irriducibile al contratto. Sul piano metodologico, del resto, questa linea interpretativa trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui «i punti di vista di principio assunti dalla Costituzione valgono innanzitutto come criteri vincolanti di

³¹ L'art. 52 della stessa Carta di Nizza prevede un confine al principio di nazionalità del diritto familiare e matrimoniale, in quanto esso consente limitazioni ai diritti e alle libertà previsti dalla Carta ad opera della legge solo nel rispetto del «contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Condivide l'idea di un «nucleo essenziale» di contenuti del concetto di famiglia, P. ZATTI: *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia. Familia* 2002. 16, il quale però (9) insiste altresì sulla possibilità di diversificazione delle discipline nazionali. Ma questa tesi, se seguita coerentemente, vanifica lo stesso art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea che pure presuppone un'idea comune, nel suo contenuto essenziale, di diritto di sposarsi e di costituire una famiglia: se infatti il matrimonio e la famiglia fossero ciò che ciascun ordinamento reputi che siano, a cosa mai si potrebbe riferire l'art. 9?

³² Cf. A. BALDASSARE: *Diritti inviolabili*. Enc. Giur. Treccani. Roma, 1989. 36, secondo cui la garanzia d'istituto implica l'ineliminabilità degli specifici principi ordinatori e l'immodificabilità del tipo del loro rapporto reciproco e C. MORTATI: *Istituzioni di diritto pubblico II*. Padova, 1976. 1165. Una posizione contraria è stata espressa da G. FURGUÈLE: *Libertà e famiglia*. Milano, 1979. 84.

³³ Cf. SIMITIS: *Familienrecht*, cit., 424 – 425.

³⁴ Per un esempio si vedano da ultimo le sentenze di primo grado e la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, rispettivamente sez. I, 1, 1.04.2010, n. 57813/00, causa S.H. and others c/ Austria, in www.coe.int/T/1/Corte_europea_dei_diritti_dell'Uomo, e sentenza della Grand Chamber n. 57813/00 del 3 novembre 2011 che ha ribaltato la decisione presa in prima istanza confermando la legittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge austriaca. Sulla prima sentenza, cf. U. SALANITRO: *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*, *Fam. Dir.* 2010. 981.

comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione dei fatti sociali giuridicamente rilevanti»³⁵.

Anzitutto, il diritto di sposarsi, oltre a presupporre l'esistenza dell'istituto matrimoniale senza il quale l'esercizio del diritto risulterebbe impossibile, implica la libertà del matrimonio³⁶, ossia il principio del consenso, il cui corollario peraltro dovrebbe essere una disciplina orientata, diversamente da quella contrattuale, soprattutto alla garanzia della genuinità del consenso. In secondo luogo i doveri di solidarietà derivanti dallo *status* di coniuge non sono disponibili come si ricava anche dall'art. 123 c.c. Proprio la dimensione istituzionale della famiglia rende ragione peraltro della loro prevalenza su altri doveri, come ad esempio l'obbligazione del lavoratore che diviene inesigibile qualora una circostanza sopravvenuta renda l'adempimento di tale obbligazione incompatibile con un dovere familiare³⁷. Vi sono poi due ulteriori elementi i quali appartengono in modo così forte alla tradizione della cultura europea che pure le legislazioni che riconoscono negozi di tipo paramatrimoniale non mancano di prevederli: l'impedimento della parentela o affinità, ossia il divieto di endogamia, e il divieto di poligamia o poliandria. Il primo limite attribuisce al matrimonio una funzione di apertura della famiglia verso la società, impedendone la chiusura in una specie di clan. Il secondo limite è una declinazione del principio di pari dignità tra coniugi la quale implica una dedizione reciproca e non asimmetrica, cioè non solo da una parte esclusiva e parziale dall'altra, ma esclusiva per entrambi. Il perdurante consenso a questi limiti dimostra chiaramente che in questa materia l'autonomia non è mai riconosciuta in modo illimitato.

All'epoca in cui fu approvata la costituzione un altro elemento indiscusso, da non dover essere nemmeno menzionato, era la differenza di sesso che nel matrimonio è tradizionalmente essenziale se non altro dal punto di vista etimologico: matrimonio è *matris munus*, unione solidale nel dono dei figli o nel dovere della loro cura, tanto è vero che ancora oggi l'art. 147 c.c. inquadra i doveri verso la prole come doveri dei coniugi³⁸. Senza sottovalutare il *bonum coniugum*, e quindi senza funzionalizzare il matrimonio alla «continuazione della loro specie», va rilevato che il *bonum prolis* e i correlativi doveri di cura sono un elemento indefettibilmente oggettivo di questo

³⁵ Corte cost. 11-18 gennaio 1996, n.8 (redattore Zagrebelsky). Di recente questa formula è stata richiamata anche da P. A. CAPOTOSTI: Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010. *Quaderni costituzionali* 2010. 363.

³⁶ Da ultimo Corte cost. 25 luglio 2011, n. 245 considera che il diritto di contrarre matrimonio è diritto inviolabile dell'uomo, non solo del cittadino, e quindi tutelato anche a favore del cittadino straniero «irregolare».

³⁷ Cf. MENGONI: Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro. In *Obbligazioni e negozio*, cit., 109.

³⁸ Per MENGONI: *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, cit., 63 il requisito della differenza di sesso è nell'essenza del matrimonio. Questa è del resto l'opinione ancora dominante in Germania con riferimento alla nozione costituzionale di matrimonio contenuta nell'art. 6 della Costituzione di Bonn: cf. E. KOCH: Einleitung, Familienrecht, I, Band 7. *Münchener Kommentar*. München, 2000. 48.

istituto³⁹: la riduzione di esso a mero accordo delle parti vertente su un oggetto disponibile lascerebbe nell'arbitrio genitoriale la tutela dei figli proprio mentre il matrimonio nasce come una struttura preposta a cogliere in un unico rapporto collettivo e solidale la filiazione⁴⁰. Né può essere addotta in senso contrario quella concezione pneumatica (spiritualizzata, volontaristica) e legalistica della filiazione, che taluno va proponendo, la quale pretenderebbe di dissolverne l'elemento naturalistico, riducendo questo specialissimo rapporto a una mera scelta dell'adulto con la conseguente artificiale dissociazione tra biologia e biografia⁴¹. Certo, ridotta in questi termini, la filiazione effettivamente non implicherebbe più la naturale differenza di sesso dei genitori; ma una simile concezione non è compatibile con la nostra costituzione e in particolare col principio della responsabilità genitoriale che l'art. 30 Cost. prevede sia per i figli nati nel matrimonio sia per quelli nati fuori da esso, e cioè in funzione proprio del fatto generativo, dal quale peraltro sorge comunemente in chi ha generato il senso di responsabilità genitoriale. Un criterio che invece facesse leva sull'astratta volontà di assumere il ruolo di genitore, ossia sulla libertà individuale, non sarebbe in grado di fondare una responsabilità certa e determinata (o determinabile), come lo è invece il fatto naturalistico – irreversibile e quindi irrevocabile - di avere generato, cioè di aver dato causa all'unione tra gameti maschili e femminili originando una nuova vita. Né tale criterio sarebbe adeguato, dal momento che il rapporto è asimmetrico – il nuovo nato necessita materialmente e moralmente della cura dei genitori –, e perciò tale *status* non può essere rimesso all'arbitrio di un adulto, sostituendo così la responsabilità per l'aver messo al mondo un figlio con una decisione unilaterale e quindi eventuale di assumere il ruolo di genitore. Alla genitorialità occorre insomma l'oggettività di un fatto, non già la soggettività di un atto unilaterale che riproporrebbe in forma nuova l'arcaico rito di innalzamento del figlio; sicché dalla fattispecie originaria dello *status* l'elemento biologico non può essere eliminato, privando il minore di un elemento dell'identità personale che deve riflettersi nella filiazione tra le persone, associando, non dissociando, biologia e biografia.

A questo punto, la genitorialità, attesa la sua funzione specifica e la differenza dagli altri tipi di relazione, non può essere che bigenitorialità, di un padre e di una madre⁴², non genitorialità puramente volontaria e quindi eventualmente anche individuale, quasi che i figli fossero *res nullius* soggette a occupazione⁴³. Lo stesso art. 30, co.

³⁹ D'altra parte alla «famiglia dei figli» la Costituzione fa riferimento negli artt. 30, 31 e 37 Cost., ossia in ben tre su quattro delle norme che danno rilievo alla famiglia, sebbene di per sé la procreazione non sia essenziale al matrimonio.

⁴⁰ Tale profilo è stato colto da ultimo anche dalla recente novella francese che ha conservato la regola paolina *pater is est quem nuptiae demonstrant* (Paolo, 4 ad ed. D. 2, 4, 5). Cf. RENDA. *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*. Padova, 2008. 317.

⁴¹ Cf. C. SHALEV: *Nascere per contratto*. Milano, 1992.

⁴² Cf. A. BARBERA: *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, AA.VV. *Procreazione assistita: problemi e prospettive*. Brindisi, 2005. 335.

⁴³ Cf. T. HOBBS: *The Elements of Law Natural and Politic*. Whitefish, 2004. (Chapter XXIII), 90.

2, cost. ne dà conferma, prevedendo che solo l'incapacità dei genitori naturali può far subentrare altre forme di intervento, come ad esempio l'adozione, che perciò assumono carattere sussidiario e solidale per offrire al bambino abbandonato la cura di cui ha bisogno e possibilmente un ambiente familiare. Del resto, lo stesso art. 1 della legge sull'adozione, coerentemente col principio costituzionale fissato dall'art. 30 Cost., stabilisce il diritto di crescere ed essere educato nella *propria* famiglia, l'adozione essendo correttamente concepita come uno strumento sostitutivo di solidarietà verso la famiglia originaria. Altrettanto coerentemente l'art. 4 l. 40/2004 vieta la cosiddetta fecondazione eterologa mediante la quale una coppia ricorre a gameti di un terzo estraneo esonerando quest'ultimo dalla responsabilità genitoriale e imponendo legalmente una sorta di simulazione di filiazione naturalistica, ma destinata a svolgersi al proprio interno in un rapporto asimmetrico in cui un genitore sarebbe tale anche biologicamente, mentre l'altro lo sarebbe solo legalmente⁴⁴. È il paradosso dell'eterologa: da un lato attinge alla concezione pneumatica (volontaristica) della filiazione e dall'altro si vuole esibire all'esterno come filiazione naturalistica scaricando sul minore il peso di tale ambiguità⁴⁵.

In definitiva, se il matrimonio continua a essere una struttura in grado di unire collettivamente e solidalmente coniugi e figli e se i figli di regola non sono tali in funzione di una semplice decisione unilaterale ma del fatto generativo, il requisito della differenza di sesso nel matrimonio si rivela una conseguenza ovvia che solo una certa ideologia dell'indifferenziato può mettere in discussione. Del resto, che tale requisito corrisponda al modello della nostra costituzione si ricava pure dal secondo comma dell'art. 29 Cost. come ha riconosciuto da ultimo anche la Corte costituzionale: che senso avrebbe infatti il precetto dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi senza la differenza di sesso?⁴⁶

Infine, la Costituzione ha rinunciato a prevedere il requisito dell'indissolubilità accogliendo così la concezione moderna più diffusa del matrimonio che ammette la compatibilità del divorzio col nucleo essenziale di esso. Questa compatibilità,

⁴⁴ Lo stesso MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., rileva l'incoerenza dell'eterologa con la regola dell'art. 1 l. 184/1983.

⁴⁵ Il divieto posto dalle legge italiana è quindi costituzionalmente ben giustificato. Tuttavia sulla scorta del primo pronunciamento della Corte dei diritti dell'uomo sez. I, 1, 1.04.2010, n. 57813/00, causa *S.H. and others c/Austria*, in www.coe.int/T/1/Corte_europea_dei_diritti_dell'Uomo, i tribunali di Firenze (13.09.2010) e di Catania (21.10.2010), entrambi in *NGCC* 2011, I, 42 ss., hanno sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione degli artt. 2, 3, 13, 32 Cost. In merito, cfr. L. D'AVACK: *Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviavano la questione alla Corte costituzionale*, *Dir. fam. e pers.*, 2011, 40 ss.; M. MELI: *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e convenzione dei diritti dell'uomo*. In *NGCC* 2011, 14 ss.; M. SALANITRO: *La fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*, *Fam. e dir.* 2010.

⁴⁶ Cf. Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, la quale sembra accogliere l'istanza di riconoscere un concetto essenziale di matrimonio nonché l'argomento che avevo proposto in *La famiglia e nuove letture della Costituzione*, in *Valori costituzionali*, Atti del Convegno UGCI Roma, 5 – 7 dicembre 2008, a cura di F. D'AGOSTINO, Milano, 2010, 187.

però, come precisa Mengoni, è limitata al divorzio inteso come diritto potestativo giudizialmente controllato in riferimento al sopravvenire di condizioni che rendano impossibile il mantenimento della originaria promessa, la quale ha come contenuto la costituzione di una comunione di vita stabile e senza possibilità di recesso volontario. Il divorzio in altri termini non trasforma il matrimonio in un mero fatto di cui il giudice si limiterebbe ad accertare la sussistenza o il venir meno, lo scioglimento del matrimonio essendo l'effetto di una sentenza costitutiva che attua la volontà del coniuge o dei coniugi in concomitanza con certe cause legalmente stabilite⁴⁷. Ma realisticamente la questione del divorzio mette allo scoperto i limiti del diritto in una materia in cui contano soprattutto gli stili di vita e l'impronta etica delle persone⁴⁸, i quali diventano particolarmente problematici proprio in un'epoca in cui la stessa essenza del matrimonio viene messa in dubbio e frantumata in declinazioni soggettivistiche ed estemporanee. Perciò il divorzio si trova spesso a operare in situazioni a mezza via tra consenso non del tutto consapevole e impossibilità di mantenere la promessa iniziale, così che la soluzione giuridica risulta inevitabilmente una *tragic choice*. In ogni caso, secondo Mengoni «specialmente nella disciplina del divorzio per cause oggettive diventa nevralgico il problema del limite di durezza oltre il quale non deve essere consentito a un coniuge di costruire la propria felicità sull'infelicità dell'altro o a entrambi di “rifarsi una vita” trascurando l'interesse dei figli minori»⁴⁹. È un problema che i paesi di tradizione divorzista (Francia e Germania) non si sono nascosti (cfr. art. 240 c.c. e § 1586 BGB), anche se la forza dei fatti sembra prevalere sulla cautela legale. Del resto, quanto ai minori occorre tener conto dei limiti strutturali del processo: il principio del contraddittorio esige per la sua applicazione sostanziale, e non soltanto formale, che all'iniziativa di una parte corrisponda direttamente una difesa della parte controinteressata, e perciò le ragioni dei minori (il loro *best interest*), come non hanno trovato un «avvocato» all'origine della crisi coniugale, così sono destinate a dipendere dalla sensibilità degli adulti anche nella fase ormai tardiva del processo⁵⁰.

Mengoni conclude il suo saggio sulla *Famiglia in una società complessa* sostenendo che uno dei compiti più urgenti della dottrina giuridica nel campo del diritto di famiglia è precisamente la ricostruzione del concetto di famiglia come istituzione. Proprio l'idea che la famiglia non sia un affare privato implica che *ethos e nomos* concorrano ciascuno sul proprio piano a sostenere la famiglia. Se «il Novecento è un

⁴⁷ MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 5.

⁴⁸ Come scrive MENGONI: *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, cit., 109 nota 8 (con citazione di E.R. BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre I*. Freiburg-Leipzig, 1894. I, 23–24) il diritto può tutelare «il dovere di amore» solo come manifestazione esteriore, non come sentimento interno, il quale, di per sé non può costituire il contenuto di un dovere giuridico. Nondimeno la norma giuridica può operare a sostegno oppure in funzione di ostacolo nell'adempimento dei doveri di amore delle persone verso i loro familiari.

⁴⁹ MENGONI: *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile*, cit., 364.

⁵⁰ Quanto alla regola dell'ascolto del minore (art. 155 *sexies* c.c.), essa può essere vista come una spia del problema più che la sua soluzione.

secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione»⁵¹, e certo la famiglia non lo è stata meno del resto, secondo Mengoni «al nuovo tipo di bisogni legati alla difficoltà di partecipazione sociale, alla crisi dei valori e al disorientamento individuale e sociale, alla caduta della qualità dei rapporti interpersonali, alla solitudine, non è possibile rispondere senza il contributo di una rinnovata forza istituzionale della famiglia»⁵².

⁵¹ L. MENGONI: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Prefazione. Milano, 1996. VII.

⁵² MENGONI: *La famiglia in una società complessa*, cit., 13-14.

WHICH FAMILY COULD BE THE BUILDING BLOCK OF SOCIETY?

Toward a definition of family relationship

Antonio PORRAS MIRON
Pontificia Università della Santa Croce

1. Family or families?

In all cultures throughout history family relationships have been regulated in a positive or consuetudinary way by systems of kinship.¹ Despite the fact that systems of kinship vary from culture to culture, there is something that all of them have in common: the recognition of the unique nature of family relationships and the importance that those relationships have for society.

Recent reforms to family law have been proposed, arguing that cultural development has caused new family ‘models’ to surface and that such models should be acknowledged by the law. According to the proponents of these reforms, the traditional concept of family is no longer accurate in today’s society, because it does not embrace new familiar forms. These proposals confuse the concept of family with its historical cultural manifestations and forget that in order to speak of different models of family forms, it is necessary to begin with a univocal concept that allows one to apply the qualification of ‘familiar’ to these models. This concept has been the reference that has allowed people in all cultures to distinguish family relationships from other types of interpersonal relationships. Thus, confronting the proposal of the legal recognition of new familiar models, a question arises: which are the criteria that should be fulfilled before denominating an interpersonal relationship as ‘familiar’? In order to identify new familiar forms, it is necessary to have an objective reference

¹ For a deeper understanding of the systems of parenthood see
Héctor FRANCESCHI – Joan CARRERAS: *Antropología jurídica de la sexualidad. Fundamentos para un derecho de familia*. Caracas, SEA, 2000.
Antonio MORENO: *Sangre y libertad. Sistemas de parentesco, diversidad cultural y modos de reconocimiento personal*. Madrid, Rialp, 1994.

which allows for the application of the category of familiar to a given interpersonal relationship. At the same time, if an objective reference is accepted, it will not be necessary to speak of 'traditional family' or 'natural family'; it will be sufficient to identify as family the models that correspond to such a referent and to differentiate it from other similar social forms. Defining this objective referent, the 'essence' of the family, must be a priority of an adequate familiar legislation, so that it is capable of recognizing the family in its different cultural, historical and geographical manifestations and of distinguishing this referent from other intersubjective relations.² It is only in this way that it will be possible to guarantee and promote the demands of justice which are proper to these bonds.

2. Family Relationships

The family is „a group consisting of parents and children living together in a household/a group of people related to one another by blood or marriage/the children of a person or a couple”.³ The definition of the New Oxford Dictionary makes reference to persons who are joined by a kind of relationship –commonly called family relationships– determined by ancestry and marriage. Within the present article, we want to propose a definition of the family relationship that helps to distinguish its specifics from other kinds of relationships and to understand the kernel of its social relevance. A family relationship is that relationship that joins two persons in virtue of any of the original and primordial lines of personal identity which, deriving from their respective corporeal condition, are irreducible, exclusive, and without the possibility of confusion.⁴ The nature of such a relationship determines the necessary demands of justice so that a communion of persons may exist among those who are so joined.

This definition makes it possible to distinguish the characteristic elements of the family relationship: it is an *interpersonal* relationship (it joins two persons) and *intrapersonal* (the bond that joins the persons is not external to the persons, but it is part of their very being; in other words it radically determines their personal identity). Such elements are the foundation of the demands of justice of these kinds of relationships.

² „Not only would the existence of an 'ideal-eternal' form of the family have to be presupposed, but the presence of this form in all of the historical epiphanies of the familiar condition as well as its reincarnation in all of the more or less predictable forms within the human capacity for relationship would have to be postulated. Moreover, to determine this 'ideal-eternal' form it would be absolutely necessary to refer to a principle that conditions history and that is thus found before and outside of history”. Francesco D'AGOSTINO: *Filosofia de la familia*. Milano, Giuffrè, 1999. 21.

³ Family. In: *New Oxford American Dictionary*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁴ Cf. FRANCESCHI – CARRERAS op. cit. 97.

2.1. Interpersonal dimensions

The family relationships can only be established between persons; in such a way relationships between human beings and animals are excluded, despite the fact that these relationships can be lived with a great intensity of affection. Affection can be present in familiar relationships but it is not their defining characteristic. Affection in itself does not establish an interpersonal relationship in a strict sense, even when certain sentiments are provoked by another person. These sentiments are the interior resonance of human tendencies that follow the perception of a good or an evil; they have a passive character: they are not in themselves deliberate positions even when they look toward and suggest a certain action to be freely realized..

By affirming that this relationship is only possible between persons, it is understood that the relationship is not simply founded upon the existence of a bond of parenthood or blood. Despite the fact of generation, animals do not have familiar relationships. Forming an interpersonal relationship implicitly demands that for its complete establishment or realization the positive aspect of the personalistic principle has to be respected among the subjects, that is, that the person should be accepted as another "I". In other words, a personal act of love is necessary: a bilateral act of self-giving and acceptance between these two persons.

It is possible to argue that many family relationships are imposed upon the subject, are *given*, without implicating acceptance by the subject. A person does not decide to be a child or a sibling; rather, it is something that has been imposed by the fact of being generated or by the fact that his or her parents have had another child. Although this is true, the family relationship cannot be reduced to the fact of simply having something in common with another person. Considering family relationships to be imposed reduces them to the affective relationship to which we have just mentioned. It is possible that a man is a father without his son's recognition of this paternity or even if the child is convinced that his father is another person. This causal relationship is not necessarily an interpersonal relationship, even when both ends of the relationship are persons.

With this, we do not wish to diminish the importance of what is *given* in the relationships but to emphasize that because the familiar relationship is interpersonal, there is the mediation of freedom. Thus, it is possible to say that the family relationship has a *communion* character; the inherent *raison d'être*, the inherent meaning of *being given*—that identifies the person in respect to another, relating them in a special way—is that a personal communion develops among the persons related. Moreover, the familiar relationship has a *juridical* character: so the nature of the *given* bond carries the demands of justice which should be recognized and respected as conditions for the existence of a personal communion.

2.1.1. Communion Character

For a better understanding of the *communion* character, it is necessary to clarify the distinction between community and communion. The community refers to a multiplicity of related subjects, whose unity is based upon a characteristic that

joins them and defines them. The familiar community would be the gathering of persons joined by family bonds.. The subjects of the community are capable either of recognizing this common characteristic and reaffirming their belonging to this community with the use of the pronoun “we”, or of rejecting it.. The community in itself does not represent a communion of persons; two fans who support the same soccer team may share a common passion, but this alone does not establish any personal relationship. What is more, not all communities have personal communion as a specific goal; as an example, one may consider an association of consumers.

Communion is the way in which persons assume the bonds that join them to other persons and establish personal relationships.. A personal relationship is freely established by a bilateral act of donation and acceptance based upon that which joins the two persons. Differently from a community, communion is dynamic, it accepts a gradation: it is possible to be a better or worse friend, a good or bad father. A community, however, does not accept degrees: it is static: either, one is a father, or one is not, and this does not depend upon the quality of the relationship between a father and a son. The gradation of communion begins with recognition and develops into personal love.. Rejection does not create communion, but does not annul the community. A father can reject his child and even abandon him, but he does not thus cease being a father.

Familiar identities found a specific community in which the identity of the person is bound to the identity of another person.. In order for the community to cease to exist, it is necessary that one of the persons bound by this familiar identity ceases to exist. Communion, as it is freely established, can increase, disappear or become negative. It increases when it is accepted to establish a relationship conformed to that which joins one person to another; it disappears when what is common is rejected; and it becomes negative when there is a desire to destroy that which joins both. For this reason, familiar relationships are the cause of the greatest love and the greatest hatred, because whatever binds the person is identified with the person himself. Communion is free, but its order and measure is fixed by the community. Human freedom is not absolute, because it supposes a foundation⁵: a person cannot “make” himself the child of any other person; he may see another as a father, but the filial love towards this person does not make that beloved person a father.. The content of the relation determines the nature of the communion. Therefore, the acceptance and donation which are necessary in order to establish communion ought to be based upon the *raison d’être* of the bond which unites them; two people cannot love

⁵ „The person, due to his or her specific transcendental constitution, has the capacity of self-transcendence, the capacity to freely build upon his or her *raison d’être*, either positively by affirming in his or her being person, or negatively, annulling or annihilating this being person”.

Cf. Jesús ARELLANO: La familia, sociedad perfecta, In: Juan Cruz CRUZ (ed.): *Metafísica de la familia*. Pamplona, EUNSA, 1995. 41.

It should be noted that this does not mean to create the meaning of his or her being, but to build upon this meaning, which has already been *given*. If the person in his freedom is able to determine the inherent meaning of his or her being, it would not be possible to speak of either a positive use of freedom or a negative use of freedom.

one another as spouses if they are siblings. The acceptance of a person carries the acceptance of one's own self-identity. The child accepts the one who has given him life as a father. If he treats his father as a simple friend, a familiar relationship will not be established, because that which defines this person in relationship to him has not been accepted. In order to form a communion of persons the demands of justice proper to the familiar identity inhering within these personal relationships must be recognized and accepted.

2.1.2. *Juridical Character*

Interpersonal relationships are founded upon objective bonds with an inherent order; this objective order is what allows the determination of the demands of justice between the persons who form the community. A human community demands from each person respect for the lives of others, and among other things, respect for their freedom. A two way trade relationship requires duties and rights that are different from those in the relationship between members of a sports association.

As we previously said, it is not love which creates the community of persons, "It is not love which makes one a natural father or mother of their child, but the fact of generation. In the same way, it is not love which gives origin to the duty of raising and educating children or to the duty of respect and obedience owed to parents by their children. The real foundation of all this is generation." The community establishes an objective dimension, and thus an objective ordering of a reciprocal behaviour. This order is the fundamental and first rule of the reciprocal relationship. If this order is not respected, it is not possible to establish an authentic communion of persons. Acceptance and donation demand in the first place the respect of the person and the fullness of his rights. What is more, true love understands that these demands derive from the dignity of the person; it is with the recognition of this dignity that such demands are assumed and perfected. Those, who in the name of love believe that it is possible to neglect their duties toward the beloved person, err; love goes beyond the law, not disobeying such laws, but fulfilling them superabundantly.

The family law of the different juridical ordinances aims at formalizing the demands of the proper objective order of the family bonds or relationships. Because of the nature of these bonds, the duties and rights between spouses, between parents and children and, among many others, between siblings, are distinguished. The very same person has certain rights and duties towards the spouse which are different from those towards his children, towards his siblings and towards his relatives. In order to establish the proper demands of the familiar relationships, it is necessary to know what is specific to these relationships. An example of this is adoption. The different juridical ordinances intend that the relationship between the adopted person and the adopter be conformed in the most possible way to the filial relationship; it is for this reason that a minimum and maximum age difference is required.

As can be noted in the study of interpersonal relationships, it is important to identify whatever is proper to the familiar relationship –what is *given*: the familiar identity– in order to distinguish this from other interpersonal relationships and to be able to establish the bonds of justice inherent to such a relationship.

2.2. Intrapersonal Dimension

The definition that was just given has emphasized that what is specific to the familiar relationship is that it joins two persons in *virtue* of any of the original and primordial lines of personal identity which, deriving from the respective corporeal condition, are irreducible, exclusive, and without the possibility of confusion. The familiar relationship is differentiated from other interpersonal relationships, such as friendships and professional relationships among others, because the union that derives is in virtue of one of the original and primordial lines of personal identity and not something that is external to the person, such as a common interest or professional field. We have said that it has an interpersonal dimension, because it affects “the most intimate level of the personal being, to the point of becoming a dimension of one’s own “I”, an essential element of the familiar and social subject.”. Familiar relationships are a source of identity for the subject, because the persons involved in this relationship receive a common name precisely therein.. This common name defines the person inside a system of relationships and assigns to this person a proper function, according to the identity of this person inside the parental system. In this way, the person who is created receives the name of child, and this identity defines the specific relationship which one is supposed to have with one’s parents and with the other persons who make up the family.

Now then, this fact which we will call biological is not a familiar relationship in itself, but its foundation. It is for this reason that the definition emphasizes the fact that the lines of identity derive from the respective corporeal condition, in other words with attention to the substantial unity of human beings. The body is not just biological; it is also personal. The body is the principle of singularity; through it the person is able to know himself and to recognize an original and primordial identity: to be either a man or a woman, within the sexual duality essential to human nature..

The complementarity of man and woman is not the conjugal relationship, but rather such complementarity is its foundation. The human being discovers in his or her sexual condition a relation which is constitutive of his or her being a person and which makes reference to the person of the other sex.. This relation in function of what is *common* –the fact of being a person– and of what is *different* –the sexual condition– permits the person to obtain a better knowledge of *being oneself* and of the meaning of what is proper to him or her in relationship with others.. Because of this constitutive relationship, the person discovers the possibility of establishing a communion founded upon sexuality and ordered to the formation of a family.. The person does not give meaning to the relationship, but with his freedom integrates this significance in his person in either a positive or negative manner.

In regard to the first human couple, the narration of Genesis emphasizes: “complete freedom from any coercion of the body or of sex”: Human beings are not determined by the body, but they are free either to form or not form the conjugal communion. The conjugal relationship is not necessary but free: it is not constituted by the fact of sexual differentiation, but by the fact that it requires the free acceptance of the man

and woman who form it.⁶ Based upon the meaning of complementarity, the man, with the use of his freedom, can establish communion with the woman. This is because the community that he forms with the woman requires the giving of that which is his own (masculinity) and the acceptance of what is proper to the woman (femininity). It is by their consent that the spouses configure their original and primordial identity: his being man and her being woman. Masculinity is defined by the fact of being the husband of this woman, and at the same time, the femininity of the spouse is configured by the fact of being the wife of this man.

Sexual differentiation is not merely reduced to the definition of masculinity and femininity, as at the same time it opens onto the perspective of a common action that is only possible in the union of the man and of the woman: generation and mutual help of the spouses.⁷ The mutual donation of being man and being woman includes the integral, complete giving and acceptance of the masculinity or femininity of the other as constitutive of their being.⁸ A communion that has been freely formed between a man and a woman, but that excludes any of these aspects cannot be called matrimonial since the community will not be based on the identity of the person, in his masculinity or her femininity, but upon other aspects, such as, a mutual will to common help, affection and economic solidarity, and co-habitation. These possible interpersonal relationships are not familiar, because they do not bind in virtue of the primordial and original lines of personal identity, deriving from the respective corporeal-sexual condition, but in virtue of the good that both persons seek through this relationship.

The human body is not only sexual but is also generative. The human act of creation establishes a radical relationship in the human person: filiation, which constitutes a primordial and original identity of the person. The origin of each individual evokes in its source two persons (a man and a woman); it establishes a community that is founded in corporeity. The mere fact of creation does not immediately establish a familiar relationship. Since this relationship is personal, it has to be free. Parents can accept or reject paternity in the same way that the child is free to embrace or reject his *being from their union*. In summary, the familiar

⁶ When man is able to recognize woman as flesh of his own flesh, he discovers a language in his corporeity that calls him to communion without yet having created the communion. The sacred texts continue with a sequence of actions that requires personal freedom. This suggests that only after a voluntary act does man begin to be a husband: „It is for this reason that a man will leave his father and his mother and will cling to his wife and the two shall become one flesh” Genesis 2:24. On this topic, see HERVADA op. cit. 95–115.

⁷ Generation and mutual help are two aspects of the unique end of marriage: since love is generative, it brings another personal being to life and while being the greatest act a person can realize, another is always required. The adequate help that is referred to in Genesis is this action. When man sees the woman, he understands that there is a profound meaning in the sexual difference. The life-giving act can only be performed with the woman, and this has great significance and demands the community of persons. Cf. Thomas AQUINAS: *Suma Theologiae* I, q. 98, a. 2, in c.

⁸ On this topic cf. Pedro Juan VILADRICH: *El pacto conyugal*. Madrid, Rialp, 1992. IDEM: *El ser conyugal*. Madrid, Rialp, 2001.

relationship is founded in the corporeal condition of the person, but because it is personal, it is not determined and requires that freedom assumes the proper meaning of such relationships.⁹ Freedom is the defining characteristic –although it is not the only one– of the familiar relationship. It is through a free action that the person articulates, or better yet, integrates corporeality and its personal meaning. In the same way that the composition of body and soul is necessary for a full understanding of human nature, the interplay of nature and freedom is important for the correct conception of the *natural* modalities of coexistence proper to the family. It will be the task of juridical science to express, in the most convenient way, those essential aspects necessary to build a familiar relationship with the right respect for the dignity of the person.

The free act to which we are referring is the act of personal love, a bilateral act of giving-acceptance of the person, proper to interpersonal relationships. In this bilateral act, one recognizes in the other person something which identifies the other with respect to *one's own self*, and one accepts the person in as much as he or she exists in relation to him. The son, when he accepts the person of his father, accepts that defining element of his father which exists in relation to himself (the son). The child who does not know his or her real father may have a relationship of friendship with the father, because establishing an interpersonal relationship means accepting this man like another 'I', equal to him or herself, and does not necessarily entail accepting his identity as 'my father'.

With respect to the interpersonal dimension of the familiar relationship, it is possible to highlight the following characteristics:

2.2.1. Irreducible Character

Because of the intrapersonal dimension of the familiar relationship, each person identifies in the other something that configures his own identity. Such a relationship is only possible among two concrete persons. These relationships constitute a crucial point for the construction of personal identity, and they guarantee the subject the possibility of assuming specific functions in which the execution of these functions cannot be substituted by anyone else.¹⁰ The child is a child of the father: he is not a

⁹ It has been said before that freedom is that capacity of the person's self-transcendence founded in the meaning of his or her being, because the significance of being is received and cannot be modified. Through his or her corporeity (the being of himself), man recognizes the being in common (in the case of the child, with his progenitors and siblings, and in the case of the spouse with the other spouse). In Their freedom, human beings can build upon the meaning of their bonds rooted in corporeity, either positively by reaffirming the personal relationship or negatively, by denying this relationship.

¹⁰ In this respect, the following fictitious note eloquently makes the point: „Mr. Judge: I had the bad luck of marrying a widow who had a daughter; if I had known this, I never would have married her. My father, to make matters worse, was a widower; he fell in love and married the daughter of my wife. In this way, my wife was the mother-in-law of my father, my step-daughter became my mother, and my father at the same time was my son-in-law. A little later my mother-in-law brought forth a son who was my brother but at the same time the grandson of my wife; in this sense I was the grandfather

child in general, and there is no other person who can substitute the father in this situation; at the same time, the child cannot be the father of his father. One can say the same thing about the rest of familiar relationships: fraternal, conjugal, etc. This characteristic of the familiar relationship is what we call the *irreducible* character.

The fact that the familiar roles are unmistakable and exclusive seems to be the primary element of the constitution of human subjectivity; this is also the foundation of the possibility of building a juridical theory in regard to familiar relationships.¹¹ It is due to these characteristics of familiar relationships that incestuous relationships have been forbidden in all societies and cultures. The fact that in every single culture, it is juridically impossible for parents to marry their children, or for brothers to marry their sisters, is an unmistakable recognition of the nuclear relationships within the family.

The irreducible character is specific to the familiar relationships with respect to other interpersonal relationships. A work relationship is not irreducible. Bob can be Jim's boss one day and the next day cease to have that relationship, because it is founded in something that is external to the person: services rendered. On the other hand, familiar relationships do not admit ex-relatives. Since the basis of the familiar relationship is something that is constitutive of the identity of the person, to stop being a relative, the person would have to stop being who he or she is.

2.2.2. Systemic Character

Relationships are called familiar „for the precise fact that they are only completely understood inside a concrete system of kinship”,¹² that is to say, familiar relationships are not reduced to the bond that exists between two persons but also refer to other relationships which complement this bond, forming a system. This characteristic of familiar relationships has been expressed in diverse cultures in the systems of kinship.¹³

of my brother. A little while later, my wife gave birth to a son that as the brother of my mother was the brother-in-law of my father and the uncle of his son. My wife was the mother-in-law of her own daughter. I, on the other hand, was the father of my mother, and my father and his wife are my children. My parents are my siblings, my wife is my grandmother because she is the mother of my father, and I am my own grandfather. As you can see Mr. Judge, I say farewell to this world because I do not know who I am.”

¹¹ Cf. D'AGOSTINO op. cit. 71. Familiar relationships, which exist at the most intimate level of a person's being and constitute a dimension of his 'I', are unmistakable, because the 'identity' received (and accepted) refers exclusively to the person with whom one has that family bond (conjugal, fraternal, etc.), as well as exclusive, because one who is your father cannot be your brother, and a husband cannot be the son of his wife.

¹² FRANCESCHI – CARRERAS op. cit. 112.

¹³ It is important to clarify that it is not the culture which creates the system of kinship, but the culture expresses the personal development of a fact that has its foundation in human nature. For this reason, the study of the systems of kinship in different cultures is important for a better understanding of family relationships. However, no culture exhausts all of the richness of human nature, and many even contradict the dignity of the person in some aspects. The cultural manifestation of family

For a better understanding of this characteristic, it is necessary to refer to two defining factors of the systemic character. The first one is the complementarity of the familiar relationships, that each familiar relationship is only understood with respect to other familiar relationships. To be able to speak of fraternity, it is necessary to understand filiation. It is only possible to say that two persons are siblings if both are the children of the same parents. In the same way, filiation is complementary to the conjugal relationship. This latter can only be such when it is open to parenthood. In other words, a man and a woman who want to live together while excluding procreation in their union are not forming the conjugal community. They only appear to form a conjugal community.

The second characteristic is interdependence. The beginning of a new familiar relationship affects every member of the family unit, generating new identities in all of these members. In this way, the birth of a second child creates a fraternal identity in both children; with the passage of time, the marriage of one of them will generate new familiar relationships with the new spouse and the parents and siblings (father-in-law, brother-in-law). When the first child of the newlyweds is born, they become parents, the parents of the spouse become grandparents, the brothers become uncles and so on.

The systemic character emphasises the unique nature of the familiar relationships with respect to other interpersonal relationships. Friendship is not systemic. The friendship of the child does not generate new identities inside the family or with other friends. It is possible to say that a work relationship has a systemic character, because when one begins to work in a company that person becomes a colleague of the others. Being a colleague means being in relationship with the hierarchy of the company; but the manager is not a colleague of the doorman. However, the systemic character of these relationships is based upon the work and not in the persons, that is to say, the identity of the person is not grounded in this relationship. If the doorman is promoted to manager, he can become a colleague of the other managers, and he can even become a major stockholder or be part of the executive committee without creating a change in his former colleagues or generating new relationships between them.

3. Family as the building block of society

Once the familiar relationship has been defined and its dimensions and characteristics explained, it is possible to define the family as the community of persons, joined by bonds of kinship, founded in marriage between a man and a woman. In regard to the dictionary's definition, we have modified two aspects. The first one is the absence of a reference to their living together; since the familiar relationship is intrapersonal, it is not reduced to the fact of co-habitation. Emancipated children continue being

relationships can always be lived in ways that more completely correspond to human nature. At the same time, the diversity of cultures manifests the richness of human nature.

children of their parents, and they maintain duties and rights towards them. The second is the emphasis upon the fact that the foundation of family is marriage. The conjugal relationship is the origin of the other familiar relationships. Generation and bonds of blood always refer to two persons, one man and one woman. The family has to be understood as a system that articulates relationships of conjugality and filiation.

Once the family has been defined, it is still necessary to examine the social interest that pushes towards making a law concerning families. In a variety of forums, interest groups call for the juridical recognition of family relationships, emphasising the importance of the family for society. Still, many of these positions fail to explain *why* the family is important for society. There is a danger of defining and giving a value to family in accordance with the functions that they perform and that are assigned by society.¹⁴ In the past families used to guarantee the public order and they were the source of economic resources and of work. Today many of the public functions previously performed by the family are taken care of by the State. It is for this reason that there is a tendency to relegate the family to the private sphere; it has been forgotten that the diverse functions that the family has performed or performs now „are only consequences of its essence and the effects should not be confused with the causes.”¹⁵ The family is greatly versatile, capable of adapting and changing, because its goal is not the development of a concrete function, but the integral development of the persons who compose it.

Family is the fundamental building block of society not only because of its social functions, but principally because of the proper nature of its bonds. The family is the first place of humanisation, the environment where a person learns to coexist. It is truly the first human society, not only chronologically but also ontologically. Familiar coexistence allows the person to discover bonds of union with other persons who are different and to recognise them as a distinct ‘I’ but not as an ‘I’ that is completely diverse, opposed to one’s own ‘I’. Rather, this other ‘I’ in a certain sense belongs to one’s own identity. D’Agostino says that the family is the constitutive cell of civil society „in a pedagogical, existential sense, thanks to which the consciousness of this bond inside the family grows and matures for every single individual, into a consciousness of a more universal familiar relationship (in synthesis a relationship of fraternity) that joins one to any other human being.”¹⁶ This consciousness of connection with others –he concludes–is not the fruit of political agreements or of

¹⁴ The current tendency is to consider the familiar reality ‘from outside’, from the point of view of the realisation required of the realization of its social functions, such as can be seen in the documents of international organizations. They summarize these functions as: production, reproduction and socialization. See, for example: U.N. GENERAL ASSEMBLY (2002). Preparations for the tenth anniversary of the International Year of the Family in 2004. Report of the Secretary-General (17th July, 2002), Resolution A/57/139, n. 13.

¹⁵ FRANCISCO ALTAREJOS: Cambios y expectativas en la familia,. In: AURORA BERNAL (et al.): *Family as Primary Educator. A Sociological Study*. New York, Scepter, 2008. 28.

¹⁶ D’AGOSTINO op. cit. 15–16.

social economic equilibria but the consequence of natural modalities of coexistence, proper to familiar relationships.

In other words, the family elaborates the fundamental elements of the symbolic identity of the individual as a human being.¹⁷ This is what will allow the individual to become an active subject in society.¹⁸ For this reason from a social perspective, the family cannot be substituted by any institution even when it is complemented by these institutions. Other institutions complement the family, offering the necessary resources to supply for the needs of its members. Nevertheless, they cannot substitute it, because they cannot elaborate the lines of identity of the person. In the eyes of the State, all the members are equal and all belong to society, because they are human beings. In the family, all of its members are different; they are recognised as familiar, because they are distinct (in the conjugal relationship by the sexual differentiation and in the parental-filial relationship by the fact of being generated). Herein lies the super-functional character of the family that constitutes it as the vital cell of society.

All other relationships (friendship, work, business, associations, etc.) which citizens can assume in society do not have the intrapersonal character that distinguishes familiar relationships. In these relationships, persons are bound by a good which is external to them. Friendships are determined by preference and fondness and/or life projects in common; work relationships are determined by work, economic relations by the exchanges of goods, and associations by the predetermined common good. When the good that is the basis of these relationships is lacking they lose their reason for existence. In the family, the good that is in the basis of the relationship is the other person, the one who identifies me as father, son, husband, brother etc. These are the only ones capable of creating such a profound bond among persons.

The family is not found in the execution of pre-established functions, but in the natural *modalities* of coexistence that are proper to the family and, because of their *communal* character, that satisfies the concrete necessities of each one of its members. It is for this reason that the family has a super-functional character that can hardly be substituted. Donati expresses this character with the concept of

¹⁷ For example, in the familiar relationship the person learns to integrate natural elements (such as biopsychic determinations which are generally instinctive or reflexive) and cultural elements (which are understood to be imitative, learned, and reflexive). „It is in the family where the child learns adequate cultural expressions for instincts, feelings, and passions. The same can be affirmed of adults in the sense that the adult finds in the familiar relationship that bond-resource that allows him or her to convert the most spontaneous elements into expressive forms regulated by norms and by the model of civilized interaction.” The family also provides for the acquisition of „the criterion that makes it possible to differentiate the private manner of existence from the public manner. This criterion is essential for the formation of personality, for the acquisition of a primary meaning of one’s identity and learning to relate with others.” Parents, teaching the distinction between familiar and non-familiar relationships, implicitly teach the distinction between private and public which is as fundamental for the formation of the child as for the adult. Pierpaolo DONATI: *Manuale di sociologia della famiglia*. Roma-Bari, Laterza, 1998. 39.

¹⁸ The familiar relationship, as a constitutive dimension of the “I”, locates the person in society and makes the person to be someone, in virtue of the received identity. Cf. FRANCESCHI – CARRERAS op. cit. 100–101.

‘morphogenesis’, that is to say that the family, during its life, changes its functions according to the needs of its components. The good of the spouses and the good of the children are realised differently throughout the years. A family of newlyweds is different from one with teenage children or another with adult children, or one with a sick child, etc. The functions that the family will develop cannot be established *a priori*, because the adequate attention to each one of its members will require that they be attended in different ways.¹⁹

Nevertheless, we have to avoid a certain determinism that presupposes that a well-constituted family will necessarily offer benefits for society. As we previously saw, the existence of natural or biological bonds between persons is not enough to allow them to help each other; it is further necessary that the persons live in a positive way the *raison d’être* of those bonds. It is not enough to be a father: it is also necessary to be a good father. Keeping in mind this dual dimension –nature and freedom– of the familiar relationships, we can better understand the trends obtained in different investigations that affirm that well-constituted families have a greater statistical possibility of guaranteeing a good education to their children, providing a source of greater economic growth and promoting a greater social cohesion, etc.²⁰ When these greater possibilities are stated, there is an accompanying recognition or acceptance that there are well-constituted families that are not able to guarantee a good education for their children, that live in poverty, and are socially conflicted (delinquency and drug addiction, among other things) as well as positive cases of unstructured families (although in a smaller number) who procure a good education, generate wealth and are socially responsible.

On one hand, it is necessary to affirm that the simple biological fact of generation and the commitment between a man and a woman to marriage do not guarantee the accomplishment of the goods of marriage and family. It is necessary that the persons involved live according to the proper demands of justice imbedded within relationships. Because of their freedom, they have the possibility of doing so either well or badly; on the other hand, the value that the natural bonds have for the person should not be underestimated. The value of these bonds is the factor that increases the possibilities of a good functioning of the family. The education of children cannot simply be reduced to transmitting knowledge; it also involves the transmission of a

¹⁹ On ‘Morphogenesis’ see DONATI (1998) Part III; IDEM: *La famiglia come relazione sociale*. Milano, Angeli, 1989.

²⁰ For different studies demonstrating how the family founded in a stable matrimony contributes to the common good to society, see WITHERSPOON INSTITUTE: *Marriage and the Public Good: Ten Principles*. New Jersey, Princeton, 2006. 15—27. (contains abundant references to studies); on the good education of children Elizabeth MARQUARDT: *Family Structure and Children’s Educational Outcomes*. New York, Institute for American Values, 2005. oOn economic growth W. BRADFORD WILCOX – Carlos CAVALLÉ: *The sustainable demographic dividend. What do Marriage & Fertility have to do with the economy?* International Report from the Social Trends Institute., 2012. (Study conducted in Argentina, Australia, Canada, Chile, China, Colombia, Egypt, France, Germany, India, Indonesia, Italy, Japan, Kenya, Malaysia, Mexico, Nigeria, New Zealand, Peru, Philippines, Poland, South Africa, South Korea, Spain, Switzerland, Taiwan, United Kingdom, United States).

personal way of living which permits the children to establish authentic personal relationships. It is easier for one who has made an effort to live the demands of love and justice proper to the intrapersonal relationship that modifies his identity, creating ties of solidarity, extends this mode of behaviour to the surrounding persons. On the other hand, one who has not received what is proper in his or her most intimate interpersonal relationships or has rejected these natural bonds of coexistence will have a greater difficulty in creating lasting bonds of solidarity with other persons.

In regards to the social value of the family, the common good requires that family law creates the conditions so that the family can live according to the requirements of justice and also grow into a more perfect communion.

4. Conclusion

The lawmaker has to ask himself what is in the interest of society when he is creating a special law for the family.

The way that the natural bonds and their proper demands are understood is important because, despite the fact that there is affectivity involved, these are not merely relationships of affection. It is not enough that two persons like each other for them to form a familiar relationship. Neither is it sufficient to define these relationships as affective with a contractual or an associative nature. Well then, why is it in the interest of society to make a particular kind of law for these kinds of contractual or associative relationships? The justification cannot be affectivity, because this belongs to the private sphere and not the public. It is not the responsibility of the State to discern if two persons who want to live together like each other. Neither can the State determine if there is no longer love and even less can it oblige someone to love.

A social interest for the family is something that cannot be denied, and for this reason an adequate legislation is required. Family law has to keep in mind, on the one hand, the nature of the familiar relationship, to be able to distinguish whatever is proper to this bond and the cause of the distinction between familiar relationships and other interpersonal relationships; in this way, it is able to determine the demands of justice that arise from these relationships. On the other hand, family law has to promote and foster those positive behaviours that help to maintain and to improve communion between related persons; as well as to provide a mechanism discouraging those situations which work against familiar unity: the failure of matrimony, children born out of wedlock, heterologous artificial fertilization, etc. The resolution of such conflicts demands a constant recognition of the systemic character of familiar relationships. Looking for solutions which satisfy the two persons in conflict is not enough; all the other relationships which are involved must also be taken into account. It is also not possible to make conflictive relationships the norm. An increase in the number of children born out of wedlock does not make such behaviour fair nor can it be considered a foundation of society as such. Society has the need to increase the number of individuals, each person growing and developing their social ability in the best possible way. This is only possible in the measure in which each person can live in the most positive way the whole spectrum of familiar relationships that configure his or her identity, which is the root of justice and charity, the pillars of

an even greater social cohesion. We trust that the proposed definition of familiar relationships can be used as support for an adequate family law that knows how to empower the family, as the community of persons joined by bonds of blood and founded in marriage, as the fundamental building block of society.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONCEPTO JURÍDICO DE MATRIMONIO

Susanna MOSQUERA MONELOS
Universidad de Piura

1. Presentación

A comienzos de los años 90 la fiebre por regular las uniones libres de parejas de igual o distinto sexo, llegó a los países nórdicos, ignorando la posición contraria que había adoptado el Parlamento Europeo¹. En 1994 el número de noticias sobre uniones de hecho, y especialmente sobre la regulación de las uniones de hecho homosexuales iba en aumento, siendo Holanda el país que acaparaba mayor atención en los medios y en la doctrina². Más tarde, en el 2002, cuando ya muchos países europeos reconocían el derecho a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el interés mediático se volcó hacia el ordenamiento canadiense. Se producía en este caso una interesante convivencia entre un sistema de base legislativa con un sistema de *common law*, como se pudo apreciar con ocasión del ultimátum que Notario y Québec (y luego otras provincias) plantearon al Tribunal Federal en 2002: el gobierno federal tenía 24 meses para adaptar la legislación y convertir el matrimonio en la unión de dos personas con independencia del sexo y lo hizo. Canadá promulgó su *Civil Marriage Act* el 20 de julio de 2005 reconociendo en ella el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo³.

En ese mismo año otros países aprobaron diferentes tipos de reconocimiento de este tipo de uniones: la *Civil Partnership* del Reino Unido, la ley de Cohabitación registrada suiza, la *Marriage Act* canadiense y por supuesto, la Ley 13/2005 que modifica el Código civil español en materia de derecho a contraer matrimonio⁴. Se

¹ Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de febrero de 1994.

² Vede P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Ed. Comares, Granada, 2001. 190.

³ Cf. S. LAROCQUE: *Mariage gai: es coulises d'une révolution sociale*. Flammarion, Montréal, 2005.

⁴ En el momento de presentación de este artículo, diciembre de 2011, el recurso de constitucionalidad

trata de una figura jurídica que ha ido ganando espacio en distintos ordenamientos jurídicos, diez a la fecha⁵, pero que sigue planteando no pocos cuestionamientos y problemas, incluso en aquellos lugares en los que ya ha sido reconocida⁶. Por lo que en mi opinión sigue resultado pertinente plantear como debate teórico la fundamentación y contenido esencial del concepto jurídico de matrimonio, para saber si es posible trasladarlo a realidades socio-jurídicas distintas de aquellas para las que fue creado sin que con ello pierda su esencia y naturaleza.

Para hacerlo hemos de tomar un punto de partida, el concepto de matrimonio que nace de la confluencia de las tradiciones romana-canónica y germánica, modelo que se exportó a América y que ha dominado la cultura jurídica occidental. En segundo lugar analizaremos las alteraciones que ha experimentado ese concepto por causa de los cambios sociales que han condicionado la evolución jurídica del matrimonio. Llegaremos así a responder a la pregunta esencial que aquí se plantea: ¿Es posible seguir llamando matrimonio al matrimonio?⁷

2. Punto de partida: elementos esenciales del concepto clásico de matrimonio

Se imaginan ustedes ¿si hoy en día un romano del s. I traspasando las barreras del tiempo se plantase en nuestra era?, es posible que el único tema sobre el que pudiésemos tener una conversación lógica y coherente para ambos fuera sobre derecho. Y es que herencia del Derecho romano es inmensa, las instituciones jurídicas que manejamos han sido en gran parte creadas por Roma, la terminología jurídica sigue siendo indudablemente romana⁸. Especialmente si le hablamos de matrimonio es posible que ese romano del siglo I nos entienda mejor a nosotros. Desde ese siglo I d.C. hasta el siglo III d.C. el derecho matrimonial romano, en contacto con la nueva fe cristiana que surgió dentro del Imperio, experimentó un cambio drástico. Por ese motivo trasladar 2000 años en el tiempo a ese romano del siglo I puede no ser tan grave como trasladarlo a penas 200 años en su mismo mundo.

En sus primeros tiempos el Cristianismo no tiene una teoría propia sobre el matrimonio⁹. Se preocupaba únicamente de los aspectos religiosos, cuestiones de fe en especial en el matrimonio entre un cristiano y un infiel, y aceptaba la regulación

presentado contra esta norma por el Partido Popular sigue pendiente de resolución del Tribunal Constitucional.

⁵ Argentina, Bélgica, Canadá, España, Holanda, Islandia, Noruega, Portugal, Sudáfrica, y Suecia.

⁶ Cf. N. PÉREZ CÁNOVAS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Ed. Comares, 1996. 101.

⁷ Sobre este tema véase S. GIRGIS – R. GEORGE – T. RYAN: What is Marriage? *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34., No. 1. Winter, 2010. 245--287.

⁸ J. GAUDEMET: *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*. Les Editions du Cerf, Paris, 1987. Traducción al Spagnolo di M. BARBERÁN – F. TRAPERO: *El matrimonio en Occidente*. Ed. Taurus Humanidades, 1993, 33. Anche, *The family in ancient Rome*. Ed. by B. RAWSON Routledge, London. 1992; e O. ROBLEDA: *El matrimonio en derecho romano*. Libreria Editrice Università Gregoriana, Roma, 1970.

⁹ Sul punto vede, GAUDEMET op.cit. 63.

jurídica romana del matrimonio. Será más adelante, cuando los emperadores romanos adopten el cristianismo como fe del Imperio, que el concepto romano clásico de matrimonio, ese hecho social productor de efectos jurídicos, abra paso a la concepción romano-canónica de matrimonio que recoge la definición del jurista Modestino y la extiende por toda Europa: “el matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una comunidad para toda la vida, la puesta en común de lo que atañe al derecho humano y al derecho divino”.

Del Derecho romano recibimos los elementos del consentimiento para formar una comunidad de vida que se mantiene unida en muestra del afecto o amor mutuo, entre un hombre y una mujer en unión monógama. Unión que gracias a la influencia cristiana alcanza a todos los hombres y mujeres independientemente de su condición social, que se vuelve indisoluble por efecto del Derecho divino¹⁰. Y que recibe del derecho germánico su configuración como contrato, la entrega física se considera el elemento que perfecciona ese contrato¹¹. Con todos estos elementos y algunos otros que por obra de los canonistas clásicos se fueron incorporando al concepto cristiano de matrimonio llegamos al siglo XVI y Trento se encarga de aportar la forma, el rito formal que confiere validez a esa unión¹².

La estructura jurídica de la institución “matrimonio” que surge de ese proceso de evolución de 16 siglos es el que más adelante adoptarán los códigos civiles del siglo XIX sustituyendo la intervención de un ministro de la Iglesia por un funcionario civil. En esa concepción del matrimonio encontramos los siguientes elementos: identidad entre matrimonio y familia¹³, heterosexualidad –indispensable para la procreación y

¹⁰ Cf. A. BERNÁRDEZ CANTÓN: *Compendio de derecho matrimonial canónico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1994. 42.

¹¹ GAUDEMET op. cit. 117. “Algunos historiadores han considerado que la consumación de la unión era una condición del matrimonio. [...] Ciertamente es que la consumación fue más importante en las tradiciones germánicas que en las romanas. Pero ello no autoriza a afirmar que fuera exigida para la realización plena del matrimonio. En cualquier caso, es de destacar que las tradiciones germánicas prestaban gran atención a la *copula carnalis*. Es posible que ello ejerciera cierta influencia en determinadas soluciones del derecho canónico”. Anche, L. ROJAS DONAT: Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI–XI. – *Teoría*, Vol. 14. (1). 2005. 47–57.

¹² Cf. PAZ J. A. SOUTO: *Derecho matrimonial*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002. 44. Anche M. LÓPEZ ALARCÓN – R. NAVARRO-VALLS: *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001. 23.

¹³ “[...] uno de los rasgos casi universales del matrimonio es que no se origina en los individuos, sino en los grupos interesados (familias, linajes, clanes, etc.), y que, además, une a los grupos antes y por encima de los individuos. [...] Pero aquí nos hallamos, ante todo, frente a una extraña paradoja [...] y es que, si bien el matrimonio origina la familia, es la familia, o más bien las familias, las que generan matrimonios como el dispositivo legal más importante que poseen para establecer alianzas entre ellas”. Cit. C LÉVI-STRAUSS.: *The Family*. In: H. SHAPIRO (ed.): *Man, Culture and Society*. Traduzione allo Spagnolo di J. R. LLOBERA: *La familia*. In: *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Cuadernos ANAGRAMA. 1987. 22. E sul stesso punto, R. KÖNIG : *Die Familie der Gegenwart. Ein interkultureller Vergleich*. Traduzione allo Spagnolo di ALMARAZ, J.: *La familia en nuestro tiempo. Una comparación intercultural*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994. 53.

la perpetuación de la familia¹⁴, unión monógama y estable, que se vuelve indisoluble cuando ha sido consumado, que se establece con el intercambio del consentimiento libre entre los contrayentes expresado ante un testigo cualificado, y que utiliza forma y ritos para dejar constancia de su existencia ante terceros. En nuestra opinión, y la de otros autorizados autores, cuando estos elementos varían de forma radical, o desaparecen, se altera el concepto de matrimonio¹⁵.

3. Cambios sociales que modifican la noción tradicional de matrimonio y familia

Históricamente era impensable la separación entre matrimonio y familia, sin embargo la situación actual nos dice lo contrario¹⁶. Los países nórdicos han sido los primeros en regular las uniones de hecho, de igual o de distinto sexo, porque han sido los primeros en experimentar ese cambio social que altera el concepto clásico de familia. Por cuestiones de tiempo y de materia no es posible analizar las razones de ese cambio, pero es fácil constatarlo¹⁷. La desaparición del modelo tradicional de

¹⁴ Sul punto della valutazione eclesiale vede, C. PEÑA GARCÍA: *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004. 217–225.

¹⁵ “[...] la transformación de las relaciones familiares en simples relaciones socioasistenciales o sexuales. En este proceso de mimetización respecto al matrimonio, se olvida que tanto la naturaleza como el Derecho tienen sus propias reglas de juego. La ficción de que una pareja homosexual constituye un matrimonio es tan contradictorio como pretender que forman un *holding*, un *leasing* o una fundación. Son instituciones jurídicas que se mueven en otra órbita”. R. NAVARRO-VALLS: *Matrimonio y Derecho*. Tecnos, Madrid, 1995. 105.

¹⁶ “Gli studi di etnologia e di antropologia culturale garantiscono, con opinione pressoché unanime, che nelle società antiche la famiglia si presenta come la primordiale forma di aggregazione umana. Si osserva il dato universalmente rilevabile della sua formazione spontanea: l’aggregazione familiare nasce per i fatti naturali dell’accoppiamento e della generazione e si costruisce sui robusti vincoli, anch’essi del tutto spontanei e naturali, che da tali fatti scaturiscono. L’individuo manifesta nella famiglia il primo impulso a socializzare, trovando in essa la sua protezione ed il luogo privilegiato del fiorire e dell’espandersi dei suoi primigeni affetti, tanto che la famiglia fin dall’inizio appare come particolarmente vocata a soddisfare i bisogni più essenziali dell’essere umano”. G. LO CASTRO: *Matrimonio, Diritto e Giustizia*. Giuffrè Editore, Milano, 2003. 3–4.

¹⁷ “La decadencia de la familia en los tiempos más recientes debe atribuirse indudablemente, en lo principal, a la revolución en la industria; pero había ya comenzado antes, y sus comienzos se inspiraron en la teoría individualista. Los jóvenes recabaron el derecho de casarse según su voluntad y no por obediencia al mandato de sus padres. Se perdió la costumbre de que los hijos casados viviesen en la casa paterna. Se fue introduciendo el uso de que los hijos, en cuanto concluía su educación, dejasen la casa para ganarse la vida. Mientras los niños pequeños podían trabajar en las fábricas, eran un medio de vida para los padres, hasta que morían de exceso de trabajo; pero las leyes sociales acabaron con esa forma de explotación, a pesar de las protestas de quienes vivían de ella. De ser un medio de vivir, los hijos se convirtieron en una carga. En tal situación se difundieron los anticonceptivos, y la natalidad comenzó a descender”. B. RUSSELL: *Marriage and Morals*. Traducción al español de M. AZAÑA: *Matrimonio y moral*. Ediciones Cátedra, Madrid, 2001. 125. Da un’altra prospettiva, JIMÉNEZ I. CARRASCO – A. M. GONZÁLEZ RAMOS: Las uniones de hecho según la doctrina de la Iglesia católica. In: C.V. ZAMBRANO (ed.): *Pluralismo religioso y libertad de conciencia. Configuraciones jurídicas y políticas en la contemporaneidad*. Universidad nacional de Colombia, 2003. 127–135.

familia tuvo una repercusión directa no sólo en la regulación del matrimonio, sino también en otros campos: la falta de una estructura familiar que sirviera de apoyo a los servicios sociales obligó al Estado del Bienestar a utilizar a las redes asistenciales no gubernamentales. Significativamente en los años 80 el mayor número de ONG que actúan en Europa y en el Tercer Mundo proviene de los países nórdicos¹⁸.

La familia extensa que había sido tradicional se ve reducida a un núcleo mínimo. Surgen nuevas formas de familia, que no precisan del matrimonio como elemento constitutivo. Consecuencia inicial de esa fisura que identificaba matrimonio y familia es la necesidad de regular jurídicamente las situaciones matrimoniales de hecho. Tenemos aquí el origen de las leyes sobre uniones civiles, convivencia, cohabitación, pacto de solidaridad o cualquier otra terminología de las utilizadas hasta la fecha, para hacer referencia a las uniones que no desean la cobertura jurídica del concepto tradicional de matrimonio¹⁹. Se incrementa así la importancia de la unión libremente elegida, el afecto como soporte del vínculo. Afecto que nace entre dos personas independientemente de su orientación sexual. De esa situación derivamos otra consecuencia: la importancia dada a la *affectio maritales* omite el elemento de la heterosexualidad, es más, lo elimina conscientemente. La familia ya no nace del matrimonio, el matrimonio ya no precisa de una estructura jurídica que lo regule, el amor desplaza a la procreación como finalidad del vínculo y así se omite la heterosexualidad como elemento que configura la institución matrimonial²⁰. Las nuevas formas de reproducción y la adopción hacen prescindible el requisito de la heterosexualidad para la procreación y la pervivencia de la familia como núcleo de la sociedad²¹.

Paralelamente a la regulación jurídica de la unión de hecho surge la cuestión del divorcio. Las nuevas uniones siguen siendo monógamas, aunque la nota de estabilidad y permanencia es cada vez más difusa. Los países nórdicos, de tradición protestante conocen esta institución desde antiguo pero ahora flexibilizan aún más su aplicación, los países del sur de Europa por su tradición católica no regularon el divorcio hasta fechas más recientes²². De modo que la concepción tradicional del matrimonio ha perdido ya varios de los elementos que la configuraban: su vinculación al concepto de familia, la heterosexualidad, la estabilidad. Nos queda el consentimiento y la forma. ¿Es esto suficiente?

¹⁸ A. WOODS: *Facts about NGOs active in international development*. Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2000; anche, A. EVERS – J. L. LAVILLE (eds.): *The Third Sector in Europe*. Edward Elgar Publishing, Northampton Mass, 2004.

¹⁹ Cf. A. WÓJCIK: La unión de hecho y el matrimonio. Diferencia antropológico-jurídica. *Ius Canonicum*, XLII, n° 83, 2002. 219–280.

²⁰ Sul punto, J. BOSWELL: *Same-sex unions in premodern Europe*. Traduzione allo Spagnolo di, M. A. GALMARINI: *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*. Muchnik editores, Barcelona, 1996.

²¹ Cf. NAVARRO-VALLS op. cit. 115.

²² Cf. B. DUTOIT (et. al.): *Le divorce en droit comparé*. Vol. I. Europe. Droz, Genève, 2000.

Llegados a este punto es oportuno dejar constancia que no todas las regulaciones sobre uniones de hecho son coincidentes. Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia, Islandia y Suiza han regulado la cohabitación registrada, otorgándole derechos similares o incluso iguales a los del matrimonio pero sin concluir que se trate de la misma institución jurídica. Francia ha regulado el pacto civil de solidaridad, Alemania la unión vital, Portugal el contrato de pareja, Hungría por su parte utiliza el término clásico, concubinato y en el Reino Unido hablan de unión civil²³. Esta maraña terminológica no es debida únicamente la confusión de traducciones o interpretaciones sobre el término matrimonio. Holanda, que debe llevar algún mérito por haber sido la primera que reconoció el matrimonio homosexual en 2001, lo hizo después de pasar por dos conceptos previos, el de contrato de vida en común en 1993 y el de contrato de convivencia registrada en 1998²⁴. El concepto de matrimonio se amplía para hacerlo extensivo a las parejas del mismo sexo, 2003 será Bélgica en 2005 Canadá y España, Sudáfrica en 2006, Noruega y Suecia en 2009, y ya en 2010 Portugal, Islandia y Argentina. Esta opción jurídica, que consistió en equiparar matrimonio entre personas de igual o de distinto sexo, contrasta con la línea marcada inicialmente por los países nórdicos que habían optado por regular las uniones entre personas de igual sexo fuera del concepto de matrimonio, pero es coherente con la Resolución emitida por el Parlamento Europeo en febrero de 1994 en la cual instaba a los países miembro a poner fin a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de igual sexo.

España ha seguido fielmente esta recomendación y el pasado mes de julio aprobó la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio²⁵. Y señala también que “la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico”²⁶.

En efecto la exposición de motivos de la ley española es clara, la convivencia entre personas del mismo sexo ha superado los prejuicios sociales y es admitida sin dificultades. El legislador español infraconstitucional lo había hecho al extender a las parejas extramatrimoniales iguales derechos (sucesorios, régimen seguridad social, pensiones de viudedad, indemnizaciones por muerte), que a las matrimoniales, sin

²³ Cf. CAMARERO V. SUÁREZ: Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado. *Tirant monografías*. Valencia, 2005. 155.

²⁴ Cf. A. HEIDA: *Gids geregistreerd partnerschap*. Kluwer, Deventer, 2000. 33. Anche, K. BOELE-WOELKI – A. FUCHS: *Legal recognition of same-sex couples in Europe*. Intersentia, Antwerp, 2003. 24.

²⁵ Para mayor detalle sobre esta norma véase. J. R. POLO SABAU: *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*. Civitas, Madrid, 2006. 29.

²⁶ Preámbulo de la Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005.

distinguir entre parejas de extramatrimoniales de igual o de diferente sexo siempre que cumplieren el requisito de la efectiva convivencia²⁷.

Llegados a este punto, debemos regresar al listado de elementos que identificaban el concepto de matrimonio, de los cuales solamente nos queda el consentimiento y la forma. El primero de ellos, el consentimiento, es el elemento más puramente romano que determinaba la constitución de la unión cuando las partes tenían el *ius* necesario. Sería impensable un matrimonio sin consentimiento, la fuerza o la violencia ejercida para obligar a una de las partes a aceptar la unión causaría su anulación. El consentimiento está presente en todo tipo de unión matrimonial, unión civil, pacto de convivencia, cohabitación registrada o matrimonio homosexual, sin consentimiento no tendríamos nada porque sin la voluntad manifestada por las dos personas no habría unión²⁸. Hemos encontrado pues un elemento imprescindible.

Queda por ver si podemos deshacernos de la forma o también se trata de un elemento indispensable. Decir en primer lugar, que la forma no siempre ha existido, aunque algún tipo de formalismo se ha impuesto normalmente para dejar constancia del intercambio de consentimiento entre los contrayentes²⁹. No obstante esa forma se manifestaba en la ceremonia o rito matrimonial, usualmente religioso, y podía ser tan compleja o sencilla como lo estableciese la costumbre o tradición del lugar. Pero la forma podía existir o no, dado que no se la consideraba un elemento indispensable en la concepción romana del matrimonio. Y para el derecho canónico, la forma es una aportación del siglo XVI, no de los primeros tiempos. En el Concilio de Trento se impone la forma y se prohíben los matrimonios clandestinos. La forma tiene un significado fundamentalmente testimonial, ritual si se quiere, deja constancia de la existencia del nuevo vínculo entre los dos contrayentes. Pero su importancia es fundamentalmente religiosa³⁰.

La forma está relacionada con la prestación del consentimiento ante un testigo cualificado, no por ser dicho testigo una persona especial, sino por su condición de

²⁷ Cf. PÉREZ CÁNOVAS op. cit. 164 –290.

²⁸ “El consentimiento prevale [...] sobre otros elementos o aspectos aparentemente constitutivos del matrimonio y que, sin embargo, no sólo ceden ante la preeminencia del consentimiento, sino que, incluso, se desvanecen y resultan jurídicamente irrelevantes”. SOUTO PAZ op. cit. 164.

²⁹ Sul punto Lo Castro, “Ora il trionfo dell’idea (etica) consensualistica é state nel tempo temperato dall’affermazione sempre più decisa dell’istanza formalistica; e nel senso che la volontà consensuale deve essere esternata (e la libertà matrimoniale deve essere essercitata) in una forma prescritta dall’ordinamento; e nel più sottile senso che, proprio in virtù del rilievo assunto dalla forma, la presenza e la sufficienza del consenso potranno essere labile, cioè nel momento celebrativo delle nozze, essendo del tutto irrilevante che un consenso vi sia stato successivamente, e che le parti abbiano vissuto in una dimensione di vero amore sponsale. Chiunque intende che col dare un tale peso alla forma, col farne un elemento essenziale, un punto di riferimento per la verifica dell’esistenza dell’amore coniugale [...], le possibilità operative del consenso, come autonoma forza genetica del rapporto, restano fortemente limitate”. LO CASTRO op. cit. 62.

³⁰ “El papel creciente de la forma, aun sin ser necesaria para la validez del matrimonio, va a obedecer a distintas razones. El significado espiritual del matrimonio, que tendrá especial relevancia para la doctrina cristiana, [...] La bendición nupcial es el exponente más significativo de esta pretensión de remarcar la espiritualidad y la religiosidad del matrimonio”. SOUTO PAZ op. cit. 205.

ministro de culto. En ese sentido el derecho a contraer matrimonio forma parte del contenido del derecho de libertad religiosa puesto que uno de los ritos propios de toda confesión es el rito matrimonial³¹. Esa concepción formal del matrimonio es recibida en los Códigos civiles del siglo XIX pero ahora el testigo cualificado es un agente estatal que cumple una misión meramente registral, documenta el efectivo intercambio del consentimiento pero no sacraliza la unión. Contra esa función de comprobación o constatación del intercambio de consentimiento que realizan los agentes del Estado, reacciona una parte de la sociedad y así se extiende la convivencia de hecho, el amor libre que no precisa de regulación alguna y que escapa de ella³². El consentimiento libremente expresado entre las partes unido a la efectiva convivencia es lo que da origen a la unión, pero aquí no hay derecho y no hay matrimonio³³. Sin embargo, incluso en las uniones libres se hace necesario acudir al derecho³⁴. Cabría pensar que a través de pactos privados, a través de una formulación del tipo mercantil de las sociedades podría regularse alguno de los efectos o consecuencias que la convivencia, la unión entre dos personas puede tener para el derecho y de ese modo evitar la incorporación de una institución jurídica matrimonial en el ordenamiento. Una solución similar a la romana en donde el derecho intervenía lo menos posible en la regulación del vínculo y en su disolución. No obstante, sabemos que el derecho decide regular la institución matrimonial, ¿por qué?

4. Matrimonio, derecho y no discriminación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16 dispone que: “Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el derecho”.

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en similares términos esa consideración sobre el matrimonio y además añade una cláusula que garantiza la igualdad de los ambos esposos en cuanto al matrimonio y protege a los hijos en caso de disolución. Cláusula de igualdad entre hombre y mujer

³¹ Y como tal contenido se recoge en todas las leyes que desarrollan el contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

³² Cf. J. GALLEGÓ PÉREZ: Uniones de hecho. Análisis desde los ángulos civil y canónico. In: J. L. SANTOS DÍEZ (ed): *XVIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Sinodos españoles. Confesiones y sectas. Uniones de hecho*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1999. 255–337.

³³ Cf. LO CASTRO op. cit. 198–199.

³⁴ Porque al igual que ocurre con los médicos, los juristas también son patólogos, se los llama sólo cuando hay problemas. Cuando la convivencia entre la pareja es perfecta nadie solicita la intervención del derecho, pero cuando hay hijos, casa, coche, rentas, pensiones, obligaciones, entonces es necesario que el derecho solucione la situación.

en el matrimonio que el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales concreta en la especial protección a las madres durante el tiempo razonable antes y después del parto. Observamos en estos documentos internacionales y en otros muchos que omitimos por razones de tiempo, la repetición de una serie de conceptos, matrimonio y protección de la familia, hijos, derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones para el hombre y la mujer, derecho a la protección de la familia por parte del Estado y libre consentimiento para formalizar el vínculo.

Esta orientación de la institución matrimonial en los documentos internacionales (reflejada también los textos constitucionales internos) tiene como principal objetivo equilibrar la situación de los dos miembros dentro de la pareja y acabar de ese modo con la tradicional discriminación sufrida por la mujer dentro del matrimonio³⁵. La lucha por esa igualdad es la que se manifiesta en la jurisprudencia de los tribunales internacionales e internos a la hora de aplicar el concepto de igualdad por razón de sexo. Sólo en fechas recientes y de modo tangencial encontramos una nueva orientación de ese concepto, la igualdad por razón de sexo comienza a ser entendida en determinados supuestos, como una prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual. El Tribunal de Estrasburgo en una línea jurisprudencia que se inicia en 1999 rechaza la discriminación por razón de sexo en materias como: la denegación de custodia de un hijo al padre por ser homosexual³⁶, o el establecer por norma una edad mínima para mantener relaciones homosexuales más alta que la fijada para las relaciones heterosexuales³⁷. ¿Alcanza ese principio de no discriminación al ámbito de la regulación del derecho al matrimonio?

Los documentos internacionales de Derechos Humanos reconocen que “toda persona”, “todos los seres humanos”, “todos”, “todo”, “nadie” “todo individuo” tiene derecho a la libertad de, pero establecen claramente que “el hombre y la mujer”. ¿Es acaso indiferente que la heterosexualidad aparezca mencionada expresamente en el reconocimiento internacional del derecho a contraer matrimonio? O planteado en otros términos ¿es posible no violentar el contenido el derecho a contraer matrimonio cuando se hace extensivo a personas de igual sexo?

Al comienzo de mi exposición he tratado de aportar el concepto de matrimonio fruto de una concreta evolución que hemos recibido en la cultura occidental. Del mismo derivamos una serie de elementos que con el paso del tiempo y los cambios sociales hemos podido comprobar que en poco o nada mantienen la idea tradicional de matrimonio. Esa conclusión es la que nos llevó a afirmar que un romano del siglo I comprendería bien la situación actual puesto que del matrimonio tradicional apenas queda el consentimiento aunque en su apariencia formal uno crea que todavía se encuentra ante un verdadero matrimonio.

³⁵ Cf. L.M. Díez-PICAZO: *Sistema de Derechos Fundamentales. Cap. VII. El principio de igualdad ante la ley*. Thomson Civitas, Madrid, 2005. 191–213.

³⁶ Stedh, *Salgueiro Mota v. Portugal* de 21 de diciembre de 1999.

³⁷ Stedh *Salgueiro Mota c. Il Portogallo*, 21 di Dicembre 1999; Stedh *B.B. c. Il Regno Unito*, 10 di Febbraio 2004; Stedh *L. e V. c. L’Austria* di 9 Gennaio 2003; Stedh *Karner c. L’Austria* di 24 de Luglio 2003.

De ese modo la palabra matrimonio ha perdido su significado y la diferencia entre uniones de hecho y uniones matrimoniales es tan difusa que apenas podemos verla³⁸. Digo esto pensando concretamente en la regulación española que al tiempo que aprobó la polémica ley del matrimonio homosexual reguló el divorcio automático. De esta segunda norma se ha hablado mucho menos que de la primera sin embargo sus consecuencias para el concepto de matrimonio han sido tanto o más directas. La convivencia efectiva entre dos personas tanto si se ha constituido de hecho o de derecho, determina la existencia de un vínculo y una vez desaparece el consentimiento mutuo necesario para mantener la unión se rompe el vínculo.

¿Estamos o ante un matrimonio a la romana? En ese contexto la única intervención del derecho se produce a modo de testigo que certifica el comienzo de la unión y su finalización. Desaparecida la vinculación entre matrimonio, familia e hijos, ¿qué queda del contenido esencial del derecho al matrimonio? El rito, la forma, la apariencia de unión que existe en el caso del matrimonio y no la hay en la unión de hecho³⁹.

5. Conclusión

Llegados a este punto la conclusión es sencilla. Si el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio se ha visto reducido a la mera apariencia de un rito, de una ceremonia desprovista de ningún valor o significado moral, es entonces perfectamente factible que no se discrimine a ninguna persona por razón del sexo, o por razón de su orientación sexual, y se garantice que puedan acceder a ese “disminuido” derecho a contraer matrimonio. Si el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio sigue teniendo un significado no sólo jurídico formal sino que sigue siendo una institución cargada de valores que mantiene alguna de sus notas tradicionalmente identificadoras es porque el rito, la ceremonia tiene un significado de índole moral, religioso si se quiere. Y en ese contexto el matrimonio como institución deberá mantener su identidad y sus elementos, entre ellos la heterosexualidad. Si eso no es posible en el ordenamiento civil las personas que deseen mantener el sentido último del matrimonio deberán residenciarlo en el contexto religioso, como expresión de su derecho de libertad religiosa.

³⁸ Cf. E.M. MARTÍNEZ GALLEGO (Coord.): *Matrimonio y uniones de hecho*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

³⁹ Estamos ante lo que algunos autores llaman, la modernización del matrimonio. Vid. A. CANDEUB – M. KUYDENDALL: *Modernizing Marriage*, (March 2, 2010). *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 44. No. 4., 2011. *MSU Legal Studies Research Paper*. No. 07–25.

EL DERECHO ESPAÑOL Y LAS NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA. EL CASO DE LA SELECCIÓN EMBRIONARIA¹

Maricruz Díaz de TERÁN VELASCO
Universidad de Navarra

1. Introducción

El nacimiento en 1978 de Louis Brown, el primer ser humano concebido fuera del útero materno, posiblemente sea recordado en el futuro como el comienzo de una nueva era. En cualquier caso, su enorme trascendencia antropológica es indudable, tanto más cuanto que diferentes y renovadas técnicas – agrupadas bajo la denominación ‘fecundación *in vitro*’ – van dinamizando otros procedimientos reproductores que ya gozan de cierta implantación en los países occidentales².

Resulta evidente que nos encontramos en una época de cambio en los modelos procreativos. Desde un punto de vista jurídico, las repercusiones en las relaciones familiares de prácticas como la inseminación artificial con contribución de un donante, la maternidad por sustitución – o maternidad subrogada –, o la selección de embriones *in vitro*, son muchas e importantes. De entre todas ellas, en las páginas que siguen me propongo examinar cómo afronta el ordenamiento jurídico español ésta última a través del llamado diagnóstico preimplantacional (DPI). Esta selección encuentra amparo en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Concretamente, el capítulo tercero – dedicado a la crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida –, contempla la posibilidad de llevar a cabo diagnósticos en el embrión preimplantado, con el fin

¹ Existe una primera versión de este artículo (Hijos a la carta, ¿un derecho?, Instituto Martín de Azpilicueta, 2004), sobre la regulación de la selección embrionaria en la ley española del año 1988. Este artículo recoge la regulación de la selección embrionaria según la nueva normativa, del año 2006.

² Vid. J. Vidal MARTÍNEZ (coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada, Comares, 1998. 53.

de introducir en el útero materno los que, aparentemente, no muestren síntomas de enfermedad. Los criterios adoptados que permiten esta selección se amparan en la *finalidad diagnóstica y terapéutica* de estas intervenciones para prevenir y evitar enfermedades.

Para llevar a cabo este estudio analizaré en primer lugar quién es el sujeto que se somete al DPI. En otras palabras, quién o qué es el *preembrión*, para comprobar si la distinción de esta fase en el desarrollo embrionario está justificada desde un punto de vista científico. Conocer, aunque sea brevemente, cuál es su estatuto biológico nos puede ayudar a juzgar si se corresponde con el estatuto jurídico que la legislación española le dispensa. Del mismo modo, conocer cuál es el estatuto jurídico del embrión *in vitro* puede servirnos para valorar qué respeto le merece a nuestro ordenamiento jurídico la vida humana naciente.

Tras analizar quién es el *paciente* del diagnóstico preimplantacional, me centraré en examinar la regulación que el ordenamiento jurídico español establece para esta práctica. Concretamente me detendré en el estudio de los criterios *terapéuticos* y de *prevención de enfermedades* que lo amparan.

A su vez, la práctica del diagnóstico preimplantacional está estrechamente vinculada a ideales eugenésicos en cuanto que la selección de embriones *in vitro* a través del DPI se justifica amparándose en que los desechados no alcanzan un mínimo de salud exigible. Por esto, me referiré brevemente a la idea que identifica *calidad de vida* con *dignidad de vida* para finalizar con una conclusión.

2. El paciente del diagnóstico preimplantacional

2.1. El estatuto biológico del embrión in vitro

Referirse al embrión humano y a sus distintas etapas de desarrollo exige aludir al comienzo de la vida. Ciertamente es que esto entraña no pocas complicaciones, pero en su aspecto más material podemos decir que se trata de un dinamismo biológico, detectable en cualquier ser vivo desde su origen³. Tal dinamismo se inicia con la fecundación.

La fecundación, más que un momento concreto, consiste en una serie de procesos⁴. Pienso que no es éste el lugar para un meticuloso análisis de la fisiología de la reproducción humana. No obstante, sintetizando algunos puntos esenciales del proceso, éste consiste, en primer lugar, en la *preparación* del aparato reproductivo femenino y de los gametos femenino y masculino. A continuación, se produce el proceso de *fecundación*, que consiste en toda una serie de modificaciones y desplazamientos de los espermatozoides hasta la unión de los dos gametos. Posteriormente, acontece la *concepción*, esto es, la fusión de los dos pronúcleos con la

³ Vid. J. LÓPEZ GUZMÁN: El estatuto biológico del embrión. In: AAVV.: *La Humanidad in vitro*. Granada, Comares, 2002. 179.

⁴ Vid. A. BOMPIANI: *Genetica e medicina prenatale. Aspetti clinici, bioetici e giuridici*. Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1999. 13.

formación de una célula fecundada dotada de un patrimonio genético absolutamente nuevo respecto a aquellos dos gametos que lo han originado. Más tarde, el cigoto se *implanta* en el útero, donde reposa hasta el momento del nacimiento⁵. En resumen, contemplado en el sentido más amplio, el proceso de fecundación se inicia cuando el espermatozoide penetra la corona radiada que rodea al óvulo y termina con la mezcla de los cromosomas maternos y paternos⁶. Por lo tanto, la génesis del nuevo individuo parte del momento en que el espermatozoide (gameto masculino) penetra el ovocito (gameto femenino), ya sea de forma natural o inducida. Desde ese instante comienza una serie ininterrumpida de divisiones celulares, guiadas según un plan bien definido de desarrollo progresivo y de diferenciación de estructuras y de funciones. En palabras de J. Lejeune, en la fecundación „queda definido un nuevo ser humano porque su constitución personal y su constitución humana se encuentran completamente formuladas”⁷. A partir de ese instante comienza el desarrollo continuo de un organismo que únicamente encuentra su fin con la muerte⁸.

No obstante, en ocasiones, algunos textos – jurídicos, en gran medida – incluyen, al referirse a los embriones concebidos *in vitro*, dentro del período embrionario, una fase previa, en la que denominan *preembrión* al fruto de la concepción. Así lo contempla la Ley española 14/2006, en su artículo primero apartado segundo⁹. Esta fase englobaría desde la fecundación hasta el día catorce. Tal hipótesis se intenta apoyar en el argumento de que a partir del día catorce tienen lugar dos hechos decisivos: la implantación (teniendo en cuenta la inviabilidad del embrión no implantado y la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha) y la imposibilidad de división embrionaria.

⁵ Vid. Lombardi M. RICCI: *Fabricare bambini? La questione dell'embrione tra nuova medicina e genetica*. Milano, Vita e Pensiero, 1996. 78.

⁶ Vid. B. M. CARLSON: *Embriología humana y biología del desarrollo*. Madrid, Hartcourt, 2000. 30. En este sentido, J. LEJEUNE pone de manifiesto como „curiosamente, cada lote de cromosomas hace algo; pero cada uno por separado no puede construir una imagen completa, es decir, la forma completa (del individuo). Si se forma un cigoto con dos pronúcleos masculinos (lo que se llama un androgenote), éste produce pequeñas vesículas (quistes dermoides) que se parecen a las membranas y a la placenta que normalmente el niño construye alrededor de él para hacerse una cápsula espaciotemporal de modo que pueda tomar los líquidos vitales de los vasos maternos. Esto es lo que sabe hacer un cigoto que contenga sólo cromosomas masculinos. Si un cigoto contiene sólo cromosomas de origen femenino, fabrica “piezas sueltas”, construye trozos de piel, partes de dientes, pueden hacer una uña pequeña, pero todo en completo desorden, sin articular de ninguna manera, piezas sueltas, solamente, no un individuo. Es lo que se llama mola hidatiforme”. J. LEJEUNE: *¿Qué es el embrión humano?* Madrid, Rialp, 1993. 53–54.

⁷ Ibid. 36.

⁸ Vid. A. SERRA: El embrión humano, ciencia y medicina. En torno a un reciente documento. In: AAVV.: *La vida humana: origen y desarrollo*. Madrid, UPCM, 1989. 42–43. Un estudio del estatuto biológico del embrión humano puede encontrarse en J. LÓPEZ GUZMÁN: El estatuto biológico del embrión. In: AAVV.: *La Humanidad in vitro*. Granada, Comares, 2002. 174–192.

⁹ Artículo 1. 2.Ley 14/2006, 26 de mayo: A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

Sin embargo, el término *preembrión* carece de apoyo unánime en Embriología¹⁰. La evidencia científica nos muestra que en el desarrollo vital de un organismo hay una continuidad genética desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta la muerte del individuo. Es un proceso homogéneo, sin fisuras. Desde el momento en que los gametos se funden se genera un embrión unicelular – el llamado *cigoto* –, que se desarrolla rápidamente según las instrucciones fundamentadas en su genoma¹¹. Con referencia a este punto, afirma G. Herranz que: „Todos hemos sido embriones unicelulares y, por haberlo sido, nos hemos hecho capaces de ser lo que ahora somos [...] Cada ser humano es engendrado bajo la apariencia de una célula. El día que eso ocurre alcanza la más elevada concentración de humanidad por unidad de volumen [...]”¹². La presunción científica es, por tanto, que el embrión, desde los primeros estadios, es un individuo de la especie humana, una persona.

Por consiguiente, las evidencias científicas acerca del desarrollo embrionario nos permiten deducir que la vida humana, se caracteriza por ser un continuo, que comienza con el proceso de fecundación y concluye con la muerte. Así pues, parece claro que la identidad y el desarrollo biológico del ser humano se producen de forma ininterrumpida y progresiva desde que el espermatozoide penetra la corona radiada que rodea al óvulo, al margen de que haya tenido lugar de forma natural o inducida.

2.2 El estatuto jurídico del embrión in vitro

A pesar de lo que nos muestra la ciencia, la legislación española sobre reproducción asistida asume la categoría de *preembrión*, y así, el embrión humano *in vitro* preimplantatorio – que es equiparado en la Ley a un ‘grupo de células’ –, apenas cuenta con protección jurídica, por lo que puede ser manipulado y seleccionado en función de su constitución genética. Sin embargo, tal equiparación y el tratamiento dispensado suponen, en mi opinión, una ruptura respecto a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional español con relación a la protección de la vida humana embrionaria.

En España, la despenalización del delito de aborto en tres supuestos concretos vino acompañada de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Esta circunstancia motivó que el Tribunal Constitucional se plantease si el contenido del artículo 15 de la Constitución Española (que reconoce que „todos tienen derecho a la vida”) afectaba, y en qué medida, a la vida humana antenatal. Siguiendo a V.

¹⁰ Vid. M. Ferrer COLOMER – L. M. Pastor GARCÍA: Antecedentes e historia del término ‘pre-embrión’: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios. In: M. Ferrer COLOMER – L. M. Pastor GARCÍA (eds.): *La bioética en el milenio biotecnológico*, Sociedad Murciana de Bioética. Murcia, 2001. 105–138.

¹¹ Vid. M. López BARAHONA: El estatuto biológico del embrión humano. In: G. M. Tomás GARRIDO (coord.): *Manual de Bioética*. Barcelona, Ariel, 2001. 210–211.

¹² G. HERRANZ: Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado. *Anuario Filosófico*, 1994., 27. 134.

*Bellver*¹³, las claves que a este respecto suministró el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril fueron básicamente tres:

- a) *La vida humana es un devenir que comienza con la gestación.*
- b) *El nasciturus no es sujeto del derecho a la vida, sino un bien jurídico constitucionalmente protegido.*
- c) *La protección al nasciturus posee unos contenidos mínimos.*

Con referencia al primer criterio, la Sentencia precisa que „la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital” (FJ 5.º). Por tanto, el Tribunal Constitucional deja asentado que la vida humana es un camino que comienza con la gestación y finaliza con la muerte; un proceso continuo que „acontece en el sujeto vital que es *el mismo* en todo momento aunque, precisamente por no ser *lo mismo*, su estatus jurídico va variando a lo largo de su vida”¹⁴. En cuanto al valor de la vida humana, destacó en su argumentación jurídica que „la vida humana es un valor superior del ordenamiento jurídico”, y lo relacionó con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 de la Constitución como germen o núcleo de unos derechos „que le son inherentes”. De esta manera, el Tribunal Constitucional afirmó que la dignidad de la persona y el derecho a la vida son respectivamente „el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos [...]”.

No obstante, a pesar de estas afirmaciones, la Sentencia evitó llegar a las conclusiones a las que conducía su propio razonamiento y negó que „los argumentos aducidos por los recurrentes permitan fundamentar que al *nasciturus* le corresponda la titularidad del derecho a la vida” (FJ 7.º). Si bien constató que „en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental”. El problema que aquí se puso de manifiesto con toda su crudeza, como ha señalado acertadamente A. Ollero¹⁵, fue que la Sentencia regateó carácter humano a un ser a quien la Biología se lo reconoce, y asumió la carga de establecer una distinta frontera de humanidad. De esta manera se negó el derecho a vivir a quien ya era, según la propia Sentencia, vida humana.

En cualquier caso, al margen de esta reserva, lo cierto es que la Sentencia reconoce al embrión humano, desde el momento de la gestación, una protección constitucional. De este modo, la Sentencia afirma que tal protección al *nasciturus* tiene unos contenidos mínimos que se traducen en dos obligaciones concretas para el Estado: „la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección

¹³ Vid. V. BELLVER: El estatuto jurídico del embrión. In: AAVV.: *La Humanidad in vitro*. Granada, Comares, 2002. 253 y ss.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Vid. A. OLLERO: *Derecho a la vida y Derecho a la muerte*. Madrid, Rialp, 1994. 32.

efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”. Si bien más adelante afirma que „ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionales reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones” (FJ 7.º).

Por consiguiente, el contenido de la protección constitucional del *nasciturus*, cuya vida ha comenzado con la gestación, consiste en no obstaculizar dicho proceso y en establecer un sistema legal para la defensa de su vida que suponga la protección efectiva de la misma. Según ello, el proceso natural de la gestación deberá respetarse siempre y protegerse mediante una adecuada normativa legal. Sólo en los supuestos en los que entre en conflicto con determinados derechos o bienes de la madre, podrá autorizarse —siempre en la interpretación de la protección de la vida del *nasciturus* que asume el Tribunal— su interrupción, permitiéndose el aborto¹⁶. Estas consideraciones del Tribunal Constitucional no pueden ser contradichas ni por el legislador ni por el mismo Tribunal en sucesivos pronunciamientos.

Entiendo, pues, que el embrión *in vitro* preimplantatorio o *preembrión* es beneficiario de la protección constitucional a la vida humana en los términos que establece la STC 53/1985. Y por ello, asignar al embrión fecundado *in vitro*, antes de ser implantado, la categoría de *preembrión* con el fin de juzgarlo como una entidad susceptible de prestar una utilidad a los demás (de reproducción, investigación o experimentación), que pueda integrarse en el patrimonio de una persona, y sobre la cual sea lícito ejercer un dominio, resulta, en mi opinión, inaceptable, por más que la legislación española sobre reproducción asistida se pronuncie en sentido contrario. De este modo, se intenta convertir en lícito lo que no es sino la utilización de una vida humana en provecho de intereses ajenos.

3. Las intervenciones con finalidad diagnóstica y terapéutica sobre el embrión preimplantatorio en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La legislación española ampara el recurso al DPI mediante su inclusión como una vía para *prevenir y tratar enfermedades de origen genético*¹⁷. No obstante, como voy a intentar poner de relieve, bajo estas expresiones se oculta una realidad mucho más compleja.

¹⁶ Vid. V. BELLVER: El estatuto del embrión y del feto no viables. A propósito de la STC 212/1996 de 19 de diciembre. *Humana Iura*, 1997., 7. 327.

¹⁷ En concreto, la Exposición de Motivos afirma que „El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo”.

3.1. Actividades con finalidad de diagnóstico

El apartado primero del artículo 12 de la Ley 14/2006 admite intervenciones con 'fines diagnósticos' en los embriones vivos *in vitro* en dos casos: 1) para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales; 2) y para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. Tales prácticas han de realizarse en centros debidamente autorizados y debe comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente que informará a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

El científico, a través de estas intervenciones, valora al embrión preimplantatorio para emitir su dictamen, esto es, para exteriorizar su diagnóstico con el propósito de informar sobre alguno de estos fines: 1) si se le detectan enfermedades hereditarias graves „con el objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia”; 2) si es viable o no, es decir, si puede ser *apto* para el proceso de la fecundación.

La Ley autoriza por tanto a que, si el diagnóstico sobre el embrión resulta positivo y no hay posibilidad de tratarlo, no se transfiera a la mujer. De este modo, la Ley española ampara la selección de embriones, desechando los portadores de genes deletéreos o enfermedades hereditarias, para prevenir que el hijo no nazca con anomalías por estos motivos. En definitiva, se está recomendando una selección entre los que deben continuar viviendo y los que no en función de su patrimonio genético hereditario.

La finalidad original del diagnóstico prenatal es asesorar al médico para asistir, ayudando al feto, a tener una vida más saludable. El diagnóstico en Medicina se pone al servicio de la salud y de la vida; se constituye, de esta manera, como „el primer paso indispensable para sucesivas intervenciones del médico a favor del paciente”¹⁸. La finalidad natural del diagnóstico prenatal es la curación o mejora de la calidad de vida del paciente, en este caso, el embrión preimplantatorio. Pero el diagnóstico que propone la Ley española no es semejante a un diagnóstico médico común, no sólo por las técnicas y análisis en que se basa, sino porque tampoco su finalidad coincide con otros diagnósticos ordinarios. La normativa española establece que el DPI se emplee para determinar si el embrión padece enfermedades para autorizar su selección en el caso de estar afecto. En este sentido, la finalidad del diagnóstico que propone consiste en la emisión de un juicio valorativo con el fin de determinar si el embrión se transfiere o no al útero materno. El objetivo inmediato es obtener la mayor información posible para transmitir a la mujer sólo aquellos embriones que demuestren no estar afectados de anomalías genéticas investigadas, lo que, a su vez, implica eliminar o convertir en objeto de experimentación a aquellos en los que el resultado del análisis diagnóstico sea positivo.

¹⁸ D. TETTAMANZI: *Bioetica. Nuove sfide per l'uomo*. Milano, Piemme, 1987. 105.

Sucede entonces que la razón de ser del diagnóstico se corrompe y su finalidad inicial, terapéutica, esto es, con vistas a la mejora de las condiciones de vida del enfermo, pasa a convertirse en finalidad eugenésica. Las intervenciones que el apartado primero del artículo 12 acepta llevar a cabo sobre el preembrión revelan, a mi entender, que tienen un objeto distinto del diagnóstico de enfermedades, puesto que autorizan que no sea transferido al útero materno y, por lo tanto, constituyen una sentencia de muerte para el embrión preimplantatorio. De esta manera, se les da a los padres la oportunidad de tener un supuesto hijo *sano* evitando el nacimiento de niños aparentemente *enfermos* a través de lo que, en definitiva, es un aborto selectivo.

Por otra parte, el apartado segundo del artículo 12 de la Ley 14/2006 introduce una novedad con respecto a la normativa anterior: la autorización de la aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquier otra finalidad diferente de las anteriores o cuando se pretenda practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros. En ambos casos, la aplicación de esas técnicas precisará de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

A los argumentos esgrimidos a la hora de comentar la regulación del apartado primero de este artículo, debo sumar ahora la duda sobre el destino de los embriones que, a pesar de ser viables y sanos, no resulten sin embargo compatibles para el tercero interesado. En cualquier caso, entiendo que deberá ser necesariamente alguno de los concretados en el art. 11.4.º de la Ley¹⁹.

3.2. Actividades con finalidad terapéutica

Por lo que se refiere a las intervenciones con 'fines terapéuticos', recogidas en el artículo 13 de la Ley 14/2006, sólo se autorizan si tienen como finalidad tratar una enfermedad o impedir su transmisión con garantías razonables y contrastadas. Este tipo de intervenciones tendrán que cumplir una serie de requisitos adicionales para ser llevadas a cabo: que cuenten con la aceptación previa de la pareja o de la mujer, si no hay pareja; tendrá que tratarse de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de carácter grave o muy grave, y que el tratamiento ofrezca garantías razonables de mejoría o curación (requisito contenido en la Recomendación 1046 del Consejo de Europa). Se tendrán que realizar en centros sanitarios autorizados y por equipos

¹⁹ Artículo 11.4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

- a. Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b. La donación con fines reproductivos.
- c. La donación con fines de investigación.
- d. El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

Estas intervenciones, además, no deben influir en los caracteres hereditarios no patológicos, ni deben buscar la selección de individuos o de la raza (artículo 13.2 c). No obstante, entiendo que esta previsión es de difícil cumplimiento desde el momento en que es la propia normativa la que autoriza a que no se implanten los embriones que se sospecha poseen genes *enfermos*. Con otras palabras, es la propia legislación la que invita a realizar una selección de individuos según su salud genética.

El artículo finaliza estableciendo la necesidad de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para realizar estas prácticas.

De la lectura de este artículo, en relación con el anterior, se deduce, a mi juicio, que el tratamiento terapéutico en caso de enfermedades incurables – a fin de ‘impedir su transmisión’ – consistirá en no implantar al embrión *anormal*. De este modo podrá asegurarse, como indica la Ley, que el tratamiento ofrezca ‘garantías razonables’ de solución del problema. Evidentemente, una vez eliminado el enfermo, será imposible que transmita una enfermedad.

Dentro de las ‘finalidades terapéuticas’ autorizadas está la selección del sexo, desechando la implantación de aquellos embriones cuyo sexo lleve ligada, presumiblemente, una enfermedad. La puesta en práctica de este propósito supone la selección, entre ellos, de aquél que corresponde al sexo deseado. No obstante, aquí debo hacer una matización: la actual normativa no autoriza la petición de los padres de decidir el sexo del hijo acudiendo a las técnicas de reproducción asistida sin la existencia de un riesgo patológico para la descendencia que lo justifique.

Ya se ha indicado que la finalidad original del diagnóstico es su carácter terapéutico. Es decir, se trata de detectar la enfermedad a través del diagnóstico, en aras a adoptar las medidas oportunas para tratarla. Es importante hacer hincapié en esta cuestión. De hecho, etimológicamente el término ‘terapéutica’ procede del griego, y significa ‘curar’. Por ello, en terminología médica y farmacéutica, la intervención *terapéutica* es la intervención *curativa*. Sin embargo, la Ley 14/2006 sostiene – amparándose en el concepto de ‘intervención terapéutica’ –, un planteamiento radicalmente opuesto. Mediante la expresión ‘impedir la transmisión de una enfermedad’ encubre – y, de este modo, justifica –, la eliminación del embrión que sufre una enfermedad hereditaria o que es portador de la misma. Ello no impide que la Ley regule minuciosamente los requisitos que debe cumplir esta actividad que tiene por objeto al embrión humano preimplantatorio.

Sin embargo, no es cierto que a través de estas medidas se eliminen o disminuyan los riesgos de transmitir enfermedades de origen hereditario o genético. Lo que la Ley 14/2006 recomienda para combatir la enfermedad no es poner los medios para encontrar un remedio eficaz, sino eliminar al enfermo. En último lugar, este planteamiento lleva implícito una propuesta según la cual la manera de acabar con una enfermedad es eliminando a todos aquellos que la padecen, y, para lograr una mayor efectividad de esta medida, se propone que el Derecho la ampare y le dé cobertura. Ésta es la propuesta última que, en mi opinión, subyace en la Ley 14/2006.

Este planteamiento se ve claramente reflejado en la admisión de la selección del sexo del embrión en caso de ser portador de una enfermedad ligada al mismo. Son varias las disposiciones que, aun prohibiendo la selección de embriones en función de sus características, abogan, sin embargo, por ello en los supuestos de enfermedades ligadas al sexo – entre ellas, la Ley que se estudia. La lógica de estas disposiciones puede expresarse así: no es posible una selección de embriones basándose en sus datos genéticos, ya que conlleva una problemática moral muy grave, salvo si existen motivos 'terapéuticos'. Por consiguiente, tal planteamiento lleva a concluir que acabar con la vida de un ser humano, si está enfermo, no plantea ningún conflicto (ni moral, ni jurídico). Más bien ésta se presenta, en todo caso, como una medida que debe fomentarse. La Ley 14/2006 – como ya hiciera su antecesora del año 88 – presenta la selección eugenésica de embriones preimplantatorios como un instrumento *compasivo* para la eliminación del sufrimiento. Pero lo que implica, en cualquier caso, es el rechazo social de la enfermedad genética y de sus víctimas, a la vez que encumbra el aborto eugenésico como solución prioritaria. Ciertamente, la única justificación de tal razonamiento es la consideración de que la vida del enfermo no merece ser respetada.

Por otro lado, la Ley autoriza a acudir a estas prácticas cuando haya 'garantías razonables y contrastadas'. De este modo, desaconseja la transferencia del embrión al útero en los casos en los que, a través del diagnóstico, se hayan detectado enfermedades hereditarias con garantías suficientes. Pero la gran mayoría de enfermedades humanas que implican factores genéticos son multifactoriales. De esto resulta que el componente genético de las enfermedades multifactoriales va normalmente acompañado de términos como *incremento del riesgo*, *predisposición* o *susceptibilidad* a padecer o desarrollar una enfermedad. Además conviene recordar que en muchas ocasiones es la misma técnica de fecundación artificial la que provoca anomalías cromosómicas, tanto en el ovocito como en el cigoto. Y lo mismo cabe decir de la crioconservación del embrión, frecuentemente usada en los centros de fecundación artificial, donde se almacenan hasta el momento de su implantación. En los supuestos en los que se acude a donantes de semen, el panorama es parecido. La constitución genética del niño difiere de la simple suma media de los genotipos parentales y resulta imprevisible determinarla antes de la concepción. Por ello, pienso que la Ley es ciertamente optimista, pues, desde el punto de vista biológico, es claro que esa previsión no puede efectuarse con fiabilidad.

En definitiva, en mi opinión, lo que en realidad se quiere significar con la expresión 'finalidades diagnósticas y terapéuticas' a fin de prevenir y evitar enfermedades en el embrión es la eliminación del sujeto enfermo. Con otras palabras, la legislación española propone como modo de tratamiento y prevención de enfermedades, impedir que el embrión continúe su desarrollo normal, conculcando de esta manera el derecho a la vida contenido en el artículo 15 CE. En este sentido, puede afirmarse que la legislación española, amparándose en estas expresiones, encubre una selección de vidas humanas en función de su constitución genética.

4. La persona humana y la ética del cuidado

4.1. Breve historia de la eugenesia

El recurso a la selección de embriones humanos *in vitro* por medio de DPI se justifica aludiendo a la falta de *calidad de vida* de los desechados. De este modo, la selección eugenésica de embriones preimplantatorios se presenta, incluso, como un instrumento *compasivo* para la eliminación del sufrimiento. Lo cierto es que la pretensión de mejorar las cualidades innatas de la especie humana mediante la supresión de los individuos calificados de *inferiores* se remonta a tiempos antiguos²⁰. La práctica espartana de eliminar a los nacidos *débiles* o *defectuosos*, dejándolos morir en un barranco del monte Taigeto, poseía un indiscutible significado eugenésico²¹. A su vez, *Platón* imaginó un programa político de selección y control matrimonial, según presuntas necesidades del Estado, con el fin de lograr una natalidad eugenésicamente controlada²². En el comunismo platónico, los hijos eran considerados propiedad del Estado, el cual, en aras del logro de una sociedad perfecta, decidiría quiénes tendrían derecho a vivir y ser educados y quiénes deberían ser eliminados²³. En el mismo sentido, *Aristóteles* postula la muerte del ya nacido por el simple hecho de no avenirse a ciertos cánones arbitrarios de salud o estética corporales²⁴.

²⁰ Sobre la evolución histórica de los planteamientos eugenésicos, vid. el completo estudio recogido en la obra de J. TESTART: *Le Désir du gène*. Paris, Flammarion, 1994. 29–69.

²¹ „Al recién nacido – recoge *Plutarco* en palabras de *Licurgo* –, no estaba autorizado su progenitor para criarlo, sino que, cogiéndolo, debía llevarlo a cierto lugar llamado *léschê*, en donde, sentados los más ancianos de los miembros de la tribu, examinaban al pequeño y, si era robusto y fuerte, daban orden de criarlo, tras asignarle un lote de los nueve mil; pero si esmirriado e informe, lo enviaban hacia las llamadas 'Apótetas' (el término significa 'lugar de abandono'), un lugar barrancoso por el Taigeto, con base en el principio de que, ni para uno mismo ni para la ciudad, vale la pena que viva lo que, desde el preciso instante de su nacimiento, no está bien dotado ni de salud ni de fuerza". PLUTARCO: *Vidas paralelas. Licurgo*, 16. Ed. Madrid, Gredos, 1985. 308–309.

²² A este respecto escribía: „Ahora vayamos a los recién casados para enseñarles cómo y de qué manera han de engendrar los hijos; y si tal vez no les convencemos, habremos de amenazarles con ciertas leyes [...]. La esposa y el esposo deben proponerse ofrecer a la ciudad los hijos más bellos y mejores que les sean posibles" PLATÓN: *Las Leyes*, libro VI, 783 d), vol. I. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 243. En el mismo sentido, en el punto 785 b), establece límites de edad en el enlace matrimonial, las mujeres entre los dieciséis y los veinte años, y los varones entre treinta y treinta y cinco.

²³ En este sentido proponía: „Pues bien, tomarán (se refiere a los Organismos nombrados a este fin) a los hijos de los mejores y los llevarán a la inclusa, poniéndolos al cuidado de unas ayas que vivirán aparte, en cierto barrio de la ciudad; en cuanto a los de los seres inferiores – e igualmente si alguno de los otros nace lisiado – los esconderán, como es debido, en algún lugar secreto y oculto". PLATÓN: *La República*, libro V, 460 c). Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949. 133. No obstante, no queda claro si aquí *Platón* recomienda el infanticidio – aunque en términos suaves para no herir la sensibilidad de los oyentes –, o bien se refiere únicamente a relegar de clase a quienes considera inferiores.

²⁴ „Sobre el abandono y la crianza de los hijos – afirma *Aristóteles* –, una ley debe prohibir que se críe a ninguno que esté lisiado". ARISTÓTELES: *Política*, libro VII, cap. XVI, 1335 b). Madrid, Alianza

Muchos siglos más tarde, en 1883, *F. Galton* elevó el conjunto de conocimientos eugenésicos²⁵ a ciencia, al definirlos como „la ciencia del mejoramiento del linaje, que no está de ninguna manera confinada a cuestiones de apareamiento sensato, sino que, especialmente en el caso del hombre, toma conocimiento de todas las influencias que tienden, en cualquier grado por más remoto que sea, a dar a las razas o linajes sanguíneos más convenientes una mejor posibilidad de prevalecer rápidamente sobre los menos convenientes, que de otra manera no hubieran tenido”²⁶. Se interesó de manera particular por la transmisión de las cualidades intelectuales – de generación en generación – en determinadas familias, concluyendo que cada individuo heredaba el talento y el carácter directamente de sus padres, y, por medio de ellos, de todos sus antepasados directos. El medio ambiente y, por tanto, los caracteres adquiridos, no modificarían en nada dicha herencia.

F. Galton no encontró ningún dato experimental que apoyara sus ideas, siendo éstas pura especulación. Toda la seguridad que tenía se basaba en las estadísticas – a las que dedicó gran parte de su trabajo – sobre los parentescos de personas eminentes. En esencia, *F. Galton* opinaba que la eugenesia debía ser la ciencia que se preocupara de mejorar la raza humana, por ello era necesario descubrir a los seres mejor dotados física y mentalmente y favorecer sus matrimonios. Por otra parte, habría igualmente que detectar e identificar a aquellos que, con sus taras, pudieran contribuir al deterioro de la raza (enfermos, delincuentes, pobres endémicos, débiles mentales, etc.) para, por diferentes medios, evitar sus matrimonios y, por consiguiente, su reproducción²⁷.

Durante el primer tercio del siglo XX, los presupuestos galtonianos de mejoramiento biológico humano fueron calando lentamente en la sociedad, y surgieron movimientos eugenésicos en muchos países, como Estados Unidos, países escandinavos y países de latinoamérica. La idea de que la especie humana

Editorial, 1997. 282. A lo largo del capítulo XVI expone sus ideas sobre la regulación del matrimonio y el control de la natalidad. Sobre los planteamientos eugenésicos sostenidos por *Platón* y *Aristóteles*, vid., entre otros, N. BLÁZQUEZ: Comunismo platónico y socialismo aristotélico. *Arbor*, 1980., 410. 27–44.

²⁵ El término eugenesia procede del griego *éugênêia*, nobleza de origen, engendrar bien; de *éu*, bien, y *génnan*, generar, hace referencia al conjunto de conocimientos que tiene por objeto la perfección de la especie humana a través del control de su reproducción. *Vocabulario científico y técnico*. Madrid, Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Espasa Calpe, 1990. 290.

²⁶ F. GALTON: *Inquiries into Human Faculty and Its Development*. London, Macmillan, 1883. 17. Aunque *F. Galton* define la eugenesia por primera vez en 1883, no obstante, la había puesto de manifiesto – en sus puntos fundamentales – con anterioridad, en 1865, en sus dos trabajos anteriores, publicados bajo un título único ‘Hereditary Talent and Character’. Pone de relieve esta cuestión, R. ÁLVAREZ PELÁEZ: *Sir Francis Galton, el padre de la eugenesia*. Madrid, CSIC, 1985. 11–12. En la obra de *F. Galton*, *Herencia y Eugenesia*, la define como „la ciencia que se ocupa del estudio de los factores socialmente controlables que pueden aumentar o disminuir las cualidades raciales de las generaciones futuras tanto las físicas como las mentales”. F. GALTON: *Herencia y Eugenesia*. Madrid, Alianza, 1988. 165.

²⁷ Vid. GALTON op. cit. 15.

debería mejorar a través de esas dos maneras complementarias²⁸ era compartida por eugenistas de todas partes.

Uno de los movimientos eugenésicos surgidos en esta época fue el estadounidense *Eugenics Record Office*, creado por el biólogo *C. B. Davenport*²⁹. En este país, el eco de los eugenistas se plasmó a través de la legislación sobre esterilización y restricción de la inmigración³⁰. Estas leyes fueron introducidas en varios Estados como respuesta a las presiones ejercidas por los celosos eugenistas, quienes veían en estas medidas una forma de frenar el nacimiento de personas con taras físicas o psíquicas. Entre los *degenerados hereditarios* estas leyes incluían a los epilépticos, los pobres, los locos y las prostitutas³¹. El primer Estado que elaboró una ley sobre la esterilización fue Indiana, en 1907. En ella se regulaba la esterilización de locos, idiotas, imbéciles o deficientes mentales. Progresivamente siguieron su ejemplo otros Estados federales. De 1907 a 1940 fueron treinta y tres los estados que promulgaron leyes de esterilización, con una cifra de 50.193 personas legalmente esterilizadas hasta 1948. El 60% de las víctimas eran mujeres, y la mayor parte tenía entre los 11 y 20 años de edad. Las estadísticas muestran que la mayoría de los individuos esterilizados eran considerados locos o débiles mentales (*feeble-mindedness*); entre estos había epilépticos (8'5%), algunos afectados por la enfermedad de Huntington, o por la trisomía 21 y, además, algunos delincuentes sexuales y criminales³².

El proyecto de mejora racial alcanzó su punto álgido en Alemania, con la llegada de los nazis al control político en 1933³³. La política eugenésica nazi contó con el

²⁸ En palabras de F. Galton, „librándose (*getting rid*) de los (individuos) inconvenientes (*undesirables*) y mutiplicando a los (individuos) convenientes (*desirables*)”. D. J. KEVLES: *In the name of Eugenics. Genetics and the uses of Human Hereditary*. Berkeley, California University Press, 1985. 3. (la traducción es propia).

²⁹ Vid. D. J. KEVLES: Eugenics. In: W. T. REICH (ed.): *Encyclopedia of Bioethics*. Vol. II. New York, Simon and Schuster Macmillan, 1995. 765. Sobre los planteamientos eugenésicos de *C. B. Davenport*, vid. KEVLES op. cit. 41–56.

³⁰ En este sentido cabe recordar que la *U. S. Immigration Restrict Act* de 1924, favorecía la inmigración que procedía de países del norte de Europa, pero, por el contrario, restringía la entrada de personas procedentes de otras zonas (sur y este de Europa principalmente), refiriéndose a ellas como 'biológicamente inferiores' (*biologically inferior*) o 'genéticamente indeseables' (*genetically undesirable*). KEVLES op. cit. 766.

³¹ Massa Gutiérrez J. J. DEL ÁLAMO: *El recurso a las 'razones eugenésicas' en la Bioética*, tesis doctoral, *pro manuscripto*. Universidad de Navarra, 1993. 31–32.

³² Vid. TESTART op. cit. 47.

³³ Aunque, ya con anterioridad, a finales del siglo XIX, los doctores *William Schallmayer* (1857–1919) y *Alfred Ploetz* (1860–1940) – considerados como fundadores del movimiento eugenésico en Alemania – habían comenzado a exponer sus particulares puntos de vista sobre la 'higiene racial' (*Rassenhygiene*). El Dr. *A. Ploetz* fundó los Archivos de Teoría Racial y Biología Social en 1904 y, un año más tarde, fundó la Sociedad Alemana de Higiene Racial. De hecho, el empleo de este término (*Rassenhygiene*) alcanzó en Alemania mayor difusión que el de eugenesia. Sobre los inicios del movimiento eugenésico en Alemania, vid. S. F. WEISS: *Race Hygiene and National Efficiency: The Eugenics of Wilhelm Schallmayer*. Berkeley, University of California Press, 1987. P. WEINDLING: *Health, Race, and German Politics Between National Unification and Nazism, 1870-1945*. New York, Cambridge University Press, 1989.

respaldo de muchos jóvenes médicos que experimentaron un cambio de actitud, desde el pensamiento de que toda vida tenía valor, hasta la consideración de que algunas de estas vidas, ciertamente, no merecían vivirse³⁴. El programa eugenésico en Alemania comenzó con las esterilizaciones forzadas y el asesinato de niños nacidos con defectos, deficientes mentales y afectados por desórdenes genéticos. Este programa, que en un principio iba dirigido a niños de hasta tres años de edad, se fue extendiendo hasta llegar a adultos tenidos por *incurables*. De acuerdo con la Ley de Higiene Racial del 14 de junio de 1933, debían ser esterilizados todos los deficientes físicos o psíquicos, alcohólicos y delincuentes sociales (aquel edicto provocaría más de 275.000 muertos y serviría para justificar 400.000 esterilizaciones forzadas). No obstante, para los deficientes físicos o mentales – máxime si eran judíos, gitanos o, simplemente, extranjeros indeseables –, estaba reservada especialmente la eutanasia³⁵.

En un primer momento, los hornos de gas fueron erigidos en los hospitales del Estado por los propios médicos. Inicialmente sólo se ejecutaba a quienes presentaban *mayor grado de perturbación* – quienes ocasionaban mayor molestia –, pero, progresivamente, el valor de la vida humana fue descendiendo. Tras quedar vacíos los hospitales psiquiátricos, se continuó con las instituciones para niños *defectuosos*, luego con los *insociables* de las prisiones, instituciones de ancianos, para, finalmente, terminar con la *raza defectuosa*. De este modo, antes de que comenzara el exterminio judío, 300.000 alemanes de *pura sangre* habían sido asesinados tras ser calificados de *parásitos inútiles*³⁶.

Los horrores cometidos en este período oscuro de la historia en nombre de la *purificación de la raza aria*, pusieron en evidencia el carácter inhumano del punto de vista adoptado. Los procesos de Nuremberg, en los que fueron reveladas las prácticas de los médicos nazis, marcaron el punto culminante de la conmoción pública. Y así, términos como *eugenésia*, *higiene racial* o *mejora de la raza*, quedaron totalmente desprestigiados. No obstante, a pesar del referido descrédito de los términos, las ideas eugenésicas continuaron calando entre la sociedad.

En este sentido, a comienzos de los años '60 tuvieron lugar diversas Conferencias que trataron el tema de la eugenésia y la reproducción artificial. En una de ellas, el premio Nobel *Hermann J. Muller*, propuso la creación de lo que denominó *bancos de esperma saludable*, para que, junto con las nuevas técnicas de reproducción asistida, se acudiera a ellos a fin de 'prevenir la – de otro modo – inevitable degeneración de la raza'³⁷.

En otra Conferencia que tuvo lugar en Minnesota, en 1965, dedicada a 'La Genética y el Futuro del Hombre', el *Dr. William Shcokley* – ganador del premio Nobel de Física –,

³⁴ Massa Gutiérrez, J. J. DEL ÁLAMO: *El recurso a las 'razones eugenésicas' en la Bioética, Tesis inédita, Universidad de Navarra*. 36. Se trata de la noción hitleriana de 'vidas sin valor vital' (*lebensunwerte Leben*).

³⁵ Vid. N. BLÁZQUEZ: *Bioética. La nueva ciencia de la vida*. Madrid, BAC, 2000. 160.

³⁶ Vid. J. C. WILLKE y esposa: *Manual sobre el aborto*. Pamplona, EUNSA, 1974. 114.

³⁷ A. R. JONSEN: *The birth of Bioethics*. New York, Oxford University Press, 1998. 14.

presentó su visión sobre la eugenesia sugiriendo que, al estar la inteligencia en gran parte genéticamente determinada, había que hacer serios esfuerzos para mejorarla, empleando medios muy variados que incluían la esterilización, la clonación y la inseminación artificial. Asimismo, alabó la sugerencia de *H. Muller* sobre los bancos de esperma³⁸.

Por consiguiente, podemos comprobar que, pese a la condena inicial de la selección eugenésica de personas que se llevó a cabo tras la II Guerra Mundial, las prácticas encaminadas a ella han seguido desarrollándose. Tales planteamientos han continuado sosteniéndose desde la comunidad científica y, para lograr ese objetivo, se han ido proponiendo medidas cada vez más sofisticadas, entre otras, la selección de embriones humanos *in vitro*.

4.2. Vida humana y calidad de vida

El recurso a la selección de embriones *in vitro* se ampara, al igual que ciertas medidas eugenésicas de antaño, en la falta de calidad de vida del enfermo, y se alude, incluso, a argumentos *caritativos*. El razonamiento que esgrimen los defensores de estas medidas eugenésicas es fruto de una postura que concibe a la vida humana como bien instrumental. Es decir, surge en un contexto en el que a la calidad de vida se le ha atribuido el carácter de valor supremo, por encima de la vida misma, que deja de ser vista como el bien más fundamental. Según este razonamiento, toda vida humana, para ser *digna de vivirse*, ha de tener, necesariamente, un nivel de calidad. Sucede entonces que la *ética de la vida* se sustituye por la *ética de la calidad de vida*, de manera que si falta esa calidad de vida, no existe ya justificación para sentir como humana y digna de vivirse la vida del sujeto que no alcance el estándar. Por tanto, se defiende como razonable y deseable que sea suprimida, equiparando *vida enferma a enfermedad*³⁹. Ciertamente, la justificación última de tal razonamiento es la consideración de que la vida del enfermo no merece ser respetada⁴⁰, y se manifiesta a través del rechazo social de la enfermedad genética y de sus víctimas, al tiempo

³⁸ Ibid. 17.

³⁹ Vid. A. SARMIENTO – G. RUIZ-PÉREZ – J. C. MARTÍN: *Ética y Genética. Estudio ético de la ingeniería genética*. Pamplona, Eunsa, 1993. 79–80.

⁴⁰ Actitud que contrasta con la finalidad originaria de la Medicina, según sostiene *G. Herranz*, quien afirma que „una de las ideas más fecundas y positivas, tanto para el progreso de la sociedad como para la educación de cada ser humano, consiste en comprender que los débiles son importantes. De esa idea nació la Medicina [...] Ser débil era, en la tradición médica cristiana, título suficiente para hacerse acreedor al respeto y a la protección”. *G. HERRANZ: El respeto médico a la vida terminal, Servei de Documentació Montalegre*, año VIII, 3ª época, semana del 22 al 28 de julio de 1991. 8. En esta misma línea añade A. POLAINO que „Si la práctica de la Medicina no fuese conforme a la dignidad humana, tal actividad no podría calificarse como médica. Y esto puede suceder cuando se reduce la asistencia a sólo un problema técnico, despojándose de su verdadero contenido y traicionando a los enfermos, a cuyo servicio debe ponerse. Las secuelas de estos efectos negativos (tanto individuales como sociales) son muy amplias, variando según los casos, las acciones y las circunstancias de la degradación a la pérdida del respeto que toda persona se debe a sí misma”. A. POLAINO: *Los fundamentos de la bioética*. In: A. POLAINO (ed.): *Manual de Bioética General*. Madrid, Rialp, 1993. 121.

que ensalza el aborto eugenésico como solución prioritaria, cediendo ante el reto que supone encontrar un remedio digno acorde con la persona⁴¹.

Y es que, en mi opinión, en un Estado de Derecho que afirma defender la igualdad y los derechos humanos, se ha de replicar que no es justo ni razonable dividir a los seres humanos en grupos de valor diferente: por un lado, los que merecen vivir y, por otro lado, los que se considera indigno que sigan viviendo. Como pone de manifiesto G. Herranz⁴², los embriones *in vitro* que se suponen enfermos son, ante todo, vidas humanas y, además, son hijos, que forman parte de una familia. De hecho, son parte de un grupo de hermanos. Pero, de todos ellos, sólo algunos son escogidos para ser transferidos al útero materno por juzgar que, al responder a unos criterios mínimos de calidad, merecen seguir viviendo. Los demás son dejados de lado, olvidados. Sin embargo, las vidas humanas no valen menos porque sean débiles o estén enfermas. El modo y las circunstancias de su muerte son cuestiones éticamente decisivas. Y una cosa es reconocer que su muerte es inevitable y otra, muy distinta, permitir su sacrificio alegando unas supuestas prácticas *compasivas*, sintiéndose de este modo redimido y justificado. En estos supuestos, la muerte inevitable de los embriones humanos preimplantados que son desechados no se contempla de forma pasiva sino que es tolerada de modo activo, usada en beneficio propio. Lo que se logra es reducir a los embriones a la condición de simples medios con los que otros satisfacen sus deseos: en primer lugar, los deseos de unos padres que los abandonan en el frío; después, proyectos de investigación que los dejan crecer hasta blastocistos de cinco días para reconvertirlos en células que no tienen nada que ver con su propio proyecto de vida.

Por otro lado, son diversos los interrogantes que plantea en el orden práctico este concepto de *calidad de vida*, y todos ellos dejan traslucir claramente la inspiración utilitarista que subyace en el planteamiento: ¿Qué instancia, y con qué directrices, decide que una vida carece del mínimo de calidad exigible para ser vivida y, por tanto, debe ser destruida? ¿La decisión de eliminar la vida de un sujeto enfermo se toma sobre la base de calidad de vida del propio individuo o desde el bienestar de otros, como los padres, la sociedad, etc.⁴³?

Por ello, para que la expresión *calidad de vida* pueda emplearse como criterio ético es necesario que vaya unida a la „afirmación del valor principal y superior de la vida humana, en razón de su existir en sí mismo considerado”⁴⁴. Lo más congruente en esta perspectiva, es defender el respeto a la debilidad; llegar a entender el significado

⁴¹ Vid. Franch V. MENEU: Proyecto Genoma Humano: descubrir el secreto de los genes, *Cuadernos de Bioética*, 1991., 7/3ª. 50.

⁴² Son numerosos los artículos que G. Herranz ha escrito criticando el recurso al diagnóstico preimplantatorio, en los que esgrime los argumentos expuestos. Entre ellos podemos citar, *¿Es racional oponerse al uso de embriones humanos para fines de experimentación?*, *Células troncales embrionarias: retórica y política...* publicados ambos en Diario Médico.

⁴³ Vid. SARMIENTO –RUÍZ-PÉREZ–MARTÍN op. cit. 79.

⁴⁴ Ibid. 81.

de la vida humana frágil y aprender de ella, porque una vida humana débil es fuerte como persona: ésa es su fortaleza.

4.3. La persona como ser relacional

Además, este respeto por el enfermo que nos inclina a cuidar de él posee un profundo significado antropológico. En este sentido, podemos comprobar empíricamente que los seres humanos no podemos prescindir de un contexto de trato. Es más, exigimos entablar relaciones con los demás como condición para el desarrollo de nuestra personalidad. Y así, desde la etapa embrionaria manifestamos nuestra existencia como seres que vivimos en relación con los demás.

Estas relaciones que establecemos con las personas que nos rodean poseen una característica que las hace *especiales* y las diferencia del modo en que nos relacionamos con otras realidades de la naturaleza: entablar relaciones con los demás exige por nuestra parte el esfuerzo de *abrirnos a la realidad del otro*. A su vez, esto sólo es posible si previamente nos hemos *despegado* de nuestras propias inclinaciones. De este modo, el otro deviene para quien lo contempla tan real en ese encuentro como uno mismo. Y al obrar así, al captar la realidad del otro y de uno mismo, se manifiesta el ser que somos cada uno. Por todo esto, el respeto al otro implica una adhesión a su realidad y a la de quien la contempla⁴⁵. Por consiguiente, para llegar a ser uno mismo es necesario reconocer en el otro un *alter ego*.

Pero, además, resulta que esta capacidad humana de abrirnos a los demás y captar su interioridad no es algo *estático* o *inerte* sino que se traduce en un *compromiso activo* con el otro que posibilita la ayuda, la acción benevolente⁴⁶. Porque, al reconocer la realidad del otro como un yo, asumimos hacia él la exigencia de un respeto incondicional, que conlleva una búsqueda de su bien. Y este *buscar el bien del otro* es la acción propiamente *humana*; éste el actuar propio – natural – que corresponde al ser humano⁴⁷. Como indica P. Poupard: „[...] la persona es un ser para el que la única dimensión adecuada es el amor. El hombre vive de amor, necesita sentirse amado, saber que su vida tiene sentido a los ojos de alguien. Y necesita, por lo mismo, aprender a amar, a entregar su vida, pues el hombre sólo se realiza en la libre donación de su vida”⁴⁸.

Así pues, lo que consagra la libertad del yo es la entrega a los otros. Precisamente la libertad consiste en afirmar mi bien buscando el bien del otro o, lo que es lo mismo,

⁴⁵ Vid. POLAINO op. cit. 128. „Quien ama a una persona, quien traba amistad con ella no puede dudar al mismo tiempo de su realidad. Ha de tener su vida por irreductible. Cuando digo que no puede dudar, no me estoy refiriendo a imposibilidad física o lógica, sino a una imposibilidad moral y como tal, absoluta”. R. SPAEMANN: *Felicidad y Benevolencia*. Madrid, Rialp, 1991. 156.

⁴⁶ Vid. A. M. GONZÁLEZ: *Naturaleza y Dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann*. Pamplona, Eunsa, 1996. 37.

⁴⁷ Vid. J. BALLESTEROS: *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid, Tecnos, 1997. 125 y ss.

⁴⁸ P. POUPARD: *Inteligencia y afecto. Notas para una paideia cristiana*, Lección inaugural del curso 2001/02. Murcia, Universidad Católica San Antonio, 2001. 32.

el amor consiste en comprometer mi libertad en provecho de otro. Y este compromiso, lejos de ser algo negativo, es a lo que tiende, de manera natural, la libertad humana. Ello implica, como ya he indicado, la exigencia previa de salir de uno mismo, porque el actuar egoísta – que es, por cierto, profundamente *inhumano* – impide reconocer en el otro un *alter ego*, lo que a su vez me imposibilita llegar a ser yo mismo, con la consiguiente merma de mi dignidad personal⁴⁹.

En efecto, si la libertad no la aprovecha el amor, si no se enfoca hacia la búsqueda del bien para el otro, se convierte para el hombre en algo negativo, dándole sensación de vacío. Procurar el bien del otro, buscar su felicidad – en nuestro caso, cuidar del enfermo –, es un tipo de acción naturalmente humana, en modo alguno equiparable a la actividad desarrollada o desplegada por un mero ser viviente⁵⁰. Por el contrario, no reconocer al otro y negarle ayuda es el acto menos natural – menos acorde con nuestra naturaleza – en cuanto que nos impide llegar a ser nosotros mismos y nos convierte en esclavos de nuestras pasiones.

4.4. Ser y tener

He afirmado antes que el ser humano es un ser social. Desde el inicio de su existencia vive estableciendo vínculos con los demás. Por consiguiente, no reconocer al enfermo como un *alter ego* que exige mi ayuda conlleva, además de la merma de mi dignidad personal, introducir un factor de desorden social. Por esta razón, pienso que la legislación española sobre reproducción asistida, al ignorar esta nota trascendental de la naturaleza humana, se revela como un Derecho deshumanizado y carente, por tanto, de sentido. Excluir a determinados seres humanos, al exigirles cierto grado de desarrollo y de salud, del círculo de personas y, en consecuencia, de ser titulares de derecho se me revela como el tratamiento más contrario al sentido genuino del Derecho⁵¹.

En mi opinión, la garantía del respeto universal en aras de una convivencia armoniosa es lo que justifica la presencia del Derecho en la vida humana. Por tanto, en el caso que estamos tratando, lo propio del Derecho es proteger al embrión enfermo, que se halla totalmente indefenso frente a cualquier agresión,

⁴⁹ No obstante conviene matizar esta afirmación: la acción egoísta mengua la dignidad moral o personal, no la ontológica. Como indica I. M. Hoyos Castañeda, „la dignidad como punto de partida o dignidad ontológica es efectivamente inherente a la persona, le corresponde por el simple hecho de serlo. Sin embargo la dignidad como punto de llegada o dignidad moral es un sobreañadido a ella misma: es digno quien con sus actos se perfecciona en la búsqueda de mayores fines. Una y otra dimensión constituyen la base de la única y plena dignidad. Por consiguiente, es necesario tener en cuenta esta doble consideración para entender en su justo sentido el concepto de persona y la dignidad que le es propia”. Hoyos, I. M. CASTAÑEDA: *El concepto jurídico de persona*. Pamplona, EUNSA, 1989. 361.

⁵⁰ GONZÁLEZ op. cit. 49.

⁵¹ Por *sentido genuino del Derecho* entiendo la exigencia ontológica de „dar a cada uno lo que le corresponde”. J. HERVADA: *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona, EUNSA, 1992. 165–250.; J. HERVADA: *Introducción crítica al Derecho natural*. Pamplona, EUNSA, 1994. 64–69.; J. BALLESTEROS: *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid, Tecnos, 1997. 90–102.

proporcionándole la ayuda precisa, y no discriminarlo convirtiendo su vida en objeto de dominación. Sin embargo, esta última es – insistiendo en temas ya tratados – la consecuencia ineludible de no reconocer que el embrión humano es, desde el inicio de su existencia, persona. En efecto, un individuo de la especie *homo sapiens* desde el inicio se identifica como persona, sin consideración alguna al grado de desarrollo alcanzado ni a características factualmente poseídas⁵². Establecer una distinción entre los seres humanos en función de sus posibilidades reales, implicaría introducir una discriminación ontológica en el interior de la misma especie⁵³.

Es más, las personas pueden desarrollarse, pero ninguna cosa se transforma en una persona. El ser humano no se hace persona en virtud del desarrollo físico-psíquico alcanzado, sino que es persona en razón de su naturaleza humana. Si la *personidad* fuera un mero estado, se podría llegar a él paulatinamente o por etapas; pero, si una persona es *alguien* que, sin dejar de ser nunca ella misma, puede atravesar por múltiples estados y experimentar variadas disposiciones, entonces la persona es siempre anterior a tales cambios. La persona es sustancia porque la personidad o el ser personal es el modo en que el ser humano es. La persona ni comienza a existir con posterioridad al ser humano, ni cesa de existir antes que éste⁵⁴.

Además, la dignidad de la persona radica en la superioridad de su ser, y no en las cualidades más o menos externas y vistosas, sus operaciones o actividades, o los resultados derivados de éstas. El ser humano es digno porque es, no por lo que sabe o siente, sino que su excelencia radica en su ser⁵⁵. Como señalan T. Melendo y L. Millán-Puelles⁵⁶: „La eminencia en el ser de la persona humana deriva inmediatamente de la nobleza del alma espiritual cuyo rango es infinitamente superior al de los restantes vivientes. Pero ese mismo ser eminente, el alma lo da a participar al cuerpo, elevándolo así a la categoría de cuerpo personal, humano, drásticamente diverso y más noble -aun cuando la fisiología se muestre incapaz de advertirlo-, que el del organismo animal más evolucionado”⁵⁷.

⁵² Vid. R. SPAEMANN: ¿Es todo ser humano una persona?, *Persona y Derecho*, 1997., 37. 14. Por su parte, R. Lucas Lucas afirma que „la persona no pierde la propia constitución por el hecho de no ejercitar la autoconciencia y la autodeterminación. En este sentido, hay quien distingue entre constitución primera y constitución segunda de la persona, subrayando con la primera la profundidad sustancial de la persona que deriva de la naturaleza racional; la segunda sería el ejercicio de la autoconciencia y autodeterminación; la segunda no se da sin la primera, pero la primera se puede dar sin la segunda”. R. Lucas LUCAS: *El hombre espíritu encarnado: compendio de filosofía del hombre*. Madrid, Sociedad de Educación Atenas, 1995. 267.

⁵³ Vid. F. VIOLA: *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*. Granada, Comares, 1998. 363.

⁵⁴ Vid. SPAEMANN op. cit. 18.

⁵⁵ Vid. T. MELENDO – L. MILLÁN-PUELLES: *Dignidad, ¿una palabra vacía?*. Pamplona, Eunsa, 1996. 98.

⁵⁶ Ibid. 76.

⁵⁷ Y es que la persona, desde el inicio de su existencia, es un *alguien* y no un *algo*. Esta afirmación resulta fundamental para entender la tesis que defiende, porque manifiesta el inmenso abismo que separa el mundo de las personas del de las cosas, aun cuando estas últimas sean seres vivientes.

Así pues, incluso en los casos más extremos en que el despliegue del entendimiento y de la voluntad libre se encuentran definitivamente impedidos, cualquier otro indicio que permita descubrir la presencia de un ser personal -la simple figura humana naturalmente animada, por ejemplo-, resulta más que suficiente para obligar a adoptar la actitud de supremo respeto, de reverencia, exigida por quien está adornado por la dignidad de lo personal⁵⁸. Y así, siguiendo a *T. Melendo* puede afirmarse que „a un conocimiento agudo, provisto de amorosa perspicacia, la dignidad de los más vulnerables se presenta inconmensurablemente engrandecida y, sobre todo, radicada en el auténtico hontanar de que dimana. Ante unos ojos que saben apreciarlos, los infradotados manifiestan, con mayor claridad que los sujetos normales, los auténticos títulos de la insondable dignidad del ser humano”⁵⁹.

Con lo cual, siguiendo el hilo conductor de este planteamiento, si la acción propiamente humana es la acción benevolente, el que la parte *sana* de la humanidad ayude a la parte *enferma* tiene un significado fundamental, que va más allá del plano vital. La acción benevolente permite que salga a la luz el sentido más profundo de la comunidad personal. El amor hacia un ser humano – en este caso, la aceptación del enfermo –, va dirigida a él, no a sus cualidades⁶⁰. Que la comunidad dé acogida al enfermo suscita lo mejor de la persona, el verdadero respeto a sí misma⁶¹.

La acción benevolente se traduce en cualquier comportamiento mediante el cual se acude en ayuda de la persona necesitada. Benevolencia que, en el supuesto de los embriones enfermos, se traduce en socorrer a la vida amenazada, en una disposición de ayuda, de comportamiento responsable y congruente con su realidad, que se percibe de manera inequívoca. Benevolencia, en definitiva, es sinónimo de compromiso con la realidad del otro⁶². De este modo, aliviar a la persona cuando es *baluarte en ruinas*⁶³, es lo que caracteriza a una acción humana como tal. Se trata de conjugar la alteridad – característica propia del ser humano – con el desvalimiento biológico. Por consiguiente, el amor hacia el otro – cuidar del otro – se revela como la actitud plenamente adecuada al valor de cada persona. Además, de este modo desaparece toda contradicción entre cultura y naturaleza. Y es que, partiendo de la tesis de la igual dignidad de todos los seres humanos, la cultura, como afirma *J. Ballesteros*, „tiende a presentarse como cuidado de los seres que no pueden cuidarse a sí mismos: los seres humanos más indigentes y la misma naturaleza”⁶⁴.

⁵⁸ Vid. MELENDO –MILLÁN-PUELLES op. cit. 166–167.

⁵⁹ MELENDO op. cit. 33.

⁶⁰ Vid. R. SPAEMANN: *Personas. Acerca de la distinción entre 'algo' y 'alguien'*. Pamplona, EUNSA, 2000. 233.

⁶¹ Vid. SPAEMANN op. cit. 234.

⁶² Vid. POLAINO op. cit. 128.

⁶³ DEL BARCO op. cit. 109.

⁶⁴ BALLESTEROS op. cit. 197.

5. Conclusión

No me gustaría finalizar sin hacer una breve reflexión en torno a lo que considero es el origen del problema que aquí nos ocupa: la regulación que la legislación española establece para las técnicas de fecundación *in vitro*, una normativa a todas luces mejorable. Por ello, y haciéndome eco de los argumentos de A. Vega, hoy día urge que llevemos a cabo una reflexión profunda sobre el comportamiento procreativo humano que asuma plenamente las consecuencias que la responsabilidad de su libre ejercicio conlleva, porque lo que realmente estamos debatiendo es la dignidad de los padres y del hijo.

Por tanto, al plantearse estas cuestiones, es importante no olvidar que, junto a los derechos de los padres – que, dicho sea de paso, conviene delimitar atinadamente –, están también los derechos del hijo. Y, precisamente, la *humanización* de la procreación exige estimar el interés del hijo como la guía de ponderación. *Humanizar*, por tanto, no significa confiar a una biotecnología sin restricción ética alguna la misión, sólo aparentemente *humanitaria*, de encontrar recursos para satisfacer cualquier posible deseo de *fabricación* de una familia, sino construir responsablemente el fundamento de la sociedad del mañana redescubriendo – muy especialmente en el terreno jurídico – el sentido y las exigencias de las relaciones personales *naturales*⁶⁵.

⁶⁵ Cfr. A. M. Vega GUTIÉRREZ: Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?. In: J. Vidal MARTÍNEZ (coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada, Comares, 1998. 51–52.

QUELQUES REMARQUES GÉNÉRALES CONCERNANT
L'ÉTIMOLOGIE ET LE SENS DU MOT « FAMILIA »
DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN¹

János ERDŐDY
Université Catholique Pázmány Péter

En tant qu'une notion d'un sens multiple² – semblablement à plusieurs autres – le terme *familia* désigne dans le langage juridique l'ensemble des habitants d'une maison, y compris également tant les personnes que les biens.³ Le sens relevant la communion des personnes porte d'un côté une signification restreinte, et aussi un contenu plus large d'un autre.⁴ Ce dernier contenu large s'applique à la parenté agnatique (*familia*

¹ Cet article a été publié dans le cadre du projet TÁMOP-4.2.2/B-10/1-2010-0014. de l'Université Catholique Pázmány Péter („Tehetségtámogatás a Pázmány Péter Katolikus Egyetem kilenc tudományágában” [Patronage de talent en neuf branches de recherches de l'Université Catholique Pázmány Péter]).

² Cf. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford, Clarendon Press, 1968. s. vv. 'familia', 'famulus'; Hermann Gottlieb HEUMANN – Emil SECKEL: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Jena, Verlag Gustav von Fischer, 1926. s. v. 'familia'. Voir aussi Alfred ERNOUT – Antoine MEILLET: *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*. Paris, 1951. s. v. 'famulus', où dans le cadre de la notion *familia* les valets sont principalement mentionnés. Aussi faut-il renvoyer au fait que les significations des termes *servi* et *famuli* divergent; cf. Isid. Diff. 1, 525: „*servi sunt in bello capti [...] famuli autem ex propriis familiis orti*”. Contrairement à cette affirmation voir Jean GAUDEMET: « Utī legassit... ». In: *Hommages à Robert Schilling*. Paris, Les belles lettres, 1983. 112–113, qui relatif au mot *familia* souligne plutôt le contenu 'biens'.

³ Cf. Ulp. D. 50, 16, 195, 1 (46 ad ed.): '*Familiae*' appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis 'adgnatus proximus familiam habeto'. Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: 'ex ea familia', inquit, 'in eam familiam': et hic de singularibus personis legem loqui constat. Voir aussi Max KASER: *Das römische Privatrecht I*. Handbuch der Altertumswissenschaft X. 3. 3. 1–2. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971². 50; Beryl RAWSON: The Roman Family. In: Beryl RAWSON (ed.): *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*. New York, Cornell University Press, 1986. 7.

⁴ Cette dualité peut également être attrapée dans la Lois des XII Tables. Cf. Adolf BERGER: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd, 2010⁸. s. v. 'familia'.

communi iure),⁵ encore que les parents éloignés possèdent leur propre famille, car tous appartiendraient à la puissance d'un aïeul commun, et tous proviennent de la même *gens*.⁶ En ce qui concerne la signification restreinte de cette notion – la « vrai » famille comme Kaser l'adresse éloquemment – cela couvre toutes les personnes placées sous la puissance concrète du *paterfamilias* (*familia proprio iure*).⁷

Au regard de l'étymologie du mot *familia*, il faut souligner à titre préliminaire que cela tire son origine de *famulus* qui par ailleurs provient de l'expression osque *famel*.⁸ Quant à *familia* comme l'expression des biens, c'est le terme *familia pecuniaque* qui doit être examiné en détail. Aussi faut-il signaler que la clarification rassurante de cette tournure complexe semble peu probable – il ne suffit qu'indiquer les différents avis des auteurs de la littérature secondaire : selon Mommsen, les mots *familia* et *pecunia* signifiaient à l'origine 'bétail' et 'valet' qui apparaissaient dans la loi sans aucune différence sémantique.⁹ Jheering a estimé que les deux expressions ensemble sont une bonne exemple de pléonasmе qui ne caractérisait jamais le langage juridique.¹⁰ Par conséquent, cette expression a un sens quelconque le seul cas où *familia* indique *res Mancipi*, alors que *pecunia* implique *res nec Mancipi*. Bonfante a essentiellement eu le même avis, en y ajoutant que *familia* peut désigner la propriété familiale, tandis que *pecunia* marque tous en dehors de cette propriété familiale.¹¹ Wlassak a pensé

⁵ De cette façon voir Suzanne DIXON: *The Roman Family*. Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1992. 1-2, qui essaie à interpréter le sens quotidien de 'famille' et celui de *familia* parallèlement. Pourtant, il faut bien souligner que la *familia proprio iure* ne peut être considérée comme une interprétation étroite de l'*agnatio*. En ce sens voir e.g. BRÓSZ Róbert: Ist die „uxor in manu” ein Agnat? *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio iuridica* 18 (1976).

⁶ Cf. Ulp. D. 50, 16, 195, 2 (46 ad ed.): [...] *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt*. Conformément voir DIXON *Roman family* 2-3; RAWSON *Roman family* 8. En détail cf. aussi Gilbert HANARD: Observations sur l'*adgnatio*. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* XXVII (1980). 172; FÖLDI, András – HAMZA, Gábor: *A római jog története és institúciói*. [L'histoire et les instituts du droit romain] Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 2011¹⁶. 240.

⁷ Cf. Ulp. D. 50, 16, 195, 2 (46 ad ed.): [...] *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae* [...]. Aussi. KASER op. cit. 50; FÖLDI–HAMZA op. cit. 239.

⁸ Voir ERNOUT–MEILLET s. v. 'famulus'; DIÓSDI, György: *Familia pecuniaque*. *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* Tom. XII. Fasc. 1–2., 1964. 91–92.; DIÓSDI, György: *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970. 22.; ZLINSZKY, János: *Familia pecuniaque*. In: *Jogtörténeti Tanulmányok VI*. Budapest, Tankönyvkiadó, 1986. 400–401; ZLINSZKY, János: *Allam és jog az ősi Rómában*. [État et droit à l'ancien Rome] Budapest, Akadémiai Kiadó, 1997. 102–103.

⁹ Theodor MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht*. Bd. 3, Abt. 1. Leipzig, 1887. 22–23.

¹⁰ Rudolph von JHEERING: *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. Einleitung. Verfassung des römischen Hauses*. Leipzig, 1894. 86–87.

¹¹ Pietro BONFANTE: *Corso di diritto romano. La proprietà. II, 1*. Milano, Giuffrè, 1968. 253–254.

que *pecunia* couvre le pécule du *paterfamilias*.¹² Les idées concernant le terme *familia pecuniaque* restent sur un fragment dans la Loi des XII Tables:

Lex XII tab. 5, 3:

lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: '

UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO'.¹³

Il est évident que ni l'expression *familia*, ni *pecunia* n'apparaient dans ce texte de la loi, pourtant il faut y faire attention qu'il existe encore autres sources primaires dans lesquelles il se trouve différentes traditions textuelles, qui sont les suivantes: *familia pecuniaque sua* – Rhet. ad Herren. 1, 23; Cic. de inv. 2, 50, 148; *pecunia tutelave suae rei* – Ulp. 11, 14; Paul. D. 50, 16, 53 pr. (59 ad ed.).¹⁴ Diósdí a eu l'idée que les termes *familia* et *pecunia* couvraient originellement tous les moyens de production qui étaient les premiers à devenir les objets de la propriété privée, peu à peu cette signification originelle des termes changeait d'un côté grâce au fait que la propriété foncière aussi se retrouvait en propriété privée, et d'autre côté à cause du passage de l'élevage à l'agriculture.¹⁵ Zlinszky pour sa part estime que la tournure *uti legassit super familia pecunia tutelaque suae rei* semble le plus probable, encore qu'il admette que la détermination du texte initial de la loi rencontre des difficultés considérables. Lui aussi, il souligne que la caractéristique commune des textes (transmis surtout par Gaius et Pomponius) est l'effacement du renvoi à *familia* et *pecunia* de devant l'expression *suae rei*, et ce fait seul laisse à conclure que ce dernier

¹² Moriz WLASSAK: *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht I*. Akademie der Wissenschaften in Wien. Philosophisch-Historische Klasse, Bd. 215, Abh. 2. Cité par Diósdí (1964) op. cit. 88⁷, 89⁸; Diósdí (1970) op. cit. 20^{7,8}.

¹³ Cf. Gai. 2, 224; Inst. 2, 22 pr; Pomp. D. 50, 16, 120 (5 ad Q. Muc.). En ce qui concerne la littérature secondaire relative au droit de succession voir par exemple GAUDEMET op. cit. 109-115; André MAGDELAIN: Les mots « legare » et « heres » dans la Lois des XII Tables. In: *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*. Collection de l'École Française de Rome 133. Palais Farnèse, 1990. 659-677; ZLINSZKY, János: Actes à cause de mort dans le droit Romain archaïque. In: *Actes à cause de mort. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions LIX*. Bruxelles, 1992. 123–129. De la littérature moderne il faut mentionner Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER: Il rispetto per la volontà del de cuius sull'esempio dei fedecommissi romani. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité XLV* (1998). 479–480. Selon lui, le testament conforme à la loi précédait la succession légitime. Conformément à cet avis Roger VIGNERON – Jean-François GERKENS: The Emancipation of Women in Ancient Rome. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité XLVII* (2000). 109. Bien que ces idées soient acceptables, elles sont pourtant insupportable si examinées en accord avec le fragment suivant de la loi (5, 4: SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO). Ledit fragment montre clairement que la possibilité de faire un testament était exclusivement donnée à défaut des *sui heredes*.

¹⁴ Concernant les sources voir surtout Diósdí (1970) op. cit. 23; ZLINSZKY (1997) op. cit. 100–104 et 195–197.

¹⁵ Cf. Diósdí (1970) op. cit. 30.

terme contient la signification des premiers deux.¹⁶ La reconstruction de Bretone est également remarquable, car il détermine trois fois deux, donc six traditions textuelles en tout. Essentiellement, sa reconstruction aussi contient trois groupes, mais il crée sous-groupes dans chacun.¹⁷ Au regard du contenu de la loi, Bretone considère la formule « *uti legassit suae rei* » de Pomponius déjà cité comme originelle en estimant que les expressions *familia* et *pecunia* n'auraient pas été remplacé par cette dernière formule, si lesdites expressions avaient initialement figuré dans le texte de la loi. Il également considère la formule « *pecunia tutelave suae rei* » d'Ulpien comme tout à fait inacceptable.¹⁸ Récemment, Laurens Winkel aussi, dans son étude sur le rôle de la monnaie dans le droit romain, attire l'attention sur le fait que l'expression *familia pecuniaque* ne se trouve pas dans le texte de la loi.¹⁹ De plus, il constate que la *communis opinio* – surtout fondée sur les travaux de Kaser – date l'origine de cette expression au 5^{ème} siècle avant J. C.²⁰ Sur ce point, quant aux idées de György Diószdi et János Zlinszky, il faut mentionner que tous les deux auteurs prennent comme point de départ le fait que l'emploi de la notion *familia pecuniaque* tire son origine de la société et de l'économie archaïque. Cependant, Diószdi a soupçonné que l'emploi des deux termes était subséquent – comme les deux formes de la vie sociale et économique : agriculture et élevage²¹, alors que Zlinszky estime que les deux expressions étaient initialement utilisées d'une manière parallèle, puisque la société romaine archaïque était originellement une société artificielle: c'était le creuset de la population paysanne et éleveuse en même temps.²² Néanmoins, malgré cette différence d'avis, ils s'entendent sur le fait que *familia* était une notion solide et stable, toutefois la raison pour cela vient du caractère artificiel de la société ancienne:

¹⁶ ZLINSZKY (1997) op. cit. 101 et 195. En ce qui concerne l'emploi du mot *res* dans ce contexte, il faut renvoyer à la constatation de Bretone qui souligne que l'expression *res* est un *nomen generale*: résultant de la généralisation ce terme n'a qu'un caractère d'un nom collectif, mais aussi sert à remplacer les noms quelconque d'une signification spécifique, tant dans le langage quotidien que dans le langage juridique. Cf. Mario BRETONE: *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*. Roma, Editori Lateranza, 2001. 63–64. Conformément à cette idée voir aussi ERNOUT–MEILLET s. v. 'res'. Dans un contexte différent cf. en plus Thomas RÜFNER: *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*. Berlin, Duncker und Humblot, 2000. 28.

¹⁷ Cf. BRETONE op. cit. 26.

¹⁸ Cf. en détail BRETONE op. cit. 24–36.

¹⁹ Laurens WINKEL: Das Geld im römischen Recht. In: *Roman Law as a Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wieslaw Litewski*. Jagellonian University Press, 2003. 281–282. Son affirmation est primordialement exacte et valable, pourtant il ne faut pas oublier que le texte actuel de la Loi des XII Tables n'est qu'une reconstruction. En rapport avec tout cela, Zlinszky constate que la seule chose sûre est que les sources primaires servantes à la reconstruction du texte de la loi n'emploient pas l'expression *familia pecuniaque*. Par ailleurs, on ne peut pas exclure que cette tournure avait initialement fait partie du texte, et avait été effacée ultérieurement, à un temps où la signification originelle de cette tournure s'était estompée. Ainsi s'explique la considération de cette formule comme pléonasme par les juristes postclassique. En détail cf. ZLINSZKY (1997) op. cit. 195.

²⁰ WINKEL op. cit. 282.

²¹ DIÓSDI (1964) op. cit. 99–101; DIÓSDI (1970) op. cit. 29–30.

²² ZLINSZKY (1986) op. cit. 398; ZLINSZKY (1997) op. cit. 103.

c'était la seule unité dans la société qui restait sur la parenté naturelle.²³ Par rapport à cette idée, il y en a quand même qui mettent l'accent sur le caractère économique du mot *familia* – prenant évidemment une phase de développement ultérieure pour base.²⁴ L'origine de ces deux aspects est sans doute commune, et – selon notre avis – cette origine commune se trouve dans la notion de *familia pecuniaque*. Comme nous y avons initialement renvoyé en rapport avec la description ulpinienne (Ulp. D. 50, 16, 195, 1 [46 ad ed.]), l'expression *familia* contient l'ensemble des habitants d'une maison comprenant tant les personnes que les biens – sûrement venant de la tournure archaïque *familia pecuniaque*. Le fait que le terme *familia* montre une stabilité, manifeste nettement que la famille était une communauté de puissance et de biens. En outre, cette constatation n'est pas exclusivement vraie par rapport à la société romaine, il ne suffit qu'examiner le terme grec οἶκος qui signifie la maison, les membres de celle-ci et la famille à la fois, donc on y aperçoit également une notion d'un sens multiple, comme c'était dans le cas de *familia*.²⁵ Par conséquent, du point de vue de la société, la famille est la communauté de plus grande importance.²⁶ C'est Cicéron qui en donne un bon exemple dans son travail *De officiis*.

Cic. de off. 1, 54

Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae. Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Sequuntur conubia et affinitates ex quibus etiam plures propinqui; quae propagatio et suboles origo est rerum publicarum. Sanguinis autem coniunctio et benivolentia devincit homines caritate.

Le point de départ de Cicéron est que tous les vivants (*animans*) possèdent un trait commun, notamment le désir de procréer (*libido procreandi*), d'où toutes les communautés des sociétés humaines qu'il appelle *societas*.²⁷ La première parmi elles

²³ ZLINSZKY (1986) op. cit. 402.

²⁴ Cf. DIXON op. cit. 19. Voir similairement RAWSON op. cit. 16 sq. Avant de discuter l'importance économique de la *familia* et celle du *paterfamilias*, il souligne le caractère autoritaire de la *familia*, et selon lui, les rapports économiques tous viennent dudit caractère.

²⁵ Cf. Henry George LIDDELL – Robert SCOTT: *A Greek-English Lexicon*. Revised and augmented throughout by Sir Henry Stuart Jones with the assistance of Roderick McKenzie. Oxford, Clarendon Press, 1940. s. v. οἶκος. Conformément voir ZLINSZKY *Familia pecuniaque* 401; W. K. LACEY: *Patria potestas*. In: Beryl RAWSON (ed.): *The Family in Ancient Rome. New Perspectives*. New York, Cornell University Press, 1986. 121 skk.

²⁶ Il est incontestable qu'au début ce caractère de puissance était sans doute dominant, puisque le règlement de certaines affaires restaient au sein du terrain familial, qui était par ailleurs une solution très facile pour l'état-même. Sur ce sujet voir aussi ZLINSZKY (1986) op. cit. 402.

²⁷ Cf. *Oxford Latin Dictionary* s. v. 'societas' qui souligne un but, une motivation commun (common

est le mariage (*coniugium*)²⁸; suivie par celle des enfants, puis l'habitation d'une même maison. Ces trois « niveaux » de *societas* sont considérés par Cicéron comme le principe de la cité, et comme la pépinière de la république (*principium urbis, quasi seminarium rei publicae*).²⁹ Par tout cela, Cicéron en effet définit *familia proprio iure*, omettant pourtant le groupe des *famuli servi*. Après cela, il énumère les frères, les cousins et leurs enfants qui vont habiter ailleurs, et forment d'autres colonies (*in alias domos tamquam in colonias exeunt*), une seule maison ne pouvant plus les contenir (*cum una domo iam capi non possint*). Enfin viennent les alliances par mariages (*connubium*), et par parenté (*affinitas*) qui augmentent encore le nombre des parents. Toutes ces expansions – qui décrivent essentiellement la *familia communi iure* – forment l'origine de la *res publica* (*origo est rerum publicarum*).³⁰

À titre de conclusion, il faut mentionner que l'affirmation de Rawson est absolument valable, selon laquelle la santé de la société peut être mesurée par la situation de l'institution de la famille.³¹ Une fois dans l'histoire de Rome l'institution du mariage et de la famille a traversé une crise: contrairement aux mariages, c'était le concubinage (*concubinatus*) qui a commencé à se reprendre.³² C'était le temps où la *lex Iulia de maritandis ordinibus* et la *lex Papia Poppaea* se datent qui sanctionnaient les célibataires et les couples sans enfants, par des mesures d'incapacité testamentaire, les défavorisant dans le partage d'héritage. Ces mesures législatives avaient pour but de rétablir le prestige social du mariage romain.³³ L'analyse détaillée de ces lois déborderait du cadre de cet écrit, on peut cependant déterminer selon la littérature secondaire³⁴ que tant les lois d'Auguste que les mesures prises ultérieurement ont bien changé le contenu juridique du mariage et de la famille, en préservant en même temps

purpose). Voir analogiquement FINÁLY, Henrik: *A latin nyelv szótára*. [Dictionnaire de la langue latine] Budapest, Akadémiai Kiadó, 2002, s. v. 'societas'.

²⁸ En ce qui concerne le terme *coniugium*, il faut insister sur le fait que cette expression – contrairement à *connubium* – marque une communauté fondée sur un instinct naturel, cela est ainsi applicable également aux animaux. Cf. *Oxford Latin Dictionary* s. v. 'coniugium'; FINÁLY s. v. 'conjugium'. Quant à la signification plus large (relation, liaison) voir par exemple Lucr. 3, 845-846: „[...] qui comptu coniugioque / corporis atque animae consistimus uniter apti”.

²⁹ La signification du mot *seminarium* est originellement 'pépinière', d'où vient aussi un sens figuré, renvoyant à quelque chose de ce que une autre entité est formée. Cf. *Oxford Latin Dictionary* s. h. v.; ERNOUT-MEILLET s. v. 'sero'; FINÁLY s. h. v.

³⁰ Un bon exemple de cela peut être examiné chez Liv. 4, 1 en rapport avec la *lex Canuleia* qui a rendu possible les mariages entre patriciens et plébéiens. Voir aussi Robert VILLERS: Le mariage envisagé comme institution d'État dans le droit classique de Rome. In: *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt* II. 14. 287.

³¹ Cf. RAWSON op. cit. 1.

³² Dans la littérature secondaire voir e.g. VILLERS op. cit. 293; Susan TREGGIARI: *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*. Oxford: Clarendon Press, 1993. 52.; FÖLDI-HAMZA op. cit. 253.

³³ KASER op. cit. 318; TREGGIARI op. cit. 60.; FÖLDI-HAMZA op. cit. 254-255. De ces lois, la *lex Iulia de maritandis ordinibus* était une proposition par Auguste; la *lex Papia Poppaea* était proposée par les deux consuls. Cf. KASER op. cit. 319.; VILLERS op. cit. 294-295.

³⁴ Cf. e.g. VILLERS op. cit. 295-298.

la place et l'importance sociale desdites institutions. À notre avis, le changement de contenu peut être bien perçu dans le cadre de la notion *familia pecuniaque*, et surtout dans l'évolution de la notion de *familia*. Pourtant, il faut également souligner que la famille – comme attesté par Cicéron – n'était pas exclusivement une institution crétienne, mais cela possédait – et possède aujourd'hui aussi – une racine naturelle, donc la famille en tant qu'un phénomène social trouve son origine dans le droit naturel.

THE IMPORTANCE OF MAINTAINING FAMILY CONTACTS FOR INMATES DURING IMPRISONMENT

György VÓKÓ
Pázmány Péter Catholic University

Persons who violate social norms of the human community, individual and human rights shall be sanctioned by the society, while the community tries to redress violated rights in the interest of social justice and conciliation. This goal may be achieved by the application of a sanction against the perpetrator of the criminal offence and redressing legal balance, perturbed by the committed criminal offence.¹ European legal systems – while highlighting the individual and civic rights of the person – consider the necessity of the restriction of human rights as evidence, but exclusively within the bounds of reason, with a view to protect important interests of the society. All criminal sanctions comprise either the deprivation or the restriction of some rights of the perpetrator, which shall be provisional and proportional to the criminal act. The gravity of these sanctions is reflected by the denomination of the applied punishment or measure: imprisonment, suspension of the licence for practicing certain professions, etc. Such deprivation or restriction of rights shall be prescribed only by an act of the Parliament. That is the substance and the core of each sanction. Nevertheless, neither the protection of the society and its members nor the infliction of penalties or the prevention of criminality shall mean the privation of all rights, but they must also serve the reintegration of the delinquent into society and his or her rehabilitation, as worded by laws and documents on human rights. However, the reintegration to society seems to be more painful and it produces more difficulties without any family contacts. It occurs frequently that the released prisoner has no one or nowhere to turn for help, as he or she has probably lost contact with his or her family and friends during the imprisonment. Even if the prisoner is determined on his or her release never to commit a criminal offence again, nothing can be done if

¹ György VÓKÓ: *The Effects of the Guarantee System of Human Rights and Legality on the Delinquents*. In: Walter de GRUYTER: *Psychology and Criminal Justice*. Berlin–New York, 1998. 456.

he or she cannot obtain employment, he or she has neither a family to wait for, nor friends to give a helping hand.² The former prisoner continues to be 'stigmatized', he or she will be outcast by other people for a long time, and therefore it will be difficult for him or her to begin a new life. According to the information obtained from recidivists purging imprisonment, the reasons leading to their recidivism (in case of some convicted there is more than one reason for recidivism) are responsible in the majority of cases (41%) to the absence of adequate family contacts. They considered that 46% of the reasons, leading to their recidivism had been expressively linked to their entourage after their release from prison (decomposition of the family life, inadequate relations with family and relatives, influence of the Roma community on the concerned recidivist, etc.). For 32.5 % of the convicts who also listed alcoholism as a reason for their recidivism, post-release circumstances had also a great importance. In the course of the reintegration in the society of the released prisoner, the first six months seems to be decisively important. The implication of the positive influence of the family has been reported by a statistical survey with a representative sample selected from convicted males. Among married male prisoners, only 15 % have become recidivist; while 33% of single males and 26% of divorced males convicted have been unable to desist from crime.³ Certain prisoners, released from imprisonment have suffered the loss of contact with their family, as they did not have any lodgement, nor had bonds either with friends or relatives.

The convicted also misses his or her family, which is forgiving and offers a sense of security, with each member taking responsibility for the others. The family represents the affection and confidence, the centre of all individual relationships, the place of departures and arrivals, that of affectionateness, responsibility, duties, recreation, and the sense of belonging to its other members. The family has a considerable formative effect on every one; it is within the family that one can discern beauty and noble things, humanity, and the affection of belonging together as one unit. Nowadays, sciences attribute eminent importance to the role of the family in the forming of public and social relationships as well as the sense of solidarity towards each other. Family life should be infiltrated by the experience of the individual of the community and of his or her participation in its everyday events, as well as the contribution to the common interests of the society. The family is able to offer an excellent milieu to the development of noble characteristics of the individual, as well as to the impetus to the respect of the rights of other people. Family life is the first school for everyone.

Every prisoner – convicted to imprisonment and those in preliminary detention – has the right to keep certain contacts with the outside world, and authorities of the penitentiary have to make efforts to create circumstances, which allow the best solutions to maintain these contacts.

Traditionally, these relations manifest, in case of prisoners, in the form of

² György Vókó: *Europäisches Strafvollzugsrecht*. Passau, Schenk Verlag, 2009. 140.

³ Vókó, György: *A magyar büntetés-végrehajtási jog*, Budapest-Pécs, Dialóg Campus Kiadó, 1999. 453.

correspondence, telephone calls and visits, but there are also other channels of electronic communication, offered by modern techniques, provided that the tolls assuring their control are at the disposal of penitentiary authorities.

Moreover, contacts with the outside world are indispensable for alleviating potentially mortifying effects of life in prison. Persons in preventive detention should also have the opportunity to maintain contacts with the outside world, and restrictions, eventually imposed should be carefully examined regarding their undoubted necessity.

Untried prisoners shall be allowed to have contacts with family and other persons in the same way as convicted prisoners.⁴

Prisoners shall be allowed to communicate as often as possible by letter, telephone or other forms of communication with their families, and to receive visits from these persons.⁵

This rule is in conformity with the disposition laid down in Article 8, Paragraph 1 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which specifies that everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. Paragraph 2 of this Article declares that „There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

The International Covenant on Civic and Political Rights contains a more articulated disposition in its Article 17, [Paragraphs 1 and 2], under which “No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

„Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” The disposition worded in Paragraph 1 reiterated in Article II-67 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union as follows: „Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications”. This disposition shall be applied also to prisoners; their right to respect for their private and family life and communication shall not be restrained arbitrarily or contrarily to the law. The right to respect for the private and family life in the framework of the penitentiary law – as third issue constituting ‘liberties’ – shall be observed completely.⁶

⁴ See the Annex to the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Rule 99.

⁵ See the Annex to the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Rule 24.1.

⁶ Vókó, György: *Európai büntetés-végrehajtási jog*. Budapest-Pécs, Dialóg Campus Kiadó, 2006. 85–86.

Article 8 of the European Convention on Human Rights recognizes the right of everyone to respect for his private and family life and correspondence. Rule 24 of European Prison Rules shall be read as determining the responsibility of the authorities of the penitentiary with regard to the respect for this right under the fundamentally restricting circumstances of prisons. This rule covers also visits, which represent an utmost important form of communication.

As the European Court of Human Rights (ECtHR) highlighted in a particular case with regard to a complaint concerning the violation of Article 8 of the Convention, such restriction shall be considered as being in conformity with the Convention only if the interference is „determined by an Act of the Parliament, and is necessary in a democratic society” for the protection of a legitimate purpose, enumerated in Article 8, Paragraph 2 of the Convention. The ECtHR held – while referring to Article 118, Paragraph 1, item d), and Paragraph 2 of the several times amended Law-decree 11 of 1979 on the execution of criminal punishment and measures – that „the interference had been determined by an Act of the Parliament.” As for myself, I would complete this reference with the disposition laid down in Act on Criminal Proceedings, Article 135, Paragraph (3), under which: „The defendant held in pre-trial detention may only be subjected to restrictions following from the nature of the criminal proceeding, or required by the rules of the institution, executing the detention.” In a particular case, the ECtHR considered the allegation admissible, under which the purpose of the limitation was the effective conducting of the criminal investigation, and its duration was not disproportionate to the obtainable purpose (the prohibition had been applied at the beginning of the procedure). The ECtHR referred to the principle developed in the jurisprudence namely, that in general, limitations, which would be unjustified against a person at large, may be admissible against a convicted prisoner or a defendant in pre-trial detention, which is subject to criminal investigation, as there is often a risk of complicity. Taking into consideration this argumentation, the ECtHR held that the limitation had been in conformity with the disposition of Article 8, Paragraph 2.⁷

The control of maintaining contacts with the outside world does not mean prohibition. It must be highlighted that the instance(s) of Strasbourg has/have always conceded the simple control of the correspondence of the convicted prisoners and that of the defendant, being in pre-trial detention, except for the correspondence with their lawyer and public authorities. This kind of control exists in all Member States of the Council of Europe, being justified by security considerations. The Court recognised that some measure of control over prisoners’ correspondence is not of itself incompatible with the Convention, but the resulting interference must not exceed what is required by the legitimate aim pursued.⁸

⁷ Kokavecz vs. Hungary. www.im.hu

⁸ Pfeifer and Plank vs. Austria, Application no. 10802/84; 25 February 1992.

There are also different channels of communication, other than correspondence. In the *Malone* case⁹ the Court summarized the general requirements to be applied to the use of telephone. The Court specified that each Member State should formulate with sufficient precision the dispositions on the use of telephone by detainees. The supervision of the telephone calls must not constitute a general practice; it may only be applied in case of justified suspicion against a definite person. The extension of this measure covers not only the interception of telephone calls, but also the 'metering' (the process known as 'metering' involves the use of a device (a meter check printer) which registers the numbers dialled on a particular telephone and the time and duration of each call in the United Kingdom). In another case, in 1993, it was held by Strasbourg, that a telephone conversation did not lose its private character solely because its content concerned or might concern the public interest.¹⁰ (In that case of attempted manslaughter, the criminal offence was not accomplished.)

Visits constitute the primary and most direct form of maintaining contact. Receiving visitors is at the same time a fundamental right of the detainee. „The arrangements for visits shall be such as to allow prisoners to maintain and develop family relationships in a normal manner as possible. Prison authorities shall assist prisoners in maintaining adequate contacts with the outside world and provide them with the appropriate welfare support to do so.”¹¹

In the sense of Article 36, Paragraph (1) items b) and c) of the Law-decree on the execution of punishments, „In Hungary, the convicted detainee has the right [...] to communicate by correspondence with his or her relatives as well as persons whom he or she has denominated and authorized by the concerned establishment of penitentiary; the frequency and length of the letters shall not be limited; to receive visitors at least once a month; when required by security considerations of the penitentiary establishment, the convicted detainee shall communicate with his or her visitors through bars”. The commandant (director) of the penitentiary establishment shall order the latter form of communication, as well as that the conversation between the detainee and his or her visitor took place in a manner, that the visitor initiates a telephone call from a covered cabin.

Thus, independently of the gravity of the security regime applied to the convicted detainee, he or she shall be authorized to receive visitors at least once a month, namely, the visit by two minors and two majors at the same time. The time and duration of these visits shall be determined by the commandant/director of the concerned penitentiary institution. The duration may be prolonged in individual cases by 30 minutes each. Visits shall be delivered on the premises, designated for this purpose; both the detainee and his or her visitors shall be sitting at a table.

The detainee may be authorised to eat aliments – after having been checked – that his or her visitor has brought from outside the prison or bought on site, or take the

⁹ *Malone vs. United Kingdom* case, Application no. 8691/79; 2 August 1984.

¹⁰ *Case of A. vs. France* (Application no. 14838/89); 23 November 1993.

¹¹ Annex to the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Rules 24.4. and 24.5.

food, bought on site away to the detention area. During visits, only beverages bought on site or provided by the penitentiary establishment are allowed. The convicted detainee may offer gifts or any other item only if it is authorised by prison staff. Both the detainee and his or her visitors shall be advised on the eventuality of the supervision of their conversation. On the detainee's demand – in exceptional cases – the detainee may be transferred to the penitentiary establishment which is closest to his or her domicile with a view to facilitate the occurrence of visits, but only with the common permission given by the commandants /directors of the two prisons concerned. The convicted detainee may be visited by his or her relative purging his or her imprisonment in another penitentiary establishment only with the common permission of the commandants of the two prisons concerned. The costs of the transfer shall be assumed by the transferred prisoners, except for cases, when his or her journey takes place in the framework of regular transfers between the two prisons.

Prisoners accommodated in cells or units of special security shall be authorised to have conversations with their visitors only from a closed cabin; they must not accept any food or other things from their visitors and they must not give them such items, either. Notices on the visits for persons, that have been designated by the detainee shall be given by the penitentiary establishment through the latter. This notice shall contain – among other things – the eventuality of the checking of the clothes and packs of visitors, as well as information on the rules of staying in the penitentiary establishment.

Persons, who have been enjoined by the public prosecutor or the judge in the interest of the efficiency of the ongoing criminal procedure, or the comportment of whom probably would endanger the security of the penitentiary establishment according to the disposable information, shall be excluded from visits. The visit may be interrupted if the convicted or the visitor breaches the order of the visit, and he or she does not cease his or her disturbing comportment despite a warning by the prison staff. The visit must be interrupted if the comportment of the convicted or the visitor directly violates or endangers the security of the penitentiary establishment.¹²

The relevant disposition applicable to juvenile offenders disposes that „a meeting of parents may be convoked in the penitentiary establishment of juveniles, and relatives may also be invited to any event organised for juvenile detainees.”¹³ Persons serving confinement for misdemeanours are also authorised to be in correspondence with their relatives and persons which they have denominated and are authorised by the penitentiary establishment, and have the right to receive visitors at least once a month.¹⁴

According to the explanations to the new European Prisons Rules, the term ‘family’ should be interpreted in a larger sense, in a manner that also covers relationships,

¹² Decree no. 6/1996 (VII. 12.) of the Minister of Justice on the rules of the execution of imprisonment and the pre-trial detention, Articles 88–90.

¹³ Decree no 6/1996 (VII. 12.) of the Minister of Justice, Article 213, Paragraph 2.

¹⁴ Law-decree on the execution of punishments, Article 124, Paragraph 2, items b) and c).

which have been formulated between the detainee and another person similarly to that with the members of his or her family, even if this relationship is not formalised.

Rules 24.6, 24.8 and 24.9 of the European Prison Rules aim at guaranteeing that prisoners receive any important information on their close relatives, and that concerned persons out of the prison – which are important for prisoners – receive also effective information on them. Detainees should be assisted in communicating information on their person and provided with the appropriate welfare support to do so. This rule attempts to maintain a just balance between the recognition of the right of persons out of the prison, which are important for prisoners to be informed on certain events – in some cases, the prison authorities have the duty to inform these persons – and the right of the prisoners not to communicate certain information concerning their persons, if they desire to do so. „Any information received on the death or serious illness of any near relative shall be promptly communicated to the prisoner. Whenever circumstances allow, the prisoner should be authorised to leave prison either under escort or alone in order to visit a sick relative, attend a funeral or for other humanitarian reasons.” Prisoners shall be allowed to inform their families immediately of their imprisonment or transfer to another institution as well as of any serious illness or injury they may suffer.

Upon the admission of a prisoner to prison, the death or serious illness of, or serious injury to a prisoner, or the transfer of a prisoner to a hospital, the authorities shall, unless the prisoner has requested them not to do so, immediately inform the spouse or partner of the prisoner, or, if the prisoner is single, the nearest relative and any other person previously designated by the prisoner.¹⁵ All these rules exist also in Hungarian prison law.

Resolution A4-0369/98 of the European Parliament – adopted on its sitting of 17th December 1998 – firmly called on the Member States that families of prisoners in particular should be taken into account, unless there are specific and justified grounds for not doing so (possible involvement in crime, links to organised crime or particular kinds of terrorism, etc.), by ensuring that whenever possible prisoners are held in a place close to the home of their families and by encouraging family and conjugal visits with special areas designated for this purpose, given that spouses and children always play an extremely positive role in helping prisoners to change their ways, become more responsible and re-establish themselves in society. The European Parliament urges to take into account the family relations of detainees.

According to the Law-decree on the execution of punishments, Article 22, Paragraph 3, „the prisoner should be authorised to leave prison either under escort or alone in order to visit a sick relative, attend a funeral of a relative or for other humanitarian reasons. The commandant / director of the penitentiary establishment may order the use of handcuffs and – in exceptional cases – may prohibit a visit, or refuse the permission for the prisoner to attend a funeral.”

¹⁵ Annex to the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Rules 24.6, 24.7, 24.8 and 24.9. and 24.5.

The above disposition of the Law-decree on the execution of punishments has a humanitarian character; naturally, the decision of the prison commandant on the refusal of the permission may be challenged by lodging a complaint.

The untried detainee should be authorized to visit a gravely sick relative or attend a funeral on the basis of the decision of the public prosecutor – until the rendering of a decision in the preliminary proceeding of the trial, and after by the authorisation of the judge, but in all cases exclusively under escort.¹⁶

A complaint may be lodged against the said decision of the public prosecutor to the hierarchically superior public prosecutor; meanwhile the ruling of the judge may be contested by lodging an appeal to the court of appeals. According to the Law-decree on the execution of punishments, Article 50, Paragraph 2, the contribution of relatives of juvenile delinquents to their education and promoting their reintegration to the society should be made use of.

It is most useful for all detainees – not only for those convicted – to maintain family contacts. Therefore, effective measures should be taken – and not only measures for the sake of appearances – with a view to support detainees to successfully return to the society, their family life and work.¹⁷

In conformity with the Law-decree on the execution of punishments, Article 113, „the purpose of the post-release assistance to prisoners is that the released person from imprisonment could benefit of social arrangements designed to assist them in returning to the free society after release.”

„Accordingly, the probation officer [...] if necessary, shall assist the convicted person in the rebuilding of his or her familial contacts.”¹⁸

Nevertheless, contacts with family and visits by family members are of crucial importance not only for the detainees, but also for the members of their family. Affectionate family ties must be kept alive with the other members of the family and *vice-versa*, as to assist the errant delinquent. Therefore, family members are able to persuade the delinquent from returning to a life of iniquity, thus directing him or her in the right way.

Contacts with the family are an efficient tool for reducing potentially detrimental effects of the imprisonment. Thus, such contacts are also able to abate destructive effects of the imprisonment on the detainee's personality, including those of the 'prisonisation'. One such effect is deprivation; it means that imprisonment deprives the detainee not only of his or her liberty, but also of different goods and services. Despite all efforts, the imprisonment does not provide the appropriate circumstances for strengthening the morality of detainees; on the contrary, in many cases, it leads to their moral corruption and criminal infection. The prison slang term 'prison-school' is used for characterising this phenomenon. Isolation breaks down the detainee's self-esteem, his or her self-sustaining ability, communicative and other social skills,

¹⁶ See the Law-decree on the execution of punishments, Article 118, Paragraph 3.

¹⁷ Annex to the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Rule 33.3.

¹⁸ See the Law-decree on the execution of punishments, Article 114/A, Paragraph 2., item c).

which would be crucial in the outside world on release with a view to avoid re-offending.¹⁹

The crucial role of the family in helping prisoners to change their ways, become more responsible and re-establish themselves in society is incontestable. Therefore, authorities should make arrangements for assuring that visits shall be such as to allow prisoners to maintain and develop family relationships in a normal manner as possible.

During preventive detention – when these contacts may suffer limitations and restrictions with a view to assure the efficiency of the criminal proceeding – the utmost care should be taken to find the just necessary extent of the restrictions to be imposed.

These are the reasons why family contacts must be protected and safeguarded.

¹⁹ György Vókó: *Brott, straff och verkställighet. Ungersk Straffrätt under reformering*. Stockholm, Juridisk Tidskrift, 2009–10. 624–638.; 766.

GEDANKEN ZUR ENTWICKLUNG DES FAMILIENRECHTS IN UNGARN

Gábor JOBBÁGYI
Katholische Universität Pázmány Péter

1. Die Entwicklung des Familienrechts bis zum Zeitalter des Sozialismus

1.1. Das ungarische Recht im Mittelalter

Die Jurisdiktion bezüglich der Familie und der Ehe sowie der persönlichen Verhältnisse wurde vom ungarischen Recht des Mittelalters einschließlich der Rechtsetzung, der Rechtsprechung und der Verwaltung grundsätzlich in der Zuständigkeit der Kirche gelassen (kanonisches Recht). Das Tripartitum stellt die Verpflichtung zur Erziehung eines neugeborenen Kindes als eine natürliche Pflicht dar, von der keine gesetzgebende Gewalt entbinden und deren Erfüllung von niemandem verboten werden kann (Vorwort). Die vermögensrechtlichen Beziehungen in Verbindung mit der Familie entstanden durch das Gewohnheitsrecht. Im Tripartitum Werbőczys lassen sich zahlreiche Bestimmungen über vermögensrechtliche Beziehungen innerhalb der Familie finden (Treulohn, Verlobungsgeschenke, Quartalium usw.). Die Reformation versuchte einen Teil der Regelung von familiären Beziehungen in den Einflussbereich der reformierten Kirche zu übertragen. Dies verursachte Jahrhunderte lang Streitigkeiten und Konflikte z.B. im Zusammenhang mit „Mischehen“ (gemeint sind Eheschließungen von Ehepartnern verschiedener Konfessionen), bzw. bezüglich der Regelung des Religionsbekenntnisses von Kindern aus Mischehen. Man versuchte diese Probleme überwiegend durch königliche Erlässe, z.B. durch das Eherechtspatent von Josef II. zu lösen – ohne Erfolg. Das Gesetz Nr. XX vom Jahre 1848 deklarierte die Gleichberechtigung aller Konfessionen, die sich hieraus ergebenden Konsequenzen in Bezug auf das Eherecht wurden jedoch nicht gezogen.¹

¹ FRANK, Ignác: *A közigazság törvénye Magyarhonban*. Buda, 1845. 161–177. TÁRKÁNY SZÜCS, Ernő: *Magyar jogi népszokások*. Budapest, Akadémia Kiadó, 2003. 405–499. SIPOS, István – GÁLOS, László: *A katolikus házasság rendszere*. Budapest, Szent István Társulat, 1960. 33–91.

1.2. Das bürgerliche Zeitalter

Ab der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts fiel die Rechtsetzung, die Rechtsprechung und die Verwaltung im Eherecht aufgrund der historischen Entwicklung in den Entscheidungsbereich der jeweiligen zuständigen Organe der Kirchen. Als Resultat daraus galten in Ungarn acht verschiedene kirchliche Eherechtsordnungen (wobei in der Zeit des Inkrafttretens des ABGB im Jahre 1852 auch die staatliche Auflösung der Ehe für Nicht-Katholiken bekannt war, Katholiken konnten wegen des Verbotes der Scheidung nur „die Trennung von Tisch und Bett“ beantragen). Dies bezog sich auf das Eheband und auf die persönlichen Verhältnisse der Ehepartner. Die Grundidee der bürgerlichen Eheschließung, wonach die Ehe einen Vertrag darstellt, welcher in bestimmten Fällen aufgelöst werden kann, stellte einen bedeutenden Schritt zur Gleichberechtigung der Frauen hinsichtlich ihrer persönlichen und Vermögensrechte dar. Das Gesetz Nr. XXXI vom Jahre 1894 über das Eherecht, bzw. das Gesetz Nr. XX vom Jahre 1877 über die Regelung von Vormundschaft und Pflegschaft waren Meilensteine auf dem Weg zum europäischen Rechtssystem jener Epoche, gleichwohl haben sie zahlreiche Bestandteile aus dem Gewohnheitsrecht (z.B. das eheliche Vermögensrecht) unangetastet gelassen. Durch das Gesetz Nr. XXXI vom Jahre 1894 wird die obligatorische Zivileheschließung eingeführt – dadurch wird der durch die Kirchen geschlossenen Ehe jedwede staatliche Rechtswirkung aberkannt – und die Auflösung der Ehe aufgrund des sog. „Verschuldensprinzips“ ermöglicht.

1.2.1. Die wichtigsten Merkmale des ungarischen bürgerlichen Familienrechts:

- a.) Es betrachtet familiäre Verhältnisse als Bestandteil des Privatrechts;
- b.) Es führt die Ziviltrauung ein, wodurch grundsätzlich die Ehe als eine auf einen Vertrag basierende Verbindung betrachtet wird, die bei Vorliegen bestimmter Gründe durch ein Zivilgericht aufgelöst werden kann;
- c.) Es hält bestimmte Rechte für den „Mann als Familienoberhaupt“ aufrecht, stärkt jedoch auch die Position der Ehefrau im Vergleich zu den vergangenen Epochen;
- d.) Es verwirklicht eine gesetzliche Regulation, übernimmt jedoch zahlreiche Elemente aus dem kanonischen und aus dem Gewohnheitsrecht aus der Praxis der vergangenen Zeiten und strebt dadurch die Rechtskontinuität an.²

1.3. Die sozialistische Epoche

Das sog. „sozialistische Familienrecht“ brachte nach 1945 wesentliche Änderungen. Die familienrechtliche Rechtsetzung und die Rechtswissenschaft der Sowjetunion – welche faktisch einen Bruch mit dem bürgerlichen Familienrecht und der

² SZLADITS, Károly: *Magyar magánjog. Családi jog.* Budapest, Grill Kiadó, 1940. 1–572. NAGY, Domonkos: *Házassági jog és a Kuria gyakorlata.* Budapest, Attila Nyomda, 1940. 1–334.

Rechtsetzung der vergangenen Epochen bedeuteten – übten einen eigenständigen und wesentlichen Einfluss auf die ungarischen Verhältnisse aus. Die ungarische Rechtsetzung und Rechtswissenschaft hat jedoch (z.B. durch die Werke von Endre Nizsalovszky und Emília Weiss) zahlreiche Eigenheiten und Werte beibehalten können. Als Ergebnis dessen hat sich das ungarische Familienrecht nicht so stark von den europäischen und nationalen Traditionen entfernt wie z.B. das Recht der Sowjetunion.

Das Gesetz Nr. IV vom Jahre 1952 über die Ehe, die Familie und die Vormundschaft (modifiziert durch das Gesetz Nr. I vom Jahre 1974, durch das Gesetz Nr. I vom Jahre 1986 und durch das Gesetz Nr. XV vom Jahre 1990) stellt die Grundlage unseres heutigen Familienrechts dar, aufgrund dessen die wichtigsten Abweichungen des sozialistischen Familienrechts vom Recht der früheren Epoche wie folgt zusammengefasst werden können:

- a.) Das Familienrecht ist ein selbstständiger Zweig des Rechtssystems;
- b.) Die Ehe stellt keinen Vertrag dar, die Verbindung mit dem Privatrecht (Zivilrecht) wird geschmälert;
- c.) Das Recht zur Auflösung der Ehe wird wesentlich vereinfacht;
- d.) Frauen werden in den familiären Verhältnissen durch die Aufhebung der Macht des Familienoberhauptes gleichberechtigt. (Es entsteht zwangsläufig das Familienmodell mit zwei Erwerbstätigen, welches die Belastung der Frauen in Wirklichkeit erhöht hat.)
- e.) Es erfolgt ein fast vollkommener Bruch mit den moralischen und gewohnheitsrechtlichen Grundlagen der vergangenen Epoche, wodurch das Gewicht des positiven Rechts in diesem Bereich stark zunahm.

Die in der zweiten Hälfte des XX. Jahrhunderts vollzogenen wesentlichen Änderungen in der Rechtsetzung der bürgerlichen Rechtsstaaten, infolge deren das Recht zur Auflösung der Ehe wesentlich vereinfacht und erleichtert, die Gleichberechtigung der Frauen und der Schutz der Rechte von Kindern bewirkt wurde, können nicht außer Acht gelassen werden

Diese Prozesse gingen bedauerlicherweise mit dem Phänomen einher, dass die Anzahl von geschiedenen Ehen, von alleinerziehenden Elternteilen und von Lebensgemeinschaften sprunghaft erhöht wurde und dadurch die Zahl von Kindern, die bei einer alleinerziehenden Person oder in gemischten Familien (Patchworkfamilien) aufwachsen, gewaltig angestiegen ist. Die zunehmende Auflösung der Familien ist ein typischer Prozess der entwickelten Länder des XX. Jahrhunderts, gleichwohl ein außerordentlich schädigendes Sozialphänomen. Der Grund der Krise ist, dass die Auflockerung der rechtlichen Rahmenbedingungen bei einem bedeutenden Teil der Gesellschaft mit der Auflösung der Moral einherging.

1.4. Staatliche Familienpolitik in der sozialistischen Ära und nach 1990 Auswirkungen der Politik auf die Situation der Familien³

Die vorab analysierten Änderungen der Rechtsnormen in der sozialistischen Zeit förderten die bewusst familien-, Kindes- und lebensfeindliche Politik des Staates. Diese Tatsache wird dadurch belegt, dass das Wachstum des Lebensniveaus im Parteistaat sowohl auf familiärer als auch auf gesellschaftlicher Ebene hierauf basierte. Setzt man das heutige Existenzminimum (HUF 20.000) an und veranschlagt die für jeweils ein Kind anfallenden sozialen, Schulungs- und gesundheitlichen Ausgaben pro Monat mit etwa derselben Summe, so belaufen sich die Kosten für die Erziehung eines Kindes auf etwa HUF 500.000,- pro Jahr. In 18 Jahren wächst diese Summe auf HUF 9.000.000 an. Wenn diese Zahl mit dem in 35 Jahren entstandenen Geburtenminus von 2.000.000 Personen multipliziert wird, kommt man auf die Summe von HUF 18.000 Milliarden. Somit wurde mit der demographischen Katastrophe für die ungarische Gesellschaft und die ungarischen Familien eine Ausgaben-Einsparung in horrendem Ausmaß erzielt. Es muss jedoch angemerkt werden, dass die erwähnte Einsparung an den Ausgaben in Höhe von HUF 18.000 Milliarden eine tief unten angesiedelte Größe darstellt (der demografische Verlust beträgt mehr als 2.000.000 Personen, mit den Daten anderer Länder verglichen: hunderttausende Frauen wurden durch die Schwangerschaftsabbrüche und Empfängnisverhütung unfruchtbar oder sie erlitten ständig Fehlgeburten auch die nicht geborenen Kinder hätten Nachkommen haben können, usw.) und die Erziehungskosten des Großteils der Kinder lagen höher als das Existenzminimum.

- a.) In den vergangenen Jahrzehnten wurden den ungarischen Staatsbürgern die politischen und menschlichen Rechte aberkannt; als Ersatz haben sie das „Recht“ zur sexuellen Freizügigkeit erhalten. Zu unverantwortlichen und freien Geschlechtskontakten ist es unbedingt erforderlich, sich „ungewolltem“ Nachwuchs einfach entledigen zu können. Daher kann Kinderlosigkeit als wesentlicher Faktor der Verbesserung der politischen Stimmung und als Ersatz betrachtet werden.
- b.) Die Familie stellt in einer jeden Gesellschaft eine menschliche-gemeinschaftliche-wirtschaftliche Einheit dar (sie ist eine „Gerillabasis“, wie Gábor Czákó formuliert). Es stand im Interesse der totalitären Staatsgewalt, keine „Gerillabasen“, sondern möglichst viele isolierte, außerhalb familiärer Bande lebende Menschen untertan zu haben. Die Zerstörung der Familie war somit ebenfalls ein grundsätzliches politisches Ziel.

³ A *Családjogi Törvény*. Budapest, KJK, 1955. 5–462. *Polgári jog. Családjog*. Budapest, HVG-Orac, 1953–1977. 1–394. CSIKY, Ottó – FILÓ, Erika: *Magyar családjog*. Budapest, HVG-Orac, 2003. 5–395.

2. Welche waren die Mittel der Politik?

2.1. Rechtliche Mittel

- a.) Privilegierter Status des kinderlosen Ehepartners beim Erbfall (der Ehepartner ist der einzige Erbe, sofern es keine Kinder gibt);
- b.) Begünstigte Position der Alleinlebenden (z.B. Witwenrente, Nießbrauchrecht für den überlebenden Ehepartner);
- c.) Abschaffung der der Stabilität der Ehe dienenden Institutionen (z.B. Verlobung, Mitgift);
- d.) Außerordentliche Vereinfachung der Scheidungsbedingungen;
- e.) Außerordentliche Erschwerung der Familiengründung, der Schaffung eines Zuhauses und der Sorge für Nachwuchs für junge Leute;
- f.) Außerordentliche rechtliche Erleichterung des Zugriffs auf die Empfängnisverhütung und den Schwangerschaftsabbruch.

2.2. Die Eigenheiten des Finanzsystems

In Ungarn konnte im Falle der Mehrheit der Familien nicht über ein „Familienunterstützungssystem“ gesprochen werden. Die Wirtschaftspolitik der vergangenen Jahrzehnte bewirkte einen beispiellos hohen Einkommensentzug von den Familien, von dem nur ein Teil zurückgegeben wurde (dies nannte man Familienunterstützung!). Wenn man aufgrund der Mehrheit der Familien eine Bilanz zieht, kann man feststellen, dass die Abzüge um Größenordnungen höher lagen als die Zuschüsse. Dazu gehören folgende Faktoren:

- a.) Es wurde in diesen Jahrzehnten keine die Anzahl der unterhaltenen Personen berücksichtigende Familienbesteuerung geschaffen;
- b.) Der Familienzuschuss deckte nur einen Bruchteil der wirklichen Unterhaltskosten;
- c.) Es existierte kein, die Familiengründung und den Nachwuchs junger Leute wirklich unterstützendes Kreditsystem;
- d.) Es existierten keine, die Familien unterstützenden gesonderten finanziellen Fonds.

2.3. Das vollkommene Fehlen des Schutzes von Leibesfrucht und Leben

In den vier Jahrzehnten existierten keine Schutzzentren für Familie und Leben, keine das Leben befürwortende Informationsbroschüren zur Aufklärung und keine Propaganda über den Schutz des Lebens. Die gegenwärtig tätigen Zivilorganisationen zum Schutze des Lebens sind – überwiegend infolge der Ermangelung eines finanziellen Hintergrund – schwach und ihr Einfluss gering. Die den Schutz der Familie, der Kinder und des Lebens befürwortende Betrachtung war in den vergangenen Jahrzehnten in der ungarischen Presse stark in den Hintergrund gedrängt worden und ist es heute noch. Ein die Kinder, die Familie und das Leben befürwortender Unterricht findet in den Schulen keinen Vorrang. Der Staat hat in diesem Bereich den

Zugriff auf die Empfängnisverhütung und den Schwangerschaftsabbruch durch ein staatliches Institutions- und Rechtssystem absolut leicht gemacht.

Zusammengefasst: Der Sinn der kinder- und familienfeindlichen Politik des ungarischen Staates kann im nachstehenden Gedanken zusammengefasst werden: „Will der Staatsbürger nicht am Bettelstab enden, ist ihm für seine Kinderlosigkeit oder für wenig Nachwuchs eine Belohnung gewiss.“ Die demografische Katastrophe ist nur ein Bestandteil dieser Politik. Die Folgen sind wesentlich schwerwiegender; über den hunderttausenden von Frauen mit angeschlagener Gesundheit, der Krise des Rentensystems und den infolge des Kindermangels geschlossenen Gesundheits- und Schulungsinstitute hinaus kann als schlimmste Konsequenz jenes Phänomen betrachtet werden, dass der überwiegende Teil der ungarischen Gesellschaft die kinder- und familienfeindliche Politik tatsächlich akzeptiert hat und diese zum Schutze und zur Verbesserung ihres Lebensniveaus in Anwendung bringt. Daher kann dieser moralische Schlag als schwerster Folgeschaden eingestuft werden.

Die sich auch ansonsten in einer außerordentlich schwierigen Situation befindenden Familien wurden durch das sog. „Bokros-Paket“ (das Gesetz XLVIII vom Jahre 1995 über bestimmte Gesetzesänderungen im Interesse der wirtschaftlichen Stabilisierung) besonders schwer getroffen. Das „Bokros-Paket“ verschlimmerte die finanzielle Situation der Familien mit Kindern radikal, weil es unter anderem:

- a.) den Familienzuschuss nur für die auf dem Existenzminimum Lebenden zugänglich machte;
- b.) die Kinderpflegegebühr (gyermekgondozási díj – GYED) und die Kinderpflegehilfe (gyermekgondozási segítség – GYES) praktisch abgeschafft hat.

Einige Bestimmungen des „Bokros-Pakets“ wurden durch den Beschluss Nr. 43/1995. (VI. 30.) des Verfassungsgerichts als nichtig erklärt und dabei folgendes festgestellt: „Kinder und Mütter werden von der Verfassung auch besonders geschützt. Daher reicht es nach Ansicht des Verfassungsgerichts nicht aus, sich bei der Beurteilung der Verfassungskonformität oder Willkürlichkeit auf die wirtschaftlichen Gründe des Eingriffs zu berufen, weil es auch der Prüfung der Geltung der erwähnten Bestimmungen der Verfassung bedarf. Es ist nämlich von elementarem Interesse der Gesellschaft, auch in der Zukunft über eine aktive Bevölkerung zu verfügen, welche den Verpflichtungen des Staates nachkommen kann.“

Die außerordentlich negative Auswirkung des „Bokros-Pakets“ kann auch dadurch veranschaulicht werden, dass sich die Anzahl der Geburten infolge dessen zwischen 1995 und 1998 um 20% verringert hat.

Die kinder- und familienfeindliche Politik der vergangenen 50 Jahre wird auch von nachstehenden Daten belegt:

- a.) Im Jahre 1949 fielen 11,7 Eheschließungen auf 1000 Bewohner, im Jahre 1997: 4,6;
- b.) Im Jahre 1970 fielen 236 Scheidungen auf 1000 Eheschließungen, im Jahre 1998: 510;
- c.) Die Anzahl der Geburten betrug im Jahre 1950: 195.567, im Jahre 1998: 96.000;
- d.) Ab dem Jahr 1981 hat sich die Bevölkerung Ungarns bis 1999 um etwa 700.000 Personen verringert;

- e.) In 16% der Familien wird das Kind oder werden die Kinder von einem Elternteil erzogen. 7% der Kinder werden in Lebenspartnerschaften geboren, im Jahre 1997 stammten 24,8% aller Geburten von unverheirateten Frauen.⁴

3. Die ungarische katholische Kirche über die Situation der Familien

Die Enzykliken der katholischen Kirche über die Ehe und die Familie waren in der sozialistischen Ära in Ungarn nicht zugänglich. Gegenwärtig wurden sie alle (*Casti Conubii*, *Humanae Vitae*, *Familiaris Consortio*) herausgegeben, ferner sind auch „Die Charta der Familienrechte“ (1983), die *Constitutio Gaudium et Spes*, sowie die Enzyklika *Evangelium Vitae* und „Der Brief an die Familien“ (1994) von Johannes Paul II zugänglich. Das ungarische Episkopat hat unlängst zwei sehr wichtige Rundschreiben erlassen, die sich mit den Familien befassen: „Angestrebt sei eine gerechtere und brüderlichere Welt“ (*Igazságosabb és testvériesebb világot*; 1996), und „Für glücklichere Familien“ (*A boldogabb családokért*; 1999). Im Rundschreiben „Angestrebt sei eine gerechtere und brüderlichere Welt“ wird der Zustand der ungarischen Gesellschaft im Jahrzehnt der politischen Wende detailliert analysiert. Es beinhaltet neben der Analyse der sozialen und gesundheitlichen Situation, der Wirtschaft, des Staates und der Politik Ausführungen über die Situation der Familien. „Ein bedauernswert immenser Teil der Ehen ist oberflächlich; sie lösen sich auf, ohne ihre menschliche und heilige Funktion zu erfüllen. In Ermangelung eines Zuhauses und dauerhafter menschlicher Bindungen verlieren viele ihr inneres Gleichgewicht, ihre moralische und menschliche Haltung [...]. Nicht nur die Anzahl der Ehescheidungen liegt hoch; es nimmt auch die Anzahl jener zu, denen lebenslange Bindungen grundsätzlich fremd sind, es leben immer mehr Leute lediglich in einer Beziehung der Lebenspartnerschaft ohne Eheschließung. Es ist bedauerlich, dass in den Medien über das Zusammenleben von Partnern gleichen Geschlechts oft positiv berichtet wird [...]. Die Kinder und dadurch die künftige Generation erhalten nicht einmal eine minimale Erziehung am Anfang ihres Lebens, obwohl das Kind nicht nur zum Leben, sondern auch zu einer menschenwürdigen Erziehung berechtigt ist.“

Das Rundschreiben „Für glücklichere Familien“ befasst sich ausschließlich mit der Ehe und der Familie. Das Rundschreiben ist nicht nur an die Gläubigen gerichtet sondern „an jeden Wohlwollenden“. Daher wird im Rundschreiben auf die aus der christlichen Kultur stammenden Formulierungen verzichtet. Es wird das Familienideal des extremen Individualismus und des Liberalismus – wonach der Mensch umso reifer wird, je mehr er unabhängig von anderen einschließlich von anderen innerhalb der Familie wird – dem christlichen gegenübergestellt. Diesem christlichen Familienideal gemäß beruht die Familie auf Gegenseitigkeit, Hingabe und Liebe, somit stellt die gegenseitige Abhängigkeit, die Einheit von gegenseitigen Rechten und Pflichten die Grundlage der Familie dar.

⁴ JOBBÁGYI, Gábor: *Személyi és családi jog*. Budapest, Szent István Társulat, 2010. 197–200.; JOBBÁGYI, Gábor: *Az élet joga*. Budapest, Szent István Társulat, 2004. 132–194.

Einige der wichtigsten Feststellungen des Rundschreibens:

- a.) Die Familie ist die grundsätzliche und existenzbegründende Einheit der Gesellschaft;
- b.) Die Familie ist nicht gleich mit dem gemeinsamen Haushalt von zusammen lebenden Personen;
- c.) In der heutigen radikalen Umwandlung menschlicher Beziehungen gilt die Familie als am meisten lebensfähig;
- d.) Zwischen der Gläubigkeit der Ehepartner und der Stabilität der Ehen kann ein enger Zusammenhang festgestellt werden;
- e.) Die Fruchtbarkeit der Beziehungen der Lebenspartnerschaft ist niedriger als jener der in einer Ehe lebenden;
- f.) Die ungarische Gesellschaft sieht das Kind als Wert, als Quelle des Glückes für dessen Eltern an;
- g.) Am vollkommensten kann eine harmonische Ehe jenes Milieu bieten, welches schützen und zugleich zur Entfaltung motivieren kann;
- h.) Das Leben der Familie wird gestärkt durch innige Gespräche und durch das Beisammensein zu festlichen Anlässen;
- i.) Die Familie ermöglicht den Kontakt zwischen Generationen verschiedenen Alters;
- j.) Die Eltern akzeptieren ihr Kind unbeding, lieben das Kind selbst und nicht dessen Errungenschaften, um diese zu nutzen oder mit denen zu prahlen.
- k.) Die Kirche stimmt der bürgerlichen Ehe, dem Zusammenleben ohne Eheschließung und der Praxis der Versuchsehe nicht zu;
- l.) Mann und Frau sind in der Ehe ebenbürtig. Das patriarchale Familienmodell weicht dem Familienbild basierend auf der persönlichen Beziehung gleichberechtigter Partner.

4. Die rechtlichen Grundlagen des gegenwärtigen Familienunterstützungssystem

Zur Zeit stehen Familienzuschüsse für in Familien lebende Kinder bis zu ihrem Lebensalter von 18 Jahren zu; dieser Betrag ist im Falle von Alleinerziehenden höher. Die Summe des Familienzuschusses ist unterschiedlich, sie wird von der Anzahl der Kinder abhängig festgelegt (gemäß Kapitel II des Gesetzes Nr. LXXXIV vom Jahre 1998 über die Unterstützung der Familien). Eine Hilfe stellt die Kinderpflegegebühr (gyermekgondozási díj – GYED), die Kinderpflegehilfe (gyermekgondozási segítség – GYES) und die für drei oder mehr Kinder erziehenden Familien bis zum 8. Lebensjahr des jüngsten Kindes gezahlte Unterstützung (GYET). Es muss angemerkt werden, dass diese Unterstützungen nach der Machtergreifung durch die linksliberalen Regierungen zwischen 1994-1998 und zwischen 2002-2010 herabgesetzt oder abgeschafft wurden (siehe Bokros-Paket weiter oben). Das im Jahr 2010 gewählte Parlament und die Regierung mit konservativer Mehrheit hat das frühere Familienunterstützungssystem teilweise wiederhergestellt und teilweise die „Besteuerung auf Familienbasis“ eingeführt (§ 29/A und § 29/B des Gesetzes Nr. CXVII über die persönliche Einkommenssteuer). Diese setzen im Falle eines jeden erzogenen Kindes den Betrag der persönlichen Einkommenssteuer herab,

was zum Resultat führt, dass im Falle von drei in der Familie oder allein erzeugenen Minderjährigen überhaupt keine persönliche Einkommenssteuermehr gezahlt werden muss.

5. Das am 18. April 2011 verabschiedete Grundgesetz

Das ungarische Parlament hat am 18. April 2011 ein Grundgesetz verabschiedet, welches in Bezug auf die Familien wesentliche neue Regelungen schuf. Bereits in der „Präambel“ wird festgestellt: „Wir bekennen uns dazu, dass der wichtigste Rahmen unseres Zusammenlebens Familie und Nation, die grundlegenden Werte unserer Zusammengehörigkeit Treue, Glaube und Liebe sind.“ Viel debattiert wurde – selbst im Europäischen Parlament! – über Artikel L des Grundgesetzes, welcher erstmals den Begriff der Ehe im ungarischen Recht als auf freiwilliger Entscheidung basierende Lebensgemeinschaft von Mann und Frau festlegt und das Prinzip des Schutzes von Ehe und Familie deklariert.

- (1) „Ungarn schützt die Institution der Ehe als eine aufgrund einer freiwilligen Entscheidung zwischen Mann und Frau zustande gekommene Lebensgemeinschaft sowie die Familie als Grundlage des Fortbestandes der Nation.
- (2) Ungarn unterstützt die Elternschaft.
- (3) Der Schutz der Familien wird durch ein Schwerpunktgesetz geregelt.“

Artikel II des Kapitels „Freiheit und Verantwortung“ der Verfassung verursachte ebenfalls große Debatten, da dieser besagt, dass „dem Leben der Leibesfrucht von der Empfängnis an Schutz gebührt“. Anlässlich der Debatte wurde seitens der Abgeordneten der Regierungspartei betont, dass der Artikel kein „Verbot“ oder die Verschärfung des Schwangerschaftsabbruchs /und somit die Abänderung des gültigen Gesetzes/ bedeute, die Verbesserung und die Änderung der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, der Sterilisation und der künstlichen Befruchtung aufgrund der neuen Verfassung jedoch nicht ausgeschlossen sei. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, der Schutz von Kindern, die Rechte und Pflichten der Eltern werden im Einklang mit internationalen Abkommen auch von anderen Artikeln der neuen Verfassung deklariert (z.B. in Artikeln XIV und XV des Kapitels „Freiheit und Verantwortung“).

Was kommt jetzt, welche konkreten Änderungen sind nun im Familienrecht zu erwarten? Im demnächst zu verabschiedeten neuen Bürgerlichen Gesetzbuch bekommt der familienrechtliche Teil Platz, womit wesentliche Änderungen zu erwarten sind und das mehrmals abgeänderte Gesetz Nr. IV vom Jahre 1952 (das Gesetz über das Familienrecht) außer Kraft gesetzt wird. Unter den Rechtssetzungsplänen der Regierung befindet sich ein Gesetz „über den Schutz der Familien“, dessen Konzept gegenwärtig noch nicht bekannt ist. Eine Abänderung der Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs, der Sterilisation und der künstlichen Befruchtung ist anzunehmen. Schlussendlich kann festgestellt werden, dass die größten Debatten um das neue Grundgesetz in Verbindung mit den die Familien betreffenden Artikeln entfacht wurden. Nach deren Verabschiedung ist jedoch eine wesentliche Umgestaltung der konkreten familienrechtlichen Regelungen zu erwarten.

ARTICLES

L'OBJECTION DE CONSCIENCE
ET LA DOCTRINE CATHOLIQUE

János FRIVALDSZKY
Université Catholique Pázmány Péter

En examinant la notion d'objection de conscience, nous voulons en cueillir étroitement le sens juridique, juridico-philosophique. Cette notion il ne vient pas, vue par nous du point de vue du jugement et de l'obligation morale, mais de celui de la possibilité d'invalidité de la règle positive qui justifie le droit subjectif à l'objection de conscience, dont l'usage doit être garanti et protégé par l'ordre juridique.

Pour justifier l'institut et le droit subjectif de l'objection de conscience on doit partir de la conception de la dignité et de la liberté de la personne humaine. Dignité et liberté de la personne, en effet, sont des valeurs humaines juridiques universelles, reconnues par la Déclaration universelle des droits de l'homme, une des expressions les plus hautes de la conscience humaine¹. La dignité de l'homme dans son sens moral consiste à obéir à la loi écrite dans son propre cœur² et, donc, l'intégrité de la conscience morale est liée à la dignité de la personne. Pour se conformer à telle intégrité morale la personne ne doit pas accomplir des actes intrinsèquement mauvais³, contrastant à sa conscience morale. Par conséquent, refuser de commettre une injustice ou de prendre parti à elle est, pas seulement un devoir moral de la conscience, mais aussi un « droit humain fondamental », parce que s' « il ne fût pas ainsi, la personne humaine serait contrainte à accomplir une action incompatible intrinsèquement avec sa dignité »⁴, pas seulement moralement, mais aussi juridiquement entendue.

C'est toujours « de la vérité que dérive la dignité de la conscience » pour laquelle on peut soutenir que « dans le cas de la conscience droite il s'agit de la vérité objective

¹ Commissione Teologica Internazionale *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*. Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2009. I, 5. 7.

² Jean Paul II. *Veritatis splendor* II, 54.

³ *Veritatis splendor* 80–81.

⁴ *Evangelium vitae* 74.

accueillie par l'homme »⁵. Cette conscience doit être droite et saine du point de vue moral, c'est-à-dire nous supposons que le sujet fait objection à des actions en soi mauvais, contrastant avec les exigences objectives et fondamentales de la conscience. Cependant, dans ce cas, nous ne prenons pas en compte la force morale obligatoire des prescriptions de la loi morale naturelle, mais le droit subjectif de la personne à l'objection de conscience et le problème de l'invalidité juridique d'une règle positive qui contredit le droit (loi) naturel qui justifie l'objection de conscience et son usage. Nous voulons donc tourner notre attention non pas tant à la force morale obligatoire de la loi morale naturelle qui oblige en conscience, mais à la force obligatoire juridique qui peut dériver seulement d'une règle valide conforme au droit naturel. Dans cette perspective, une règle positive lèse les principes premiers de la loi naturelle, les droits naturels fondamentaux, n'a pas validité ni force obligatoire juridique et, pour cela, l'objection de conscience, ne suivant pas cette règle positive non valide, fait valoir en pratique les conséquences de l'invalidité. En considérant le point de vue juridique, donc, nous ne mettons pas l'accent sur la force morale obligatoire de la loi morale naturelle qui oblige en conscience, mais sur la force obligatoire juridique d'une règle positive qui vient toujours du droit naturel lequel, à son tour, se base sur la loi morale naturelle.

En conséquence de tout ce qu'on vient de dire, l'objection de conscience dans son sens juridico-philosophique peut être conçue au moins de deux façons : du point de vue de la dignité et de la liberté de la personne fondées sur les droits subjectifs inaliénables, et du point de vue de l'invalidité juridique d'une règle contraire à la loi et au droit naturels. L'objection de conscience montre que le fondement de la loi civile est toujours la loi naturelle (loi morale) et, pour cette raison, en cas de loi positive dépourvue de son fondement de validité, elle montre de manière « extrêmement sérieuse » que l'ordre juridique positif, pour être valide juridiquement, doit se fonder toujours sur le principe prioritaire de la valeur de la personne⁶. Une règle invalide ne respecte pas le fondement de l'ordre juridique qui lui confère sa validité juridique. Si une règle renie le droit à la vie, le droit de la personne à être sujet de droits, si elle contraint à commettre des crimes, alors, en violant le fondement de la validité juridique, la loi naturelle légitime le recours à l'objection de conscience, qui constitue un droit inné subjectif et inaliénable de la personne⁷. Si l'ordre juridique veut garantir la sauvegarde de la validité juridique des propres règles, il doit fonder l'objection de conscience comme *ultima ratio* en relativement cas de normes invalides en tant qu'elles ne respectent pas les droits fondamentaux de la personne. L'intégrité morale des personnes est tellement constitutive de leur dignité qu'en la reniant on porte atteinte la dignité de l'homme. La personne ne peut pas être légitimement contrainte à des actions non conformes aux principes premiers du droit naturel et, donc, l'homme a un « droit essentiel » à l'objection de conscience qui, « justement à ce titre,

⁵ *Veritatis splendor* 63.

⁶ Commissione ecclesiale Giustizia e pace *Educare alla legalità*. Roma, 04/10/1991. 14.

⁷ *Educare alla legalità* 14.

devrait être prévue et protégée par la loi civile elle-même »⁸. Ainsi, qui « recourt à l'objection de conscience doit être exempt non seulement de sanctions pénales, mais aussi de n'importe quel dommage dans le domaine juridique, disciplinaire, économique et professionnel »⁹.

La moralité constitutive de l'être humain à travers les critères essentiels de fondement et de validité des règles juridiques exige donc l'institution de l'objection de conscience qui exprime la connexion intime entre légalité et moralité¹⁰. Cette connexion devient manifeste pour légitimer le droit à l'opposition à une règle non conforme au droit naturel. L'objection de conscience existe non pas parce que l'État, avec ses moyens, ne réussit pas à contraindre les actes intimes de la conscience, mais parce que la dignité de la personne échappe à l'arbitraire du législateur humain. La force coercitive de la loi n'est pas, en effet, un critère constitutif du droit. Ce qui confère valeur juridique à la règle positive est la force obligatoire qui dérive de la conformité de la règle positive aux critères du droit naturel. Une règle positive qui méconnaît la dignité, les droits fondamentaux de l'homme, contredit sa raison d'être et, ainsi, n'a pas vigueur juridique, ni par conséquent, aucune force obligatoire ou sens juridique : « c'est pourquoi chaque acte des pouvoirs publics, qui constitue ou implique une méconnaissance ou une violation de ces droits, est un acte en opposition avec la raison d'être de ceux-ci et reste, par conséquent, dépourvu de toute valeur juridique »¹¹. Sans doute, par sa forme externe ou par la force coercitive, il aura l'apparence d'une vraie règle juridique alors que, au contraire, il se révèle comme une « violation de la conscience »¹².

Pour être valide juridiquement, une règle positive ne pourra pas contrarier les vérités fondamentales de la personne humaine, car la raison d'être de la loi civile est le bien commun, dont le noyau fondamental est, justement, les droits inaliénables de la personne humaine¹³. De ceci il déroule que le rapport interpersonnel juridique ne peut pas être autre que la reconnaissance obligatoire et universelle des droits fondamentaux¹⁴. Si une loi civile ne traite pas de cette manière une catégorie de

⁸ *Evangelium vitae* 74.

⁹ *Evangelium vitae* 74.

¹⁰ *Educare alla legalità* 14.

¹¹ Jean Paul II nell'*Evangelium vitae* 71. fait référence à l'Encyclique *Pacem in terris* di Giovanni XXIII: (11 aprile 1963), II, 36. Cette Encyclique fait référence au Mit brennender Sorge de Pio XI.

¹² Cfr. *Educare alla legalità* 14.

¹³ *Evangelium vitae* 71.

¹⁴ La phénoménologie de la relation juridique est la reconnaissance universelle et obligatoire d'être personne de chaque homme. Sergio Cotta *Il diritto nell'esistenza*, linee di ontofenomenologia giuridica, seconda ed. Milano, Giuffrè, 1991, p. 209. Cfr. Benedetto XVI. *Caritas in veritate* 53. « Aujourd'hui l'humanité apparaît très plus interactive qu'hier : cette plus grande proximité on doit la transformer en vraie communion. Le développement des peuples dépend de la reconnaissance surtout d'être une seule famille, qui collabore en vraie communion et est constituée par sujets qui ne vivent simplement pas l'un à côté de l'autre. Paul VI remarquait que « le monde souffre pour manque de pensée ». L'affirmation contient une constatation, mais surtout un auspice : il sert un nouvel élan de la pensée pour comprendre mieux les implications de notre être une famille ; l'interaction entre

personnes (par exemple les enfants encore nés), alors elle n'établit pas un rapport juridique à leur égard, mais, seulement, un rapport entre des personnes et des « choses », étant donné qu'il les traite comme objet et pas comme personnes. C'est le rapport d' « exclusion » et non de droit, en ce qu'il nie l'être de personne du sujet exclu. Mais une relation de « lutte » traite les personnes exclues du rapport juridique de manière telle qu'on ne doit plus se mettre en relation avec elles d'aucune manière, parce qu'on vise à les anéantir.

Ni les lois ni les droits ne peuvent être légitimés par des consciences, raisons et volontés qui ne seraient pas d'où proviennent des actions destinées à menacer les valeurs fondamentales de l'être humain. Une conscience publique erronée, même provenant de la majorité démocratique, ne peut pas légitimer des règles juridiques favorables à l'avortement ou le « droit à l'avortement », parce qu'une telle prise de position ne considère pas l'être de personne du fœtus et, ainsi, n'instaure pas un rapport juridique avec lui, mais seulement un rapport d'exclusion entre la société et les enfants non encore nés : « l'autorité publique [...] cependant, ne peut jamais accepter de légitimer, comme droit de chacun [...] l'offense faite à d'autres personnes à travers la méconnaissance de leur droit aussi fondamental que celui à la vie. La tolérance juridique de l'avortement ou de l'euthanasie ne peut d'aucune manière se référer au respect de la conscience des autres, vraiment parce que la société a le droit et le devoir de se prémunir contre les abus qui peuvent se s'exercer au nom de la conscience et sous le prétexte de la liberté »¹⁵. L'ordre juridique doit garantir qu'on ne se puisse pas commettre des abus, en rappelant à la conscience et à la liberté personnelle subjective, au dommage des droits des autres. La société a le devoir d'instaurer un rapport juridique entre l'enfant ni encore né et la société, c'est-à-dire, entre tous les personnes sans aucune exception. Pour cela sur la base de raisons juridiques, on doit faire objection aux lois qui lèsent les droits fondamentaux des personnes, parce que ces lois sont dépourvues de validité juridique et, donc, de force obligatoire juridique. Le droit à l'objection de conscience vient, d'une part, du manque de force obligatoire juridique des lois civiles absolument injustes, dépourvues de validité juridique, et d'autre part, des droits fondamentaux de la personne à être considérée et traitée comme personne. Le fœtus a le droit de naître et chaque enfant a le droit au développement normal de sa personnalité, c'est-à-dire à ne pas être mis au milieu d'une union homosexuelle, car celle-ci pour la loi naturelle un mariage ne peut pas être considérée comme un mariage¹⁶. Une loi qui nie l'être homme et/ou les droits des personnes n'instaure pas un rapport juridique à leur égard parce que une telle règle qui exclut ou un acte judiciaire qui prive les personnes de leurs propres droits

les peuples de la planète nous prompte à cet élan, pour que l'intégration arrive dans le signe de la solidarité plutôt que de l'écart. Une pensée semblable oblige à un approfondissement critique et de valeur de la catégorie de la relation. Il s'agit d'un engagement qu'il ne peut pas être déroulé par les seules sciences sociales, il demande l'apport des savoirs comme la métaphysique et la théologie, pour cueillir de manière éclairée la dignité transcendante de l'homme ».

¹⁵ *Evangelium vitae* 71.

¹⁶ Cfr. Francesco D'AGOSTINO: *Una filosofia della famiglia*. Milano, Giuffrè, 2003. 140–150.

ne peuvent pas être valides ni juridiquement obligatoires. L'objection de conscience, en de tels cas, rétablit le rapport juridique original entre les êtres humains.

C'est un contresens de déclarer des droits qui nient les droits absolument fondamentaux des hommes parce que ces supposés droits seraient privés de valeur juridique. Le droit subjectif exprime toujours, de manière normative, la vérité de la personne et ne la renie jamais. Le présumé droit subjectif à l'avortement, en les traitant comme simples objets, implique un rapport non juridique vis-à-vis des enfants non encore nés : il ne pourra jamais être un « droit », mais seulement un acte de violence, un attentat absolument injuste à la vie de l'enfant : « Une des caractéristiques propres des attentats actuels à la vie humaine [...] consiste dans la tendance à exiger une légitimation juridique, comme si c'était des droits que l'État, au moins à certaines conditions, il devait reconnaître aux citoyens [...] »¹⁷. Même une volonté majoritaire et démocratique de légiférer ne pourra jamais légitimer juridiquement un « droit » à l'avortement, étant donné que ce n'est pas à la loi positive à décider ce qui est juste objectivement¹⁸. La force obligatoire juridique d'une loi positive vient de sa conformité à la loi naturelle et aux droits naturels, qu'en découlent, et sa force dérive de la validité juridique qui se fonde dans chaque cas sur le droit naturel. Le droit naturel est valide juridiquement et pas seulement virtuellement ou selon l'éthique¹⁹. La loi humaine est loi au sens juridique seulement si elle est conforme à la raison - l'*Evangelium vitae* fait référence²⁰ à Saint Thomas d'Aquin, mais quand elle est en contraste à cette raison, elle « cesse d'être loi et il devient plutôt un acte de violence »²¹. Chaque loi positive établie par l'autorité « a raison de loi pour autant qu'elle dérive de la loi naturelle », mais si elle est en « contrariété avec la loi naturelle, alors elle ne sera pas loi mais corruption de la loi »²². Il est clair que la validité juridique de chaque règle positive dérive de la loi naturelle et du droit naturel qui se fondent sur une anthropologie ontologiquement entendue. La loi positive dérive du droit naturel soit en manière de conclusion (directe) soit en forme de détermination (des principes du droit naturel)²³. La loi naturelle, quand elle règle les relations humaines sociales,

¹⁷ *Evangelium vitae* 68.

¹⁸ « Le droit n'est pas arbitraire : l'exigence de justice, qui dérive de la loi naturelle, il est antérieur à la formulation et à l'émanation du droit. Il n'est pas le droit qui décide ce qu'il est juste ». *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*, 4.3. 89. p. o. c. 87-88.

¹⁹ À ce point nous pouvons être d'accord avec Maritain : Jacques MARITAIN: *Nove lezioni sulla legge naturale*. Milano, Jaca Book, 1985. 73-75.

²⁰ *Evangelium vitae* 72.

²¹ *Summa Theologiae*, I-II, q. 93, a. 3, ad 2um.

²² *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2. L'Aquinat cite S. Agostino: „*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*”, *De libero arbitrio*, I, 5, 11: PL 32, 1227.

²³ « [...] de la loi naturelle quelque chose peut dériver de deux manières : dans une façon comme les conclusions des principes ; dans une autre façon, comme détermination de choses communes. La première façon est semblable à celle à travers laquelle dans les sciences démonstratives des principes sont tirées les conclusions. [...] Donc certaines choses dérivent des principes communs de la loi de la nature à la façon des conclusions : ainsi le précepte selon lequel on ne doit pas tuer peut être dérivé comme une conclusion de la règle selon laquelle on ne doit pas faire du mal à personne. *Summa*

devient droit naturel²⁴. La loi naturelle prescrit de ne pas tuer, pour cela le droit naturel prescrit de respecter le droit à la vie et, ainsi, il interdit le meurtre; la loi civile, donc, pour avoir vigueur juridique doit interdire chaque meurtre. C'est le droit naturel qui confère validité juridique à la loi civile : « Chaque loi établie par les hommes a déjà valeur de loi car si est conforme à la loi moral naturelle, reconnue par la raison, et si elle respecte en particulier les droits inaliénables de chaque personne »²⁵. Quand la loi positive dérive par voie de conclusion directe, par déduction des principes premiers du droit naturel, la valeur de loi lui est conférée directement de la loi naturelle²⁶. Dans ce cas, la loi positive prescrit des règles propres du droit naturel. Au contraire, une règle positive qui contredit les règles déduites par déduction directe par des principes premiers (préceptes) du droit naturel n'a pas valeur juridique. Le droit à la vie dérive par conclusion de la loi naturelle et, donc, la loi positive, pour être juridiquement valide et obligatoire, doit interdire l'avortement. La loi humaine qui « méconnaît le droit fondamental à la vie, droit propre à chaque homme »²⁷, les normes qui « avec l'avortement et l'euthanasie, légitiment la suppression directe d'êtres humains innocents, sont en totale et radicale contradiction avec le droit inviolable à la vie propre à tous les hommes »²⁸. Une loi pareille qui légitime et légalise le suicide-homicide va « contre les principes fondamentaux de l'indisponibilité de la vie et de la protection de chaque vie innocente »²⁹.

Nous pouvons affirmer donc que le bien commun, qui inclue les droits fondamentaux, constitue un critère essentiel de validité juridique de la loi humaine³⁰. Le bien commun doit favoriser le bien de la personne humaine³¹ et, c'est pourquoi,

Theologiae, I-II, q. 95, a. 2.

²⁴ *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*, 43. 88. o. c. p. 87. « La loi naturelle (lex naturalis) s'exprime comme droit naturel (ius naturale) quand on considère les relations de justice entre les êtres humains : relations entre les personnes physiques et moraux, entre les personnes et le pouvoir public, les relations de tous avec la loi positive. On passe de la catégorie anthropologique de la loi naturelle à la catégorie juridique et politique de l'organisation de la ville ».

²⁵ Congregazione per la Dottrina della Fede *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, III, 6. Le document fait référence à Saint Tommaso: *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

²⁶ Cfr. *Summa Theologiae*, I-II q. 95, a. 2. « [Mais] ces choses ils dérivent des principes communs de la loi de nature de la première manière elles ne sont pas contenues dans la loi humaine seulement comme règles positives, mais ils ont aussi une certaine vigueur de la loi naturelle ».

²⁷ *Evangelium vitae* 72.

²⁸ *Evangelium vitae* 72.

²⁹ *Evangelium vitae* 72.

³⁰ Cfr. „*Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata.*” I-II, q. 90, a. 4. (« Et ainsi des quatre susdites choses on peut recueillir la définition de loi qui n'est pas autre qu'un commandement de la raison vers le bien commun, promulgué par celui qui a soin d'une communauté. »)

³¹ « Si la personne est un but pour soi même, la société a le but de recevoir, consolider et développer son bien commun. » *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale* 4.1. 85. o.c. p. 85.

les droits fondamentaux de la personne en font partie. Une loi que violes les droits fondamentaux de la personne n'est pas une loi parce qu'elle est en grave contraste avec le bien commun. Les droits fondamentaux, faisant partie du bien commun, constituent des critères de validité juridique pour la loi positive : « Les lois qui autorisent et ils favorisent l'avortement et l'euthanasie se mettent donc radicalement non seulement en opposition le bien de chacun, mais aussi avec le bien commun et, donc dépourvue en totalité d'une authentique validité juridique »³². Une loi que méconnaît le droit à la vie « conduit à supprimer la personne » et, ainsi, « s'oppose frontalement et irréparablement à la possibilité de réaliser le bien commun » et « ils ensuit que, quand une loi civile légitime l'avortement ou l'euthanasie, elle cesse, par voie de conséquence même, d'être une vraie loi civile »³³. Une loi qui est privée de validité juridique et donc de force obligatoire juridique, n'a pas de force coercitive légitime, parce que la force coercitive fait valoir la force obligatoire d'une loi juridiquement valide³⁴ vis-à-vis de gens qui en n'observent pas les prescriptions. Une loi n'est pas valide pour sa force coercitive, mais seulement si elle est conforme aux principes de la loi naturelle et justement pour autant qu'elle est valide juridiquement, elle a sa force obligatoire. Une force coercitive sans validité juridique est pure violence. La Déclaration universelle des droits de l'homme a reconnu que la personne humaine, sur la base de la dignité qu'elle possède de manière inaliénable, a des droits fondamentaux également inaliénables. « Reconnaître » ces droits veut dire découvrir la validité juridique et la force obligatoire de ces droits. S'il existe cependant un droit valide au sens jurnaturaliste, alors une norme qui, en le contredisant, institue « le droit à l'avortement » ne devient pas juridiquement valide et obligatoire seulement parce que voulue par une majorité et dotée de avec force coercitive : en effet nous avons vu que la force coercitive se fonde sur la force obligatoire d'une règle valide, au sens jurnaturaliste³⁵. La possibilité qu'une loi non valide soit violente légitime l'institution et l'obligation de l'objection de conscience : « L'avortement et l'euthanasie sont donc des crimes qu'aucune loi humaine ne peut prétendre légitimer. Des lois de ce type pas seulement ils ne créent aucune obligation pour la conscience, mais soulèvent plutôt une grave et précise obligation de s'opposer à elles par l'objection de conscience »³⁶. L'obligation n'est pas seulement morale mais aussi juridique, car elle doit protéger un droit naturel (le droit à la vie) et une institution fondée sur la loi naturelle (le mariage

³² *Evangelium vitae* 72.

³³ *Evangelium vitae* 72.

³⁴ Reginaldo M. PIZZORNI: *Il fondamento etico-religioso del diritto secondo San Tommaso D'Aquino*. Milano, Massimo Ed., 1989. 78. cfr. 77-90. 85-86.

³⁵ Cfr. Benedetto XVI, Discorso del 18 aprile 2008 davanti all'Assemblea generale dell'ONU, in AAS 100 (2008) 335 «Les droits, quand ils sont présentés sous une forme de pure légalité, ils risquent de devenir propositions de faible portée, séparé par la dimension éthique et rationnelle, qu'il constitue leur fondement et leur fin. La Déclaration universelle a en effet réaffirmé avec force la conviction que le respect des droits des hommes s'est enraciné avant tout dans une justice immuable, sur laquelle est fondée aussi la force coercitive des proclamations internationales. »

³⁶ *Evangelium vitae* 73.

et la famille). Alors que le mariage exprime une vérité naturelle soulignée par la droite raison, parce qu'il a « sa nature, ses propriétés essentielles et ses finalités »³⁷, « les relations homosexuelles sont contraires à la loi morale naturelle »³⁸. Une loi positive qui compare le mariage proprement dit à la vie en commun des homosexuels sans « exclure la reconnaissance de la capacité juridique de procéder à l'adoption d'enfant » ne peut pas être considérée juridiquement obligatoire³⁹ et donc il suscite en vigueur l'obligation de l'objection de conscience : « En présence de la reconnaissance juridique des unions homosexuelles, ou de leur égalisation juridique au mariage avec accès aux droits qui sont propres à ce dernier, il est juste de s'opposer en forme claire et incisive. On doit s'abstenir de quelconque type de coopération formelle à la promulgation ou à l'application de lois si gravement injustes, ainsi que, dans la mesure du possible, de la coopération matérielle sur le plan pratique. Dans ce domaine, chacun peut revendiquer le droit à l'objection de conscience. »⁴⁰ Ces droits des enfants au développement normal de leur personnalité sont gravement lésés si – après que les unions des homosexuels ont légalement été reconnues comme de véritables mariages – des enfants sont confiés à un couple homosexuel⁴¹. C'est pourquoi contre une telle forme de violence qui menace l'intégrité personnelle des mineurs on a l'obligation juridique de recourir à l'objection de conscience. Les responsables politiques catholiques ont le devoir moral de s'opposer à un projet de loi si gravement injuste⁴².

³⁷ *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, I, 2. 3.

³⁸ *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, I, 4.

³⁹ « La loi civile ne peut pas entrer en contradiction avec la raison sans perdre la force d'obliger la conscience. Chaque loi crée par les hommes déjà elle a valeur de loi car elle est conforme à la loi moral naturel, reconnue par la raison, et tant que respectée en particulier les droits inaliénables de chaque personne. Les législations favorables aux unions homosexuelles sont contraires à la raison parce qu'ils confèrent garanties juridiques, analogues à celles de l'institution matrimoniale, à l'union entre deux personnes du même sexe. »

⁴⁰ *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, II, 5.

⁴¹ « L'absence de la bipolarité sexuelle crée des obstacles au développement normal des enfants éventuellement inséré à l'intérieur de ces unions. [...] Insérer des enfants dans les unions homosexuelles par le moyen de l'adoption signifie de fait faire violence à ces enfants dans le sens qu'on y abuse de leur état de faiblesse pour les introduire dans un milieu qu'ils ne favorisent pas leur plein développement humain. Certainement une telle pratique serait gravement immorale et il se poserait en contradiction ouverte avec le principe, reconnu aussi par la Convention internationale de l'ONU sur les droits des enfants selon lequel l'intérêt plus important à tutélaire est celui de l'enfant, la partie la plus faible et sans défense. » *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, III, 7.

⁴² « Si tous les fidèles sont tenus à s'opposer à la reconnaissance juridique des unions homosexuelles, les politiques catholiques il le sont en particulier, dans la ligne de responsabilité qui l'est propre. En présence de projets de loi favorable aux unions homosexuelles, ils sont à tenir présentes les indications éthiques suivantes. Dans le cas dans lequel il se propose pour la première fois à l'Assemblée législative un projet de loi favorable à la reconnaissance juridique des unions homosexuelles, le parlementaire catholique a le devoir moral d'exprimer clairement et publiquement son désaccord et voter contre le projet de loi. Accorder le suffrage du propre vote à un texte législatif ainsi nuisible pour le bien commun de la société est un acte gravement immoral. Dans le cas dans lequel le parlementaire

Un juriste, à notre avis ne peut pas faire autrement selon son éthique professionnelle, que ne pas considérer comme valide une règle contraire aux préceptes premiers du droit naturel et, pour cela, il ne doit pas l'appliquer. L'objection de conscience est l'institution et l'acte où est évidente l'invalidité d'une norme. En revanche, dans le cas, de règles qui ne dérivent pas par voie de conclusion des préceptes premiers du droit naturel, les consciences sensibles peuvent faire objection, pendant que les juristes doivent peser avec attention le « juste » et « l'injuste » et, s'ils croient qu'une règle n'est pas contraire au droit, à la loi naturelle, alors ils ne devront pas la considérer comme inapplicable. Il y a, en effet, une différence considérable entre le cas du service militaire et celui de l'avortement, parce que « dans le cas du service militaire, il n'existe pas une obligation morale d'opposition, mais il s'agit d'un choix prophétique significatif vis-à-vis de l'usage des armes ; dans le second cas, le commandement de ne pas tuer l'innocent oblige moralement de façon grave tous et toujours, sans exceptions. »⁴³

Si une loi inapplicable est promulguée, on ne doit pas l'appliquer et on doit faire valoir l'objection de conscience. Dans cette action, il est de la responsabilité, de la vocation sublime du juriste, d'invoquer *philosophia vera*⁴⁴, en recourant à tous les institutions, procédures et en faisant recours aux tribunaux compétents pour abolir une loi absolument injuste. La vocation et l'art du juriste⁴⁵ sont celui de pouvoir et devoir discerner entre le juste et l'injuste, entre la norme applicable et celle inapplicable et pouvoir, ainsi, déterminer ce qui revient comme « chose juste » aux personnes. Dans la plupart des cas, l'inapplicabilité d'une norme absolument injuste est évidente pour chaque personne de droite raison et de droite conscience. Le juriste, cependant, au-delà de ne pas appliquer une norme invalide, il a une responsabilité spéciale en déclarant publiquement l'inapplicabilité de normes non conformes aux principes premiers du droit naturel, pour pouvoir ainsi défendre les personnes et la société des conséquences ravageuses de ces normes. Tant qu'on ne réussit pas à abolir une norme substantiellement inapplicable, on doit personnellement recourir

catholique se trouve déjà en présence d'une loi favorable aux unions homosexuelles en vigueur, il doit s'opposer dans toutes les façons possibles et rendre caractéristique son opposition : il s'agit d'un acte juste de témoignage de la vérité. S'il n'était pas possible d'abroger complètement une loi de ce genre, lui, en se rappelant aux indications exprimées dans l'Encyclique *Evangelium vitae*, « il pourrait offrir licitement son propre soutien à des propositions visées à limiter les dommages d'une telle loi et à en diminuer les effets négatifs sur le plan de la culture et de la moralité publique », à condition que soit « claire et à toute connue » la sienne « personnelle opposition absolue » aux lois pareilles et que le danger du scandale soit évité. Cela ne signifie pas que dans cette matière une loi plus restrictive puisse être considérée comme une loi juste ou au moins acceptable ; mais il se traite plutôt de la tentative légitime et juste de procéder à l'abrogation au moins partiel d'une loi injuste quand l'abrogation totale n'est pas possible pour le moment. » *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, IV. 10.

⁴³ *Educare alla legalità* 14.

⁴⁴ Cfr. Giuseppe FALCONE: *La „vera philosophia” dei „sacerdotes iuris”. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.I.I.I.I.)* www.archaeogate.org/storage/Falcone1.pdf.

⁴⁵ Javier HERVADA: *Introduzione critica al diritto naturale*. Giuffrè Editore, 1990. 1–6.

au légitime usage de l'objection de conscience. C'est un devoir ardu, mais Jésus dit:
« Qui me reconnaîtra devant les hommes, je le reconnaîtrai aussi devant le Père. »⁴⁶

⁴⁶ Mathieu 10,32.

DIREKTE DEMOKRATIE IN UNGARN

Kurze Zusammenfassung über die letzten zwei Jahrzehnte und Bemerkungen zum neuen ungarischen Grundgesetz

László KOMÁROMI
Katholische Universität Pázmány Péter

1. Vorheriger Normenbestand; Beschlüsse des Verfassungsgerichts¹

1.1. Normenbestand von 1989 bis 1997

Ungarns erstes Gesetz über die Volksabstimmung und das Volksbegehren² entstand im Laufe des politischen-wirtschaftlichen Transitionsprozesses von 1989/1990. Damals enthielt bereits die alte, im Jahre 1949 nach dem Muster der Stalin-Verfassung von 1936 verabschiedete ungarische Verfassung der Volksrepublik die Möglichkeit über Fragen von landesweiter Bedeutung auf Anordnung des Präsidialrats Volksabstimmungen abzuhalten,³ diese Vorschrift wurde jedoch in Detailregeln nie präzisiert und hat in der Praxis nie Bedeutung gewonnen. Im Morgenrot des Systemwandels tauchten jedoch solche Faktoren auf, die das letzte Parlament des Einparteienstaates dazu

¹ Der Artikel wurde am 23.01.2012 eingereicht. Die Entwicklung der Regelung und die praktischen Erfahrungen zwischen 1989 und 2010 habe ich am 20. November 2010 in einem Vortrag (*Unmittelbare Demokratie in Europa – Deutsche Träume und ungarische Realität*) an der deutschsprachigen Konferenz des Deutschen Instituts für Sachunmittelbare Demokratie an der Technischen Universität Dresden (*Sachunmittelbare Demokratie im interdisziplinären und internationalen Kontext 2010/2011; Mittel- und Osteuropa*) eingehender behandelt. Der Konferenzband ist zur Zeit der Abgabe dieses Manuskripts noch nicht erschienen. Eine ähnliche, auf Englisch verfasste Zusammenfassung ist auf der Webseite des Centre for Research on Direct Democracy zu lesen: László KOMÁROMI: Popular Rights in Hungary: A Brief Overview of Ideas, Institutions and Practice from the Late 18th Century until Our Days. *C2D Working Paper Series*, 2010, 35. www.c2d.ch/files/C2D_WP35.pdf [Stand: 23.01.2012].

² Gesetz Nr. XVII/1989 über die Volksabstimmung und das Volksbegehren.

³ Gesetz Nr. XX/1949 über die Verfassung der Ungarischen Volksrepublik, § 20, Abs. 1.

bewegten, die in der Verfassung gegebene Möglichkeit gesetzlich zu regeln.⁴ Als erster Auslösfaktor wird meistens die Forderung von verschiedenen Umweltschutzorganisationen erwähnt, den mit der tschechoslowakischen Regierung gemeinsam geplanten Bau eines Staustufensystems an der Donau zu verhindern. Die Bewegung wollte über diese Frage eine Volksabstimmung organisieren und begann – ohne diesbezügliche Regelung – Unterschriften zu sammeln. Hinzu kam der Anspruch von Gemeinden, die über Fragen der territorialen Gliederung und Siedlungsentwicklung immer wieder Referenden hielten, zu diesen Prozessen geeignete Rechtsgrundlage zu haben. Sie wollten auch eine gewisse örtliche Steuer, den sogenannten Siedlungsentwicklungsbeitrag auferlegen, wozu jedoch laut einer Gesetzesverordnung⁵ die vorherige Zustimmung der Bürgerschaft notwendig war.

Das Parlament verabschiedete schließlich im Sommer des Jahres 1989 das erhoffte Gesetz, das die zwei Institutionen direkter Demokratie, den Volksentscheid und das Volksbegehren sowohl auf Landes- als auch auf örtlicher Ebene geregelte.⁶ Die Terminologie des damaligen Gesetzes war im Licht des internationalen Wortgebrauchs verwirrend: unter dem Titel 'Landesweite Volksabstimmung' (ungarisch: 'Országos népszavazás') wurde derjenige Prozess zusammengefasst, in welchem es zu einer Volksabstimmung kommt. Dabei machte es keinen Unterschied, ob es sich um die Bestätigung oder Verwerfung eines im Weg der parlamentarischen Gesetzgebung verabschiedeten Gesetzes handelt (Referendum) oder ob die Initiative auf von dem normalen gesetzgeberischen Prozess oder von existierenden Rechtsregeln unabhängiges Ziel gerichtet ist (Volksbegehren). Die Regelung der 'landesweiten Volksabstimmung' bezog sich auf beide Institutionen, ohne die wichtigen Unterschiede klar gemacht zu haben. Neben der 'landesweiten Volksabstimmung' kannte das Gesetz das 'Volksbegehren' (ungarisch: 'Népi kezdeményezés'), dieser Ausdruck bedeutete aber nur die Agenda-Initiative: eine Gruppe von Wahlberechtigten konnte einen bestimmten Gegenstand auf die Tagesordnung des Parlaments setzen. Dieses Volksbegehren war nicht als eine erste Stufe des Volksgesetzgebungsverfahrens konzipiert (Volksantrag); Agenda-Initiative und Volksabstimmung blieben voneinander getrennte Institutionen.

Das Recht, eine Volksabstimmung zu veranlassen war nicht nur der Regierung, sondern auch 50 Parlamentsabgeordneten oder 50 000 Wahlbürgern gegeben; in solchen Fällen konnte die parlamentarische Mehrheit frei entscheiden, ob sie die Volksabstimmung anordnet. Im Falle aber, wenn die Anregung von wenigstens 100 000 Wahlbürgern (etwa 1,25% der Wahlberechtigten) kam, war das Parlament verpflichtet, die Volksabstimmung anzuordnen. Dementsprechend waren sowohl Parlamentsplebiszite als auch von den Bürgern stammende Volksinitiativen möglich.

⁴ Siehe dazu: Márta DEZSŐ – András BRAGYÓVA (2001): Hungary (Country Report). In: Andreas AUER – Michael BÜTZER (eds.): *Direct Democracy. The Eastern and Central European Experience*. Aldershot, Ashgate, 2001. [Abrufbar auch als Teil der *C2D Working Papers Series (7/2000)* unter www.c2d.ch/files/C2D_WP7.pdf, [Stand: 23.01.2012.] 64–66.

⁵ Gesetzesverordnung Nr. 12/1984. über den Siedlungsentwicklungsbeitrag.

⁶ Die Regelung und Praxis der lokalen Volksabstimmungen werden in diesem Artikel nicht behandelt.

Im letzten Fall, wenn die Initiatoren mindestens 100 000 Unterschriften gesammelt hatten, erlangte das Ergebnis der Volksabstimmung bindende Kraft; sonst konnte das Parlament auch konsultative Referenden anordnen. Finanz- und Personalfragen, sowie Fragen über die Erfüllung von aus bestehenden internationalen Abkommen stammenden Verpflichtungen waren ausgeschlossen. Das Teilnahmequorum war hoch: es war erforderlich, dass mehr als die Hälfte aller Stimmberechtigten an der Volksabstimmung gültig abstimmte. Interessant ist noch, dass das Gesetz vorschrieb, über eine formell neue Verfassung (Totalrevision) ein obligatorisches Referendum abzuhalten. Zur praktischen Anwendung kam jedoch diese Vorschrift nicht, weil die nachfolgende Verfassungsänderung, die Ungarn aus einer sozialistischen Volksrepublik in eine demokratische Republik umformte, nicht als eine neue Verfassung, sondern als eine Änderung der alten Verfassung angenommen wurde.

Bei der erwähnten Agenda-Initiative konnten 10 000 Wahlbürger einen Antrag stellen, das Parlament war aber nur in dem Falle zur Behandlung der Frage verpflichtet, wenn der Antrag von 50 000 Wahlbürgern kam.

1.2. Normenbestand von 1997 bis 2012

In den Jahren 1997/1998 wurden diese Regeln deutlich verändert.⁷ An der Schwelle des Parlamentsplebiszits über Ungarns NATO-Beitritt wurde das Teilnahmequorum von 50% um ein Zustimmungsquorum von 25% gesetzt (nur so hoffte die Regierung über diese Frage eine gültige Volksabstimmung organisieren zu können). Zu einer erfolgreichen Volksabstimmung war es erforderlich, dass die Mehrheit der Abstimmenden, aber mindestens mehr als 25% aller Stimmberechtigten auf die Frage dieselbe Antwort gibt. Gleichzeitig wurde aber das Antragsquorum auf das Doppelte, auf 200 000 erhöht (etwa 2,5% der Stimmberechtigten). Diese Zahl von Unterschriften sollte innerhalb von vier Monaten gesammelt werden. Das obligatorische Verfassungsreferendum für den Fall einer Totalrevision der Verfassung wurde gestrichen.⁸ Die Liste der verbotenen Gegenstände wurde erweitert. Es wurde auch eine vorherige, zweistufige Kontrolle der Initiativen eingeführt. Die Nationale Wahlkommission prüfte als erste Instanz die Zulässigkeit der Frage. Gegen die Entscheidung konnte man an das Verfassungsgericht appellieren. Wenn für die Initiative grünes Licht gegeben wurde, bestand noch die Möglichkeit, beim Verfassungsgericht wegen vermuteter Verfassungswidrigkeit auch gegen die parlamentarische Anordnung der Volksabstimmung eine Klage zu erheben.

⁷ Gesetz Nr. LIX/1997 über die Veränderung der Verfassung der Republik Ungarn, §§ 2-4.; Gesetz Nr. III/1998 über die landesweite Volksabstimmung und das Volksbegehren.

⁸ Der erste Satz der offiziellen Begründung des verfassungsändernden Gesetzes wies noch darauf hin, dass die neue Verfassung durch eine Volksabstimmung bestätigt wird. In der Tat enthielten jedoch weder das verfassungsändernde Gesetz, noch das neue Volksabstimmungsgesetz das obligatorische Verfassungsreferendum, welches durch § 7 des alten Volksabstimmungsgesetzes von 1989 noch gesichert war.

Dementsprechend sollte das Verfassungsgericht in mehreren Fällen über dieselbe Frage zweimal entscheiden.

Im Jahre 2002 – in Verbindung mit dem geplanten EU-Beitritt – wurde die Verfassung mit der Regel ergänzt, dass über Ungarns EU-Anschluss ein Volksentscheid abgehalten werden soll.⁹ Diese Verfassungsänderung bestimmte sowohl den Zeitpunkt (12. April 2003) als auch die Frage des Volksentscheides („Sind Sie damit einverstanden, dass die Ungarische Republik Mitglied der Europäischen Union wird?“) Ohne diese Verfassungsänderung wäre der Volksentscheid juristisch nicht erforderlich gewesen, die Regierung und die Opposition hielten es jedoch für politisch notwendig, dass der Beitrittsvertrag vom Volk bestätigt wird.¹⁰

1.3. Die Praxis des Verfassungsgerichts

In Verbindung mit verschiedenen Initiativen hat das Verfassungsgericht mehrmals Lücken der gesetzlichen Regelung gefüllt. Diese Beschlüsse waren grundlegend für die Praxis der Referenden. Das Verfassungsgericht hat z.B. ausgesprochen, dass eine der Volksabstimmung unterbreitete Frage auf keine versteckte Verfassungsänderung gerichtet sein darf.¹¹ Die direkte Machtausübung erklärte es Ausnahmefall der Volkssouveränität, es fügte aber hinzu, dass in diesen Ausnahmefällen die direkte Machtausübung des Volkes über der repräsentativen Macht steht und dass das Parlament Vollstrecker des Volkswillens wird. Der auf Grund der Initiative von Staatsbürgern obligatorisch ausgelöste Volksabstimmungsprozess ist gegenüber der vom Parlament nach freiem Ermessen angeordneten Volksabstimmung zu bevorzugen.¹² Auch die Kriterien für die Eindeutigkeit der dem Referendum unterbreiteten Frage wurden vom Verfassungsgericht bestimmt.¹³ Es wurde auch erklärt, dass das Verfassungsgericht den Volksabstimmungsprozess auch nach seiner positiven Entscheidung über die Zulässigkeit der Frage stoppen kann, wenn

⁹ Gesetz Nr. LXI/2002 über die Änderung der Verfassung (Gesetz Nr. XX/1949) § 10.

¹⁰ In der Debatte war nur der Zeitpunkt des Volksentscheides umstritten: die Regierung wollte den Tag der Abstimmung im Voraus in der Verfassung festsetzen, ohne Hinsicht auf das Datum der Unterzeichnung des Beitrittsvertrages; die Opposition hielt es jedoch für notwendig, dass die Bürger erst nach der Unterzeichnung – in Kenntnis der endgültigen Fassung –, aber noch vor der parlamentarischen Ratifizierung über den Vertrag abstimmen. (Siehe dazu die Reden am 33. Sitzungstag des Parlaments am 13. November 2002 am Nachmittag.) Schließlich wurde der Volksentscheid dem Plan der Regierung entsprechend am 12. April 2003 abgehalten; die Rohübersetzung des Vertrages war bereits am 10. März auf der Webseite des Außenministeriums erreichbar. Das Parlament ermächtigte die Regierung am 15. April zur Unterzeichnung des Vertrages (Parlamentsbeschluss Nr. 37/2003), die am 16. April in Athen erfolgte. Am 17. Dezember 2003 wurde der Vertrag vom Parlament bestätigt (Parlamentsbeschluss Nr. 133/2003) und am 23. Dezember die Ratifikationsurkunde hinterlegt. Der Beitrittsvertrag wurde erst am 30. April 2004 als Gesetz veröffentlicht (Gesetz Nr. XXX/2004).

¹¹ Beschlüsse Nr. 2/1993. (I. 22.) und 25/1999. (VII. 7.) des VfG.

¹² Beschluss Nr. 52/1997. (X. 14.) des VfG.

¹³ Beschlüsse Nr. 32/2001. (VII. 11.) und 52/2001. (XI. 29.) des VfG.

das nach der Zulässigkeitsentscheidung eventuell eingetroffene Ereignisse, wie z.B. eine Verfassungsänderung oder das Inkrafttreten bzw. Außerkraftsetzung eines internationalen Abkommens nötig macht.¹⁴ Das Verfassungsgericht hat schließlich auch dargelegt, dass die vom Volk beantragte Volksabstimmung lediglich dazu dient, den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess zu beeinflussen.¹⁵

2. Praktische Erfahrungen

Seit 1989 kam es in Ungarn zu sechs landesweiten Volksabstimmungen über insgesamt zwölf Fragen. Bereits vor der ersten freien Parlamentswahl, im November 1989 haben die Bürger im Rahmen der sogenannten 'Vier-Ja' Volksabstimmung über vier, von einer Oppositionspartei, dem Bund der Freien Demokraten (SZDSZ), veranlasste Fragen abgestimmt.¹⁶ Die Initiative war vor allem gegen die Absicht der Ungarischen Sozialistischen Arbeiterpartei (MSZMP) gerichtet, noch vor der ersten freien Parlamentswahl den neuen Präsidenten der Republik wählen zu lassen, der später als bedeutende Kontrollmacht gegenüber dem neuen Parlament hätte agieren können. Diese erste landesweite Volksabstimmung brachte – unter Teilnahme von etwa 58% der Stimmberechtigten (wesentlich mehr als das Teilnahmequorum von 50%) – den Sieg der Initiatoren und trug dazu bei, dass sich die SZDSZ vor der Wahl große Popularität verschaffen konnte.

1990, bereits nach der Wahl versuchte die Nachfolgerpartei der ehemaligen MSZMP, die oppositionelle Ungarische Sozialistische Partei (MSZP) sich mit einem Volksbegehren über die Einführung der direkten Präsidentenwahl zu popularisieren. In diesem Fall blieb jedoch der Erfolg aus, weil sich nur etwa 14% der Berechtigten an der Abstimmung beteiligten, die deshalb ungültig war.¹⁷

1997 und 2003 kam es zu Referenden in Verbindung mit Ungarns Anschluss an die Institutionen der transatlantischen Integration. 1997 wurde ein Parlamentsplebiszit über Ungarns NATO-Anschluss abgehalten, was schließlich – Dank der Senkung des Quorums zwei Wochen früher (statt eines Teilnahmequorums von 50% ein Zustimmungsquorum von 25% – siehe oben I./2.) – mit einer Teilnahme von 49% der Berechtigten und einer überzeugenden Mehrheit der 'Ja'-Stimmen gültig war. (41,5% aller Berechtigten haben mit 'Ja' abgestimmt, so wurde das Zustimmungsquorum von 25% erreicht.) 2003 kam es zu einem obligatorischen Referendum über Ungarns

¹⁴ Beschlüsse Nr. 40/2004. (X. 27.) und 67/2008. (IV. 30.) des VfG.

¹⁵ Beschluss Nr. 130/2008. (XI. 3.) des VfG.

¹⁶ A) „Soll der Präsident der Republik erst nach den Parlamentswahlen gewählt werden?“ (Ergebnis: Ja: 50,07%); B) „Sollen die Parteiorganisationen die Arbeitsplätze verlassen?“ (Ergebnis: Ja: 95%); C) „Soll die Ungarische Sozialistische Arbeiterpartei (MSZMP) über das in ihrem Eigentum oder in ihrer Verwaltung stehende Vermögen Rechenschaft ablegen?“ (Ergebnis: Ja: 95%); D) „Soll die Arbeiterwache [Betriebskampfgruppen] aufgelöst werden?“ (Ergebnis: Ja: 95%).

¹⁷ Zum Hintergrund der ungarischen landesweiten Volksabstimmungen mit weiteren Einzelheiten siehe: KOMÁROMI op. cit., esp. Annex IV. Siehe außerdem die Datenbank der Centre for Research on Direct Democracy (www.c2d.ch) und die Suchmaschine für direkte Demokratie von Beat MÜLLER (www.sudd.ch).

EU-Beitritt. Die geringe Teilnahme (46%) rief gewisse Enttäuschung hervor, die überwiegende Mehrheit war jedoch auch in diesem Fall für den Beitritt (38% aller Berechtigten stimmten für den Beitritt).

2004 wurde eine Volksabstimmung über zwei Fragen abgehalten: über die erleichterte Gewährung der Staatsangehörigkeit für Auslandsungarn und über das Verbot der Privatisierung von staatlichen Gesundheitsorganisationen. Die erste Initiative stammte von einer zivilen Organisation, dem Weltverband der Ungarn, die zweite hat die linksextremistische Arbeiterpartei in Gang gesetzt. Die Abstimmung war wegen der geringen Teilnahme (37%) in beiden Fragen ungültig, obwohl die Mehrheit (im ersten Fall eine ziemlich knappe Mehrheit) die Initiativen billigte. Das Zustimmungsquorum von 25% wurde nicht erreicht: bei der Frage über die Staatsangehörigkeit stimmten nur 18,9%, bei der Frage der Privatisierung nur 23,89% aller Stimmberechtigten mit 'Ja' ab.

Im Jahre 2008 wurde auf die Initiative des oppositionellen FIDESZ – Ungarischen Bürgerbundes eine Volksabstimmung über die Abschaffung der von ambulanten Kranken und Krankenhauspatienten zu zahlenden Gebühren bzw. des Tagesgelds und über die Abschaffung der Studiengebühren für die staatliche höhere Ausbildung abgehalten. Die in drei Fragen formulierten Forderungen waren gegen die Regierung gerichtet; diese Gebühren wurden von der FIDESZ als Symbole der Regierungspolitik dargestellt. Schließlich brachte die Volksabstimmung den Initiatoren einen großen Erfolg. Unter Teilnahme von etwa 50,5% der Stimmberechtigten haben mehr als 80% der Teilnehmenden mit 'Ja' abgestimmt. Das Zustimmungsquorum von 25% wurde bei allen Fragen erreicht (41,31% – 42,11% – 41,16%). Die Regierungskoalition ging auseinander und bei der nächsten Parlamentswahl im Jahre 2010 erreichte die FIDESZ mit den mit ihr verbündeten Christdemokraten eine Zweidrittelmehrheit.

Auch jene Initiativen, die gestartet wurden, aber nicht zu einer Volksabstimmung führten, sind kurz zu erwähnen. Nur verhältnismäßig wenige von ihnen fanden bei der Öffentlichkeit großen Anklang, die meisten sind von der Nationalen Wahlkommission bzw. dem Verfassungsgericht für unzulässig erklärt worden. Die Zahl der verschiedenen bürgerlichen Initiativen war bis zum Jahr 2006 einige Dutzend pro Jahr, ab 2007 erhöhte sie sich auf mehrere Hundert. Viele von denen waren Anträge von Einzelpersonen, weil gemäß dem Volksabstimmungsgesetz von 1998 keine Mindestzahl von Unterstützern zum Antrag auf Zulassung des Volksbegehrens vorgeschrieben ist. Das bedeutet eine große Last für die Nationale Wahlkommission und für das Verfassungsgericht. In Zusammenhang mit der wachsenden Zahl von Bürgeranträgen sprach der Präsident des Verfassungsgerichts 2008 in einem Interview über eine schlummernde Mine, die in den letzten Jahren explodierte.¹⁸

¹⁸ Emília KRUG: Szunnyadó akna. A népszavazás szellemét nem az Alkotmánybíróság szabadította ki a palackból. Paczolay Péter az alkotmányos aktivizmusról. [Eine schlummernde Mine. Den Geist der Volksabstimmung ließ nicht das Verfassungsgericht aus der Flasche heraus. Péter Paczolay über den verfassungsrichterlichen Aktivismus.] *168 Óra Online*, 4. Juli 2008. www.168ora.hu/cikk.php?cikk=21823 [Stand: 23.01.2012.]

Was die Agenda-Initiativen anbelangt: zwischen 1995 und 2011 wurden dem Parlament 13 solche Anträge eingereicht; das Parlament nahm von denen nur zwei an, einer wurde nicht auf die Tagesordnung gesetzt, die anderen wurden abgelehnt.¹⁹

Auch auf Grund dieses insgesamt bescheidenen Erfahrungsguts der letzten zwei Jahrzehnte lässt sich einiges feststellen. Erstens: In Ungarn haben politische Parteien die größte Chance ein Volksbegehren durchzusetzen. Zivile Organisationen hatten bis heute kaum eine solche Mobilisierungskraft, wodurch sie die erforderliche Zahl von Unterschriften hätten erreichen können. Nur einmal kam es zu einer landesweiten Volksabstimmung, bei der die Initiative von einer Zivilorganisation, dem Weltverband der Ungarn, stammte (Staatsangehörigkeit für Auslandsungarn, 2004). Dementsprechend funktioniert das Volksbegehren in der Praxis vor allem als eine politische Waffe der Oppositionsparteien gegen die Regierung. Zweitens: Die verhältnismäßig seltenen Volksabstimmungen (durchschnittlich vierjährig eine) konnten bis heute die wichtigste Funktion der direktdemokratischen Instrumente nicht erfüllen. Diese Abstimmungen sind keine solchen punktuellen Eingriffe, mit denen die politische Klasse ständig rechnen und deshalb die referendumsfähigen Kräfte in den Entscheidungsprozess einbeziehen sollte.²⁰ Sie haben auch nicht zu einem anderen Politikstil geführt in dem Sinne, dass die Machtinhaber ihre Politik den Wählern tatsächlich und tiefgründig vermitteln. Volksabstimmungen konnten in Ungarn nicht zur Aufhebung politischer Blockaden, zur Flexibilisierung der Politik, zu rationelleren Debatten über öffentliche Angelegenheiten beitragen.²¹ Die Bürger haben deshalb den Lernprozess, der zu einer höheren Kompetenz in politischen oder wirtschaftlichen Fragen führen könnte, noch nicht begonnen. Auf der anderen Seite wird der Vertrauensmangel gegenüber Politikern, Presse und anderen gemeinnützigen Organisationen immer größer. Auch gegen die Gesetze und andere Rechtsvorschriften ist die ungarische Gesellschaft grundsätzlich misstrauisch eingestellt.²²

¹⁹ Die Themen und Entscheidungen sind auf der Webseite des Parlaments zugänglich: www.mkogy.hu/fotitkar/nepszav/nepi_kezd_1990_.htm [Stand 23.01.2012.]

²⁰ Zu dieser Funktion siehe: Werner J. PATZELT: Populäre Missverständnisse 'direkter Demokratie' als Herausforderungen von Politik und politischer Bildung. In: Peter NEUMANN – Denise RENGGER (eds.): *Sachunmittelbare Demokratie im interdisziplinären und internationalen Kontext 2008/2009. Deutschland, Österreich, Schweiz*. [Studien zur Sachunmittelbaren Demokratie, Band 7] Baden-Baden, Nomos, 2010. 218.

²¹ Diese möglichen positiven Wirkungen direkter Demokratie sind durch Otmar JUNG zusammengefasst: Grundsatzfragen der direkten Demokratie. In: Andreas KOST (ed): *Direkte Demokratie in den deutschen Ländern. Eine Einführung*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH, 2005. 339.

²² TÓTH, István György: *Bizalomhiány, normazavarok, igazságtalanságérzet és paternalizmus a magyar társadalom értékszerkezetében. A gazdasági felemelkedés társadalmi-kulturális feltételei című kutatás zárójelentése*. [Misstrauen, Normstörungen, Ungerechtigkeitsgefühl und Paternalismus im Wertesystem der ungarischen Gesellschaft. Schlussbericht der Forschung über die sozio-kulturellen Voraussetzungen des wirtschaftlichen Aufschwungs]. Budapest, Társi Social Research Institute Inc., 2009. www.tarki.hu/hu/research/gazdkult/gazdkult_elemzeszaro_toth.pdf [Stand: 23.01.2012.]

3. Die Regelung im neuen ungarischen Grundgesetz 2011

Nachdem die FIDESZ-KDNP bei der Parlamentswahl von 2010 eine Zweidrittelmehrheit erreicht hatte, entschied die Koalition eine neue Verfassung für Ungarn zu geben. Der die neue Verfassung vorbereitende Parlamentsausschuss begann seine Arbeit im Sommer 2010. Sowohl zentrale Staatsorgane als auch die Interessenvertreter von lokalen Autonomien, wissenschaftlichen Institutionen und Zivilorganisationen wurden aufgefordert ihre Vorschläge und Ideen mitzuteilen. Auch viele Privatpersonen haben Vorschläge formuliert und dem Parlamentsausschuss zugeschickt. Diese Stellungnahmen wurden auf der Webseite des Ausschusses veröffentlicht.²³ Unter den so zugänglich gemachten Vorschlägen gab es nur wenige, die die Fragen der direkten Demokratie eingehender untersuchten.²⁴ Mehrere haben jedoch vorgeschlagen, die neue Verfassung dem Referendum zu unterwerfen.²⁵ Sonst waren die Vorschläge in ihrer Richtung (mehr oder weniger direkte Demokratie) verschieden.

Inwieweit diese Vorschläge bei den Verhandlungen des Ausschusses berücksichtigt wurden, ist nicht klar. Der am 10. Dezember 2010 unter Nr. H/2057 dem Parlament eingereichte Beschlussantrag des Parlamentsausschusses über die Regelungsprinzipien der neuen Verfassung sah nur eine einzige Änderung der aktuellen Regelung vor: in Zukunft solle auch die Teilrevision der Verfassung

²³ www.parlament.hu/internet/plsql/ogy_biz.keret_frissit?p_ckl=39&p_biz=1005 [Stand: 23.01.2012.]

²⁴ Siehe z.B. Károly TÓTHS im Jahre 2008 bereits publizierte Abhandlung seitens der Gáspár-Károli-Protestantischen Universität: Az országos népszavazás néhány aktuális problémájának vázlata. [Abriss einiger aktuellen Probleme der landesweiten Volksabstimmung] In: Márta DEZSÓ – István KUKORELLI (eds.): *Ünnepi kötet Sári János egyetemi tanár 70. születésnapja tiszteletére* [Festschrift für János Sári zu seinem 70. Geburtstag] Budapest, Rejtjel Kiadó, 2008. 377–385. (Auf der Webseite des Parlamentsausschusses: www.parlament.hu/biz/aeb/info/karoli_egy.pdf, 12–19.) [Stand: 23.01.2012.] Siehe ferner István KUKORELLIS noch vor dem Volksabstimmungsgesetz von 1998 entstandene Abhandlung mit dem Titel: A népszavazási törvény – de lege ferenda. [Die Volksabstimmungsgesetz – de lege ferenda] – auf der Webseite des Parlamentsausschusses unter den Vorschlägen des Forums Zivilen Zusammenschlusses (Civil Összefogás Fórum) publiziert, www.parlament.hu/biz/aeb/info/cof.pdf [Stand: 23.01.2012.] 16–19. Siehe ferner: KOMÁROMI, László – PÁLLINGER, Zoltán Tibor: *Javaslatok a közvetlen demokratikus intézmények szabályozására az új alkotmányban*. [Vorschläge zur Regelung der direktdemokratischen Institutionen in der neuen Verfassung] www.parlament.hu/biz/aeb/info/klpz.pdf [Stand: 23.01.2012.]

²⁵ Siehe z.B. die Vorschläge des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Ungarischen Akademie der Wissenschaften: BALÁZS, István et al.: *Javaslatok a Magyar Köztársaság Alkotmányának Szabályozási Konceptiójához* [Vorschläge zur Regelungskonzeption der Verfassung der Republik Ungarn] (www.parlament.hu/biz/aeb/info/mta.pdf [Stand: 23.01.2012.] 8.; TAKÁCS, Albert (seitens der Corvinus Universität Budapest): *Adalékok az új alkotmány koncepciójához*. [Beiträge zur Konzeption der neuen Verfassung. www.parlament.hu/biz/aeb/info/corvinus.pdf [Stand: 23.01.2012.] 1–2.; ZLINSZKY, János (unter Teilnahme von Miklós KENGYEL, Ferenc MÁDL und József RADNAY) seitens des Batthyány Professorenkreises: *Javaslatok és észrevételek az Országgyűlés Alkotmány-előkészítő Eseti Bizottsága részére*. [Vorschläge und Bemerkungen für den die neue Verfassung vorbereitenden Parlamentsausschuss]. www.parlament.hu/biz/aeb/info/prof_batthyany_kore.pdf [Stand: 23.01.2012.] 3.

in die Liste der für ein Volksbegehren verbotenen Gegenstände kommen, wie es aus der Auslegung des Verfassungsgerichts hervorgehe.²⁶ Das Parlament hat den Beschlussantrag am 7. März 2011 angenommen und als Anlage seines Beschlusses über die Vorbereitung der Verabschiedung der neuen Verfassung veröffentlicht.²⁷

Der FIDESZ–KDNP Fraktionsbund setzte jedoch bereits am 10. Februar 2011 eine dreiköpfige Kommission mit dem Auftrag ein, die neue Verfassung in Worte zu fassen. Kommissionsleiter József Szájer erklärte den Beschluss des Parlamentsausschusses für eine Diskussionsgrundlage, die die Richtlinien bestimmt. Der Text des Verfassungsentwurfs wurde am 14. März 2011 von 261 Parlamentsabgeordneten des Fraktionsbundes dem Parlament eingereicht²⁸ und – mit wenigen Änderungen – am 18. April 2011 von der Plenarsitzung angenommen und am 25. April im Ungarischen Staatsanzeiger veröffentlicht. Da das obligatorische Verfassungsreferendum bereits 1998 abgeschafft wurde (siehe oben I./2.), wurde das neue Grundgesetz – trotz diesbezüglicher Forderungen der Opposition – keinem Referendum unterworfen. Es ist am 1. Januar 2012 in Kraft getreten.

Die Bestimmungen über die direktdemokratischen Instrumente sind in deutscher Übersetzung die folgenden:

Grundgesetz von Ungarn²⁹
(25. April 2011)

Grundlegende Bestimmungen

Art. B)

(3) Die Quelle der öffentlichen Gewalt ist das Volk.

(4) Das Volk übt seine Macht durch seine gewählten Abgeordneten, ausnahmsweise unmittelbar aus.

Freiheit und Verantwortung

Art. XIII

(7) Jeder, der an der Wahl der Parlamentsabgeordneten wahlberechtigt ist, hat das Recht an einer landesweiten Volksabstimmung teilzunehmen.

²⁶ Beschlussantrag des die neue Verfassung vorbereitenden Parlamentsausschusses über die Regelungsprinzipien der neuen Verfassung vom 20. Dezember 2010. Gesetzgebende Gewalt, Paragraph 10, Seite 10. Im Internet abrufbar unter www.parlament.hu/irom39/02057/02057.pdf [Stand: 23.01.2012.]

²⁷ Beschluss Nr. 9/2011. (III. 9.) des Parlaments.

²⁸ Gesetzentwurf Nr. T/2627 – Grundgesetz von Ungarn.

²⁹ Den Auszug habe ich aus dem Ungarischen selbst ins Deutsche übersetzt; bei Parallelen mit der alten Verfassung (Gesetz Nr. XX/1949) habe ich jedoch die Übersetzung der digitalen Gesetzessammlung des Complex Verlags (HMJ – Hatályos Magyar Jogszabályok három nyelven, DVD) als Grundlage genommen.

Jeder, der an der Wahl der Abgeordneten und Bürgermeister in der örtlichen Selbstverwaltung wahlberechtigt ist, hat das Recht an einer lokalen Volksabstimmung teilzunehmen.

Der Staat

Landesweite Volksabstimmung

Art. 8

- (1) Das Parlament ordnet auf Anregung von wenigstens 200 000 wahlberechtigten Bürgern eine landesweite Volksabstimmung an. Das Parlament kann auf die Anregung der Präsidenten der Republik, der Regierung oder von 100 000 wahlberechtigten Bürgern eine landesweite Volksabstimmung anordnen. Die bei der gültigen und erfolgreichen Volksabstimmung gefasste Entscheidung ist für das Parlament verbindlich.*
- (2) Der Gegenstand einer landesweiten Volksabstimmung kann eine in den Kompetenzbereich des Parlaments gehörende Frage sein.*
- (3) Keine landesweite Volksabstimmung darf abgehalten werden:
 - a) über eine Frage die auf die Änderung des Grundgesetzes gerichtet ist;*
 - b) über den Staatshaushaltsplan, über dessen Durchführung, über zentrale Steuerarten, Gebühren, Zölle sowie über den Inhalt von Gesetzen über die zentralen Bedingungen der örtlichen Steuern;*
 - c) über den Inhalt von Gesetzen über die Wahl von Parlamentsabgeordneten, Abgeordneten und Bürgermeister in der örtlichen Selbstverwaltung sowie Mitglieder des Europäischen Parlaments;*
 - d) über die sich aus einem internationalen Vertrag ergebenden Verpflichtungen;*
 - e) über die in den Kompetenzbereich des Parlaments gehörenden Personalfragen und Fragen der Organisationsgestaltung;*
 - f) über die Auflösung des Parlaments;*
 - g) über die Auflösung der Vertretungskörperschaft der örtlichen Selbstverwaltung;*
 - h) über die Verkündung des Kriegszustandes bzw. die Verhängung des Ausnahmezustandes und des Notstandes sowie über die Verhängung und Verlängerung des Präventivschutz-Zustandes;*
 - i) über Fragen bezüglich der Teilnahme an Militäroperationen;*
 - j) über die Ausübung einer allgemeinen Amnestie.**
- (4) Die landesweite Volksabstimmung ist gültig, wenn mehr als die Hälfte aller wahlberechtigten Bürger gültig abgestimmt hat, und erfolgreich, wenn mehr als die Hälfte der gültig abstimmenden wahlberechtigten Bürger auf die formulierte Frage eine identische Antwort gegeben haben.*

Der Präsident der Republik

Art. 9

(3) Der Präsident der Republik

d) kann eine landesweite Volksabstimmung anregen;

Örtliche Selbstverwaltungen

Art. 31

(2) Über die in den Kompetenz- und Aufgabenbereich der örtlichen Selbstverwaltung gehörenden Angelegenheiten kann gemäß gesetzlichen Bestimmungen eine örtliche Volksabstimmung gehalten werden.

4. Die wichtigsten Änderungen

Das neue ungarische Grundgesetz hat die bisher gültige Regelung der direktdemokratischen Institutionen in den folgenden Punkten geändert:

- a) Unter den grundlegenden Bestimmungen wurde die direkte Machtausübung des Volkes für exzeptionell erklärt. (Die alte Verfassung hatte noch die repräsentative und unmittelbare Machtausübung gleichgeordnet.)
- b) Die konsultative Volksabstimmung und die Agenda-Initiative sind aus der Verfassung herausgekommen.
- c) Die Liste der verbotenen Gegenstände wurde auch verändert. Wichtig ist dabei, dass über die Änderung der Verfassung keine Volksabstimmung gehalten werden darf.
- d) Es wurde die Möglichkeit abgeschafft, dass das Parlament auf den Antrag von einem Drittel der Parlamentsmitglieder eine Volksabstimmung anordnet.
- e) Das Teilnahmequorum wurde auf das Doppelte erhöht.

Wichtig ist zu bemerken, dass sich aus der vom Parlament angenommenen Konzeption des Vorbereitungsausschusses nur die im Punkt c) erwähnte Änderung ableiten lässt. Die anderen sind ziemlich unerwartete Modifikationen.³⁰

³⁰ Obwohl diese Änderungen, besonders was Punkt e) anbelangt, eine grundlegende Umgestaltung der direktdemokratischen Instrumente bedeuten, beschäftigte sich die ungarische Verfassungswissenschaft bis zur Einreichung dieses Artikels kaum mit dem Thema. Am 9. März 2012 wurde eine Konferenz mit dem Titel *Hungary's New System of Direct Democracy: International and National Perspectives* an der Andrassy Gyula Deutschsprachigen Universität und an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Péter-Pázmány-Universität in Budapest veranstaltet, wo sich besonders Lóránt Csink mit der neuen Regelung beschäftigte. (*Tendencies of Direct Democracy in Hungary – Referendums in the Light of the New Basic Law*) Die Vorträge der Konferenz werden voraussichtlich noch im Jahr 2012 veröffentlicht.

Ad a)

Dass die direkte gegenüber der repräsentativen Machtausübung als exzeptionelle Erscheinung der Volkssouveränität gilt, hat vor allem nicht eine quantitative Bedeutung. In Ungarn kam es zu Volksgesetzgebungsverfahren auch früher viel seltener, als zu parlamentarischen Gesetzgebungsprozessen. Es ist auch in Ländern mit ausgeprägter direktdemokratischer Praxis selbstverständlich. Auch in der Schweiz werden mehr als 90% der Gesetze auf parlamentarischem Wege angenommen. Dass Volksabstimmungen nachdrücklich zu den Ausnahmefällen gehören, soll wahrscheinlich eher als Rangverhältnis zwischen repräsentativer und direkter Machtausübung, zwischen parlamentarischer und partizipatorischer Entscheidungsverfahren verstanden werden. Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass diese prinzipielle Bestimmung ihre praktische Bedeutsamkeit bei der Erhöhung des Teilnahmequorums erhält.

Ad b)

Das konsultative Referendum und die Agenda-Initiative waren in den letzten zwanzig Jahren gar nicht beziehungsweise nur kaum praktizierte Institutionen. Auch weiterhin kann eine Volksabstimmung als konsultativ gelten, wenn das Quorum nicht erreicht wird und so das Ergebnis für das Parlament nicht bindend ist. Die Agenda-Initiative hätte vielleicht mehr Bedeutung gehabt, wenn es als erster Schritt eines Volksgesetzgebungsverfahrens konzipiert gewesen wäre. Zur Zeit der Einreichung des Manuskripts dieser Zusammenfassung ist noch das alte Volksabstimmungsgesetz in Kraft und es enthält die Regeln der Agenda-Initiative, obwohl das geltende neue Grundgesetz dieses Instrument nicht kennt. Der von dem Justizminister dem Parlament am 10. Juni 2011 eingereichte Volksabstimmungsgesetzesentwurf (Nr. T/3479) sieht das Agenda-Initiativrecht nicht mehr vor.

Ad c)

Über Fragen, die auf eine Abänderung des Grundgesetzes gerichtet sind, darf man in Ungarn keine Volksabstimmung abhalten. Die Richtlinien des Verfassungsausschusses erklärten dies damit, dass dadurch die Interpretation des Verfassungsgerichts ins Grundgesetz eingebaut wird. Das Verfassungsgericht sprach 1993 aus, dass eine der Volksabstimmung unterbreitete Frage keine versteckte Verfassungsänderung enthalten darf.³¹ Dieser Beschluss entstand in Verbindung mit einer Initiative der Assoziation der unter dem Existenzminimum lebenden Bürger, die mittels eines Volksentscheids das Parlament auflösen (abberufen) wollte. Bei der Verfassungsänderung von 1997 wurde dann die Liste der verbotenen Gegenstände mit der Regel erweitert, dass man über die Bestimmungen der Verfassung zum Volksentscheid bzw. Volksbegehren keine Volksabstimmung abhalten darf. (Nach grammatischer Interpretation heißt es, dass man über andere Bestimmungen der Verfassung abstimmen kann.) Das Verfassungsgericht hielt sich jedoch an seinem

³¹ Beschluss Nr. 2/1993. (I. 22.) des VfG.

früheren Standpunkt und wies eine Initiative über die direkte Präsidentenwahl zurück. Diesmal fügte es aber hinzu, dass das Verbot nur für von Wahlbürgern initiierte Volksabstimmungen gilt und erklärte: „Die vom Parlament angenommene Verfassungsänderung kann durch eine bindende Volksabstimmung bestätigt werden.“³²

In diesem Sinne ist deshalb sowohl die Auffassung des Verfassungsausschusses als auch das Grundgesetz selbst gegensätzlich zum Standpunkt des Verfassungsgerichts, weil der neue Text nicht nur ‘von unten’ kommende Verfassungsinitiativen, sondern auch ‘von oben’ angeordnete Verfassungsplebiszite ausschließt. Dadurch wird auch die Möglichkeit verworfen, dass das Parlament der von ihm angenommenen Verfassungsänderung (oder einfachen Gesetz) durch eine Volksabstimmung mehr Legitimation gibt. Auch wenn bürgerliche Verfassungsinitiativen im europäischen Vergleich exzeptionell sind, ist das ausdrückliche Verbot von Verfassungs- und einfachen Gesetzesplebisziten ungewöhnlich. Es ist zu bemerken, dass das erste Volksabstimmungsgesetz von 1989 noch vorschrieb, eine neue Verfassung von Ungarn mittels eines Referendums anzunehmen.³³

Ad d)

Laut Grundgesetz darf das Parlament auf Antrag des Staatsoberhauptes, der Regierung oder von mindestens 100 000 Wahlbürgern eine Volksabstimmung anordnen. (Wenn die Initiative von wenigstens 200 000 Wahlbürgern stammt, ist das Parlament verpflichtet, die Volksabstimmung anzuordnen.) Das bedeutet, dass das Parlament bei der Anordnung von Volksabstimmungen an eine Initiative des Präsidenten, der Regierung oder von einer bestimmten Zahl von Wahlbürgern gebunden ist, aus eigenem Entschluss darf es keine Entscheidung dem Referendum unterwerfen. (Die alte Verfassung enthielt noch die Regel, dass das Parlament auf die Initiative eines Drittels der Parlamentsabgeordneten eine Volksabstimmung anordnen kann.) Durch das neue Grundgesetz wird so die ursprüngliche Bedeutung des Referendums nicht wahrgenommen: der repräsentative Gesetzgeber gibt das Recht zur Entscheidung dem souveränen Volk zurück (referre), von dem er sein Mandat bekommen hat. Dadurch wird das Parlament bei Volksabstimmungen viel eher in eine unselbständige Vollstreckungsrolle gezwungen als früher.

Ad e)

Das neue Grundgesetz erweckt die alte, zwischen 1989 und 1997 geltende Regel wieder, dass eine landesweite Volksabstimmung nur in dem Falle gültig ist, wenn mehr als die Hälfte aller Wahlberechtigten gültig abstimmt.

Die Erhöhung des Quorums hat die Folge, dass nur solche Fragen durch eine Volksabstimmung zu entscheiden sind, die selbst eine enorme Mobilisierungskraft haben. Unter den sechs landesweiten Volksentscheiden seit 1989 gab es nur zwei, die

³² Beschluss Nr. 25/1999. (VII. 7.) des VfG.

³³ Gesetz Nr. XVII/1989. § 7.

diese Hürde überspringen konnten: die ‘Vier-Ja’ Volksabstimmung 1989 (58%) und die ‘soziale’ Volksabstimmung 2008 (50,5%).

Diese Regelung gibt auch wenigen Gegnern einer Initiative eine wirksame Waffe: es ist genügend, wenn sie ihre Anhänger zur Nichtteilnahme anspornen und so können sie den Willen der überwiegenden Mehrheit vereiteln, wenn die Teilnahme knapp unter 50% bleibt. Um solcher antidemokratischen Kampagne vorzubeugen, hat bereits die Venedig-Kommission des Europarates vorgeschlagen, solche Teilnahmequoten abzuschaffen.³⁴

5. Bewertung

Die erwähnten Änderungen zeigen sicherlich nicht die politische Absicht, dass die seit dem Systemwandel vorhandenen direktdemokratischen Instrumente in Ungarn eine größere Bedeutung gewinnen. Im Gegenteil: die neuen Regeln schränken diese Möglichkeiten eher ein und machen sie sogar durch die Erhöhung des Teilnahmequorums fast zu Scheininstitutionen, die in der Praxis nicht oder kaum nutzbar sein werden. Inwieweit die repräsentative Machtausübung allein – ohne bedeutende direkte Partizipation der Aktivbürgerschaft – die Qualität der ungarischen Demokratie verringert oder verbessert wird, kann nur die Zukunft beantworten. Auch bis zu einer sicheren Antwort bleibt jedoch die alte Erfahrung: direktdemokratische Rechte werden dauerhaft vor allem dort praktiziert, wo sie von der politischen Elite durch selbstbewusste Bürger herausgefordert und abgenötigt werden.

³⁴ Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, Code of Good Practice on Referendums, CDL-AD(2007)008rev + Explanatory Memorandum, III./7. (Im Internet abrufbar unter: [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)008rev-E.asp?MenuL=E](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)008rev-E.asp?MenuL=E) [Stand: 23.01.2012.]

DIE MENSCHENWÜRDE ALS OBERSTER KONSTITUTIONSBEGRIFF IM SÄKULAREN STAAT. DAS BEISPIEL DES DEUTSCHEN GRUNDGESETZES

Martin SCHLAG
Pontificia Università della Santa Croce

1. Einleitung

Deutschland hat die Menschenwürde als oberstes Konstitutionsprinzip der Rechtsordnung an die Spitze seiner Verfassung gestellt. Nach dem NS-Unrechtsregime gab sich das deutsche Volk einen Grundrechtskatalog, an dessen Spitze die Proklamation der unantastbaren Menschenwürde und das Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten stehen¹. Wie die Materialien zur Entstehung dieser Bestimmung² erkennen lassen, war damit ein bewusster Neuanfang bezweckt, durch den klar zum Ausdruck kommen sollte, dass der Staat um des Menschen, und nicht der Mensch um des Staates willen da ist.

Der Streit, der um die Menschenwürdegarantie in Art 1 Abs 1 Grundgesetz (GG) ausgebrochen ist³, verrät durch seine Heftigkeit, dass es um mehr geht als um ein bloß akademisches Thema. Es geht um Grundfragen des Umgangs mit menschlichem Leben in der modernen Medizin und um den Respekt vor dem Menschen im Staat.

In diesem Artikel sollen der Inhalt von Art. 1 Abs. 1 GG, Grundaussagen und Grundkonsense sowie Dissensfelder in sehr geraffter Form beschrieben werden. Es wird sich herausstellen, dass drei historische Interpretationsschichten,

¹ Auch für die Gegenwart Udo di FABIO: Grundrechte als Werteordnung. *Juristen Zeitung*, 2004. 1. 1.: „Die Grundrechte sind ein Wertesystem. [...] Das Grundgesetz ist nicht neutral.“

² S.a. den inzwischen selbst historischen und grundlegenden Artikel Kl.-B. von DOEMMING – R. FÜSSLEIN – W. MATZ: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. NF/1 1951. 1 .

³ S.a. die Übersicht bei Bernhard KOHL: Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel? Zur Interpretation in der gegenwärtigen Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG,. *Studien der Moraltheologie, Abteilung Beihefte*, Band 16, LIT-Verlag, Berlin 2007.

drei systematische Konzeptionen und mehrere „genetische“ Unterscheidungen (Unterscheidungen von der Entstehung her) ausgemacht werden können. Die gegenwärtigen Positionen können anhand von Christoph Enders, Horst Dreier und Ernst-Wolfgang Böckenförde systematisiert werden.

2. Inhalt und Bedeutung von Artikel 1 Grundgesetz

Artikel 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland lautet:

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

Dieser Verfassungsartikel kann gemäß Art. 79 Abs. 3 GG auch nicht durch ein Verfassungsgesetz geändert werden. Eine legale Abschaffung oder Abschwächung der Menschenwürdegarantie ist auf legalem Weg nicht möglich.

Die Verfassungsväter und –mütter gingen davon aus, dass die Grundrechte in der Würde des Menschen begründet und als unmittelbar geltendes Recht vom Staat gewährleistet, nicht aber gewährt werden. Sie sind „vorverfassungsmäßige“ oder „vorverfassungsrechtliche“ Grundrechte, die der Staat beachten muss⁴. Allen Parteien des Parlamentarischen Rates war – in gewiss unterschiedlicher Weise – der Naturrechtsgedanke präsent. Es bestand ein weitgehender Konsens darüber, dass „die Grundrechte auf vorstaatlichen, von Natur gegebenen Rechten beruhen“⁵. Die einen erblickten darin „das Naturrecht“, das die Rechtsprechung bei der Auslegung heranziehen könne⁶, andere warnten davor, das „Naturrecht absolut zu setzen“ und schlugen stattdessen vor, von einem historischen Naturrechtsbegriff auszugehen, dessen Standard nicht mehr unterschritten werden solle. Dr. Heuß (FDP) schließlich prägte jene oft zitierte Bezeichnung der Menschenwürde als „nicht interpretierte These“⁷.

⁴ Ibid. 41.

⁵ So der Abgeordnete Dr. BERGSTRÄSSER (SPD), *ibid.* 48.

⁶ Dr. VON MANGOLDT (CDU), *ibid.* 48 aber auch Dr. SCHMID (SPD), *ibid.* 49.

⁷ *Ibid.* 49.

2.1. Grundgesetzkommentare: Grundaussagen, Grundkonsense und Dissensfelder

Aus der Fülle der umfang- und detailreichen Kommentare⁸ zu Art. 1 Abs. 1 GG können folgende wesentliche Aussagen zusammengefasst werden. Auf Verweise auf die Rechtsprechung wird aus Platzgründen verzichtet. Sie ist aber leicht über die Kommentare zu finden.

Die Würde ist dem Menschen angeboren und unverlierbar. Schutzobjekt ist der Mensch schlechthin, auch der „völlig asoziale“ oder der „entmenschte Verbrecher“⁹. Tiere haben keine Menschenwürde. Person und Mensch haben die gleiche begriffliche Ausdehnung: Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu¹⁰. Dies gilt auch für den *nasciturus*, zumindest ab der Nidation¹¹. Eine Reihe von Kommentaren geht von der Zulässigkeit eines gestuften Rechtsschutzes des ungeborenen Menschen aus und hält speziell eine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung von Embryonen, Föten und geborenen Menschen für verfassungsrechtlich unbedenklich¹².

⁸ Es wurden konsultiert Hans HOFMAN, Art. 1. In: Hans HOFMAN – Axel HOPFAUF (Hrsg. des von Bruno SCHMIDT-BLEIBTREU und Franz KLEIN begründeten): *GG Kommentar zum Grundgesetz*. Carl Heymanns, München, ¹¹2008; Matthias HERDEGEN: Art. 1, Viertbearbeitung 2009. In: Theodor MAUNZ – Günter DÜRIG: *Grundgesetz*. Loseblattausgabe, C.H. Beck, München; Horst DREIER: Art. 1. In: DERS. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*. Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, ²2004; Reinhold ZIPPELIUS: Art. 1 Abs. 1 u. 2, Drittbearbeitung 1989. In: Rudolf DOLZER – Christian WALDHOF – Karin GRASSHOF (Hrsg.): *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Loseblattausgabe, C.F. Müller, Heidelberg; Christoph ENDERS: Art. 1, 13. Ergänzungslieferung 2005. In: Karl Heinrich FRIAUF – Wolfram HÖFLING (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*. Loseblattausgabe, Erich Schmidt Verlag, Berlin; Christian STARCK: Art. 1 Abs. 1. In: Hermann von MANGOLDT – Friedrich KLEIN (Hrsg.): *Kommentar zum Grundgesetz*. Band 1. Franz Vahlen, München, ²2005; Peter HÄBERLE: Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: Josef ISENSEE – Paul KIRCHHOF (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II. C.F. Müller, Heidelberg, ³2004. § 22, 317. Einen ausgezeichneten Überblick und Zusammenfassung geben auch Tatjana GEDDERT STEINACHER: *Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*. Duncker & Humblot, Berlin, 1990; Klaus STERN: Die normative Dimension der Menschenwürdegarantie. In: Michael BRENNER – Peter M. HUBER – Markus MÖSTL (Hrsg.): *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*. In: Festschrift für Peter Badura. Mohr Siebeck, Tübingen, 2004. 571.

⁹ In diesem Sinn HOFMAN a.a.O. 109.; ENDERS a. a. O. 34. ; ZIPPELIUS a.a.O. 26.

¹⁰ In diesem Sinn HOFMAN a.a.O. 112.; STARCK a.a.O. 37.

¹¹ HOFMAN a.a.O. 113.; mit guten Gründen für einen Würdeschutz schon ab Empfängnis STARCK a.a.O. 38. Kritisch ZIPPELIUS a.a.O. 26. Ablehnend DREIER a.a.O. 176; ENDERS a.a.O. 113., besonders 124, wo er den Beginn der Grundrechtsfähigkeit des Menschen bei der Geburt ansetzt. In Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 495 war Christoph Enders noch von einem lückenlosen, aber nicht absoluten Schutz des ungeborenen Lebens ausgegangen, womit ein abgestufter Lebensschutz gemeint ist.

¹² Z.B. Reinhold Zippelius, Horst Dreier und Christoph Enders an den in der vorigen Fußnote angegebenen Stellen. Gegen einen abgestuften Rechtsschutz als Verfassungsgrundsatz argumentiert Norbert HOERSTER: Forum: Kompromisslösungen zum Menschenrecht des Embryos auf Leben? *Juristische Schulung*, 2003. 529.

Die Würde des Menschen stellt das oberste Konstitutionsprinzip der gesamten Rechtsordnung dar. Sie begründet eine objektive Wertordnung, in der der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen sichergestellt ist: Der Mensch darf nie zum bloßen Objekt des Staates herabgewürdigt oder seiner Subjektqualität entkleidet werden¹³. Darüber hinaus gewährt Art. 1 Abs. 1 GG gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und nach überwiegender Meinung auch ein subjektives öffentliches Recht im Sinn eines Abwehrrechts gegen die öffentliche Gewalt, bildet aber ebenfalls einen Schutzauftrag an den Staat, den Einzelnen gegen Angriffe durch Dritte zu schützen¹⁴.

In der Garantie der Menschenwürde nimmt das Menschenbild des Grundgesetzes seinen Ausgangspunkt und findet entsprechenden Niederschlag in den einzelnen Grundrechten. Das durch die Menschenwürde geprägte konstitutionelle Menschenbild beinhaltet die Respektierung der individuellen Selbstverwirklichung, das Prinzip der Gleichwertigkeit aller Menschen als auch einen Anspruch auf staatlichen Schutz für ein menschenwürdiges Leben und die Möglichkeit der Mitgestaltung des Gemeinwesens¹⁵.

Die Verfassungskommentare enthalten auch ausgiebige Analysen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Daraus wird deutlich, dass der Inhalt der Menschenwürdegarantie für seine Praktikabilität erst einer kasuistischen Begriffsentfaltung in Ansehung des Einzelfalls bedarf¹⁶.

Der hauptsächliche Dissens in der rechtswissenschaftlichen Literatur bezieht sich auf die Frage der Abwägbarkeit der Menschenwürde mit anderen Grundrechtspositionen und die Entkoppelung von Menschenwürde und Lebensrecht. Davon wird gleich im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung die Rede sein.

2.2. Die drei historischen Interpretationsschichten von Artikel 1 Absatz 1 GG

Man kann drei historische Schichten unterscheiden: jene des Anfangs, die von einem weitgehenden Wertkonsens getragen war; eine mittlere Schicht, die vor der Aufgabe stand, die Formeln und Auslegungen des Anfangs auf die neuen Herausforderungen anzuwenden (vor allem Abtreibung, Gentechnologie, Informationstechnologien, etc.); und schließlich die gegenwärtigen Positionen, die sich aus den Schwierigkeiten

¹³ Seit der Kommentierung durch Günter Dürig herrschende Meinung, s.a. DÜRIG a.a.O. 6.; HOFMAN a.a.O. 111; STARCK a.a.O. 3.2; ENDERS a. a. O. 45.; HERDEGEN a.a.O. 7.

¹⁴ In diesem Sinn Hans Carl NIPPERDEY: Die Würde des Menschen. In: Franz L. NEUMANN – Hans Carl NIPPERDEY – Ulrich SCHEUNER: *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Duncker & Humblot, Berlin, ²1968; unverändert gegenüber der Erstauflage 1954, 11; HOFMAN a.a.O. 109.; ZIPPELIUS a.a.O. 17.; HERDEGEN a.a.O. 18.; etwas unklar aber doch wohl zustimmend STARCK a.a.O. 42.; den Grundrechtscharakter ablehnend Christoph ENDERS a. a. O. 60 .

¹⁵ In diesem Sinn HOFMAN a.a.O. 110.; HERDEGEN a.a.O. 17.

¹⁶ So unter Zitierung des Bundesverfassungsgerichts Christoph ENDERS: *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. 21.

der Anwendung heraus gebildet haben¹⁷. Diese drei Entwicklungsschritte korrelieren weitgehend mit der Geschichte des Einflusses naturrechtlicher Ideen auf das Grundgesetz, wie Josef Isensee ihn beschreibt¹⁸: das Pendel schwingt von der Rückkehr zum Naturrecht zur Wiederkehr des Rechtspositivismus.

2.2.1. Der Anfang

Am Anfang war die rechtswissenschaftliche Kommentierung dieser Verfassungsnorm zurückhaltend und naturrechtlich bestimmt. Zwei Interpretationsmaßstäbe wurden angelegt: die christliche Imago Dei-Lehre und die Philosophie Immanuel Kants, wobei auch Kant einer christlichen Tradition zuzuordnen ist. Die Alternative „Christus oder Kant“ ist unzutreffend¹⁹.

So schreibt Hans Carl Nipperdey²⁰ wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes:

„Der Begriff der *Würde* des Menschen bedarf keiner weiteren juristischen Definition. Es handelt sich um den Eigenwert und die Eigenständigkeit, die Wesenheit, die Natur des Menschen schlechthin, die an den Anfang und in den Mittelpunkt der Gesamtordnung gestellt wird. Denn für den Menschen allein ist das Recht bestimmt.“²¹ Art. 1 Abs. 1 GG wird als Naturrechtssatz charakterisiert, der auch gelten würde, wenn er nicht in der Verfassung stünde oder wenn die Verfassung durch eine andere ersetzt würde, die ihn nicht enthielte. Seine Geltung im Rechtsleben beruht aber jetzt auf der Verfassung, ohne dass er seinen Naturrechtscharakter verloren hätte²². Menschenwürde kommt jedem zu, der Menschenantlitz trägt, auch dem Nasciturus²³. Es fehlt ein eigener Hinweis auf das christliche Menschenbild.

Der schon erwähnte Günter Dürig²⁴ hat mit seinen Aussagen jahrzehntelang die Verfassungsauslegung entscheidend geprägt:

„In der Erkenntnis, dass die Verbindlichkeit und die verpflichtende Kraft auch einer Verfassung letztlich nur in objektiven *Werten* begründet sein kann, hat

¹⁷ Ein interessanter Überblick bei Winfried HASSEMER: *Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen*, EuGRZ 2005. 300.

¹⁸ Josef ISENSEE: Positivität und Überpositivität der Grundrechte. 84.

¹⁹ So aber Rosemarie WILL: Christus oder Kant. Der Glaubenskrieg um die Menschenwürde. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 10/2004. 1228 .

²⁰ NIPPERDEY a.a.O. 1.

²¹ Ibid. 1.

²² Ibid. 7.

²³ Ibid. 4.

²⁴ Günter DÜRIG: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1956. 117. Dieser Aufsatz entspricht in seinem ersten und zweiten Kapitel weitgehend dem Kommentar des Art. 1 GG, den Günter Dürig im Jahr 1958 publiziert hat. Vgl. Theodor MAUNZ – Günter DÜRIG (Hrsg.): *Grundgesetz*. C.H.Beck, München, 1958, Art. 1.

sich der Grundgesetzgeber, nachdem ein Hinweis auf Gott als den Urgrund alles Geschaffenen nicht durchgesetzt werden konnte, zum sittlichen Wert der Menschenwürde bekannt.“ Die Menschenwürde sei ein „Eigenwert“, der „als etwas immer Seiendes, als etwas unverlierbar und unverzichtbar immer Vorhandenes gedacht“ werde. Die Menschenwürde ist ein vorrechtlicher individual- und sozialetischer Achtungsanspruch, der von der Rechtsordnung lediglich rezipiert werde. Er war schon vorhanden ehe er verrechtlicht wurde²⁵. Art. 1 Abs. 1 GG sei das „oberste Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts“, „Basis für ein ganzes Wertesystem“, aber kein subjektives öffentliches Recht. Der Menschenwürdegrundsatz bringt in das System der gegen den Staat gerichteten subjektiven öffentlichen Rechte eine „ethische Unruhe“ und zwingt den Staat überdies dazu, seine Gesamtrechtsordnung so auszugestalten, dass auch von außerstaatlichen Kräften eine Verletzung der Menschenwürde nicht möglich sei. Er warnt davor, Art. 1 Abs. 1 GG als „kleine Münze“ der juristischen Argumentation zu bagatellisieren²⁶.

Hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmung der Menschenwürde beschränkt sich Günter Dürig auf deren negative Beschreibung vom Verletzungsvorgang her. Der die Menschenwürde verletzende Sachverhalt wird in der berühmten, anschließend zitierten Objektformel umrissen und von „ganz offenkundigen Verletzungsvorgängen“ als Beispielen ergänzt. „Der Inhalt dessen, was den unbestimmten Rechtsbegriff der Menschenwürde ausmacht, lässt sich für die Rechtspraxis am besten negativ vom Verletzungsvorgang her bestimmen. Wenn man sich bewusst ist, dass hierbei jeder Definitionsversuch naturgemäß simplifizieren muss, kann man formulieren: Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“²⁷ Als offenkundige Verletzungen gelten ihm: Folter, Sklaverei, Massenaustreibung, Genozid, Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung²⁸.

Das christliche Menschenbild wird hier nicht eigens erwähnt. Die kantianische Moralphilosophie ist als Hintergrund zu erkennen.

Die Erstkommentierung von Günter Dürig aus dem Jahr 1958 blieb nahezu 45 Jahre unangetastet im Kommentar stehen, obwohl fast alle anderen Artikel des GG in dieser Zeit eine Zweitkommentierung, teilweise sogar eine Drittkommentierung erfahren hatten. Die Kommentierung der Artikel 1 und 2 durch Dürig war gewissermaßen ein Stück seiner Identität²⁹. Josef Isensee erkennt in ihm den „Geist

²⁵ DÜRIG a.a.O. (1956) 117 f.

²⁶ Ibid. 123.

²⁷ Günter DÜRIG: *Kommentar zu Art. 1 Abs. 1 GG*.

²⁸ Ibid. 15.

²⁹ So Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: Bleibt die Menschenwürde unantastbar? *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 10/2004. 1216.

des Ursprungs³⁰. Die Kommentierung komme der Authentizität nahe und bilde das Urmeter für alle anderen Deutungsversuche³⁰.

Das christliche Erbe und die Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG im Sinn der christlichen Tradition wird in der Anfangsphase sehr deutlich vertreten. Als Beispiele seien die nachstehenden Autoren zitiert.

In Art. 1 Abs. 1 GG erblickt Walter Leisner³¹ eine neue Verbindung zwischen Glauben und Recht nachdem die Verbindung zwischen Kirche und Staat mit dem Staatskirchentum unwiederbringlich vorüber ist. „Das Religiöse allein legitimiert den Satz von der Würde des Menschen, nur aus ihm kann er sichere Inhalte gewinnen.“³² „Ohne das Ebenbild Gottes im Menschen ist Menschenwürde ein leeres Wort, ein inhaltloser Begriff der Juristen.“³³ Dies ist wohl die stärkste Gleichsetzung von religiösem und juristischem Inhalt, nämlich ihre Identifikation.

Alfred Verdross³⁴ stellt sich die Aufgabe, die historischen Wurzeln des Grundsatzes der Menschenwürde zu ermitteln und beschränkt sich dabei auf den vorderasiatisch-europäischen-amerikanischen Kulturkreis, „ohne damit die Möglichkeit der Auffindung solcher Wurzeln in anderen Kulturkreisen auszuschließen.“ Er identifiziert zwei Fundstellen: die Bibel (Gen 1, 26 f; Ps 8) und die von Griechenland ausstrahlende Philosophie.

Menschenwürde ist für Christian Starck³⁵ ein Schlüsselbegriff für das Verhältnis des Menschen zum Staat: „Eine metaphysische Grundlage der Menschenwürde bedeutet in ihrem rechtlichen Kern eine letzte Sicherung des Menschen vor einer totalen Verfügung durch staatliche oder gesellschaftliche Mächte.“³⁶ „Das in der Menschenwürdegarantie zum Ausdruck kommende Menschenbild ist entwicklungsgeschichtlich aufs engste mit dem Christentum verbunden, auch wenn Menschenwürdeerklärungen und – garantien in der Geschichte erst in der neuesten Zeit auftreten, in der die Menschen weniger aus religiöser Kraft heraus leben.“³⁷ Verfehlungen der christlichen Kirche gegen die Menschenwürde widerlegten nicht die Herkunft der Menschenwürde aus dem Christentum. Wie immer der Entstehungsprozess im Einzelnen gewesen sein möge, er verdankt sich jedenfalls der „biblisch-antiken Initialzündung“³⁸. Zum Vorgang der „Verweltlichung“ (wohl besser: Säkularisation) schreibt er: „Das Christentum als Quelle, nicht als Hemmschuh der

³⁰ Josef ISENSEE: Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten. *Archiv für öffentliches Recht*, 2006. 173., 177.

³¹ Das Ebenbild Gottes im Menschen – Würde und Freiheit. In: W. LEISNER (Hrsg.): *Staatsethik*. Köln–Bonn, Peter Hanstein Verlag, 1977. 81.

³² *Ibid.* 81.

³³ *Ibid.* 83.

³⁴ Die Würde des Menschen als Grundlage der Menschenrechte, *EuGRZ* 1977. 207.

³⁵ Christian STARCK: Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat. *Juristenzeitung*, 1981. 457.

³⁶ *Ibid.* 458.

³⁷ *Ibid.* 459.

³⁸ *Ibid.* 460.

modernen Welt schließt zwei Vorstellungen aus: zum einen die Vorstellung, dass die moderne Welt dem Christentum abzutrotzen war; zum anderen die Vorstellung, dass das christliche Erbe gegen die moderne Welt zu verteidigen ist. Verweltlichung bedeutet Entfaltung des Keimes und dessen Realisierung in der Welt.³⁹

Johannes Messner⁴⁰ schrieb vor den zuletzt erwähnten Autoren, ahnte aber dennoch besser als jene die bevorstehenden gesellschaftlichen Veränderungen. Messner weist auf die Veränderung der Grundrechte hin, die sich aus der Wandlung der Freiheitsidee zur „Emanzipation“ ergeben⁴¹. Bei Entstehung des GG habe es im Denken der Gesetzgeber und in der öffentlichen Meinung eine starke Einmütigkeit gegeben. Gewisse politisch aktive Gruppen betrieben eine Bewusstseinsänderung, die auf eine Veränderung der bestehenden Ordnung hinzielte. „Nicht mehr die Menschenwürde ist der tragende Grund der Menschenrechte, vielmehr werden alle Möglichkeiten des Lebens in Menschenwürde auf das neue Ordnungsgefüge der Gesellschaft zugeschnitten, mit der Folge, dass Inhalt und Umfang der dann gestatteten Grundrechte vom Willen der für die neue Ordnung verantwortlichen Machthaber abhängig sind.“⁴² Das sei möglich wegen der Unbekümmertheit der freiheitlichen Gesellschaft um ihre rechtlichen Existenzgrundlagen, solange der Wohlstand zunehme.

„In der weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft und Welt kann die Personwürde nicht wirksamer Maßstab der Lebensordnungen einer vollmenschlichen Gesellschaft werden und bleiben, wenn nicht die Christen sich stark genug machen dafür, dass auch ihre Überzeugung gehört wird bei der Durchsetzung der Prinzipien des humanen Rechts gegenüber dem Prinzip der Gewalt, der permanenten Revolution und der Emanzipation als Kampf gegen jede Tradition.“⁴³ Johannes Messner erwies seine Aktualität dadurch, dass er aus dem Naturrecht und mit der Menschenwürde argumentierte.

2.2.2. Die Phase des Übergangs

Ernst-Wolfgang Böckenförde weist darauf hin⁴⁴, dass die Neukommentierung des Grundgesetzes durch Matthias Herdegen⁴⁵ durch andere Autoren ideell vorbereitet

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Die Idee der Menschenwürde im Rechtsstaat der pluralistischen Gesellschaft, G. LEIBHOLZ – H. J. FALLER – P. MIKAT – H. REIS (Hrsg.): *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*. In: Festschrift Willi Geiger. J.C.B. Mohr Siebeck, Tübingen, 1974. 221.

⁴¹ Ibid. 223.

⁴² Ibid. 224.

⁴³ Ibid. 234.

⁴⁴ BÖCKENFÖRDE a.a.O. (2004) 1216–1227., 1219.

⁴⁵ Im Jahr 2003 erschien die Neukommentierung von Art. 1 GG durch Matthias Herdegen im GG-Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig. Bald darauf, im Jahr 2005, revidierte der Autor aufgrund der erfolgten Kritik seine Kommentierung. Sie bildet die nunmehr aktuelle Version (im Kommentar als „Drittbearbeitung“).

worden ist. Er zitiert Peter Lerche, Niklas Luhmann, Hasso Hofmann und Horst Dreier. Die zwei zuerst genannten kann man der mittleren Phase zurechnen. Auch Norbert Hoerster ist dazu zu rechnen.

Bereits 1983 hat Norbert Hoerster die gängige Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG einer Kritik unterzogen⁴⁶. Er wollte deutlich machen, wie „leerformelhaft das Menschenwürdeprinzip“ seiner Meinung nach wäre: Es sei „nicht mehr und nicht weniger als das Vehikel einer moralischen Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit möglicher Formen der Einschränkung individueller Selbstbestimmung.“⁴⁷ Die Menschenwürde sei kein vorgegebenes, erkennbares Etwas. Unter der Überschrift „Relativistische Konsequenzen“ führt er aus: Der Begriff der Menschenwürde sei deshalb eine Leerformel, weil zur Entscheidung darüber, welche Formen menschlicher Selbstbestimmung sittlich legitim sind, in weiten Bereichen die intersubjektiv akzeptierten Kriterien fehlten. Es gäbe zwar eine universale Übereinstimmung hinsichtlich der moralischen Minimalbedingungen eines gedeihlichen sozialen Zusammenlebens, aber ansonsten herrsche ein lebhafter Dissens.

Angesichts der damaligen Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie, vertritt Peter Lerche⁴⁸ die Auffassung, dass es sich bei der Frage der Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 GG auf die neuen Sachverhalte nicht bloß um eine Frage der Subsumtion handle⁴⁹. Das heißt es gehe seiner Meinung nach nicht bloß um die Anwendbarkeit einer vorgegebenen Norm auf neuartige Wirklichkeiten, sondern um die Norm selbst. In diesem Fall stellt er sich die Frage, ob das Verständnis des Menschenwürdesatzes nicht fortentwickelt werden müsse. Lerche engt den verfassungsrechtlichen Begriff der Menschenwürde auf „jenen tendenziell engen Bereich“ ein, „wo sich die Zustimmung der Rechtsgenossen als eine Art Selbstverständlichkeit einstellt, ein Schutzbereich, der »selbstverständlich« auch dann gelten, vorbehaltlos gelten müsste, wenn es einen Art. 1 Abs. 1 GG nicht ausdrücklich gäbe. In wichtigen Bereichen der Humangenetik wird diese Selbstverständlichkeit aber fraglich.“⁵⁰ Er tritt auch für eine Abkoppelung des Lebensrechts von der Menschenwürde ein, da sonst die Praxis der künstlichen Fortpflanzung wegen der Entstehung überzähliger Embryonen unzulässig wäre. Unbegründet bleibt, warum er vor dieser Konsequenz zurückschreckt.

Aus aktueller Sicht lassen sich diese Positionen kritisch bewerten. Zur Systematisierung der aktuellen Positionen sind die Arbeiten von Christoph Enders, Horst Dreier und Ernst-Wolfgang Böckenförde hilfreich.

⁴⁶ Vgl. DERS.: Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde. *Juristische Schulung*, 1983. 93.

⁴⁷ Ibid. 96.

⁴⁸ Peter LERCHE: Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie. R. LUKES – R. SCHOLZ (Hrsg.): *Rechtsfragen der Gentechnologie*. Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986. 88., 92.; im selben Zeitraum sieht die Fragen anders und historisch aufschlussreich Ernst Benda, *Humangenetik und Recht – eine Zwischenbilanz*, NJW 1985. 1730 .

⁴⁹ Ibid. 101 .

⁵⁰ Ibid.100.

2.3. Systematische Gliederung

Christoph Enders⁵¹ gliedert die in der Literatur vertretenen Positionen in drei Menschenwürdekonzptionen, die er materiale, formale und metaphysikkritische Konzeption nennt und deren Bedeutung er folgendermaßen charakterisiert. Die Vertreter der materialen Konzeption gehen davon aus, dass alles, was die Menschenwürde rechtlich ausmacht, „unmittelbar aus der Menschenwürde selbst, mithin aus ihrem Begriff als dessen Inhalt zu deduzieren“ sei⁵². Als Vertreter dieser Position können die Autoren der Anfangszeit genannt werden. Sie versuchen, den Inhalt des Menschenwürdebegriffs entweder negativ, d.h. vom Verletzungsvorgang her, zu erfassen oder aber ihm einen positiven Inhalt zuzuweisen, wie z.B. ihn mit Selbstbestimmung, Autonomie, Persönlichkeit, etc. zu identifizieren. Versuche einer positiven Begriffsbeschreibung sind in der gegenwärtigen Literatur vermehrt zu finden, weil man sich der Unzulänglichkeit einer bloß negativen Aussage bewusst geworden ist.

Die formale oder formalisierende Konzeption⁵³ bestehe darin, die Menschenwürde aus rechtlichen Teilgehalten und Wirkungsweisen zusammen zu fügen. Es wird also der Inhalt des Art. 1 Abs. 1 GG nicht aus dem Begriff der Menschenwürde selbst abgeleitet, sondern er wird aus anderen Verfassungsbestimmungen, wie etwa jenen, die Freiheit, Gleichheit, etc. garantieren, rekonstruiert. Enders weist darauf hin, dass dabei ein Würdebegriff vorausgesetzt werden muss, der die Rekonstruktion leitet und die Auswahl der anderen Verfassungsbestimmungen, die den Inhalt des auszulegenden Art. 1 Abs. 1 GG ergeben soll, festlegt⁵⁴.

Die metaphysikkritischen Positionen schließlich leugnen die Möglichkeit einer Konzeption und bilden als Negation der rechtlichen Dimension der Menschenwürde den Grenzwert und Horizont des Spektrums an Unterscheidungen. Zu diesen zählt Enders⁵⁵ zu Recht Norbert Hoerster⁵⁶, Niklas Luhmann⁵⁷ und Bernhard Giese⁵⁸.

Die von Enders vorgeschlagene Gliederung hat den Vorteil, dass sie auch historische Positionen umfasst und damit eine globale Einteilung aller möglichen Denkrichtungen erlaubt. Weil sie in diesem Sinn eine Systematisierung vornimmt, wurde sie systematische Gliederung genannt.

⁵¹ DERS.: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 5.

⁵² Ibid.6.

⁵³ Ibid. 7.

⁵⁴ Ibid. 8.

⁵⁵ Ibid. 8 .

⁵⁶ Norbert HOERSTER: Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde. *Juristische Schulung*, 1983. 93.

⁵⁷ Niklas LUHMANN: *Grundrechte als Institution*. Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

⁵⁸ Bernhard GIESE: *Das Würde-Konzept. Eine normfunktionale Explikation des Begriffes Würde in Art. 1 Abs. 1 GG*. Duncker & Humblot, Berlin 1977.

2.4. „Genetische“ Einteilung

Für die Erfassung der gegenwärtigen Positionen kann jedoch ein anderer Zugang hilfreich sein, der mehr auf den Ursprung und die inhaltliche Begründung der Menschenwürdekonzeptionen abstellt. Diese Einteilung soll „genetisch“ - im Sinn von Ursprung oder Entstehung – genannt werden. Es werden die Mitgift- oder Werttheorie, die Konsens-, die Leistungs- und die Kommunikations- oder soziale Anerkennungstheorie unterschieden⁵⁹.

2.4.1. Die Mitgift- oder Werttheorie

Die Mitgift- oder Werttheorie sieht die Menschenwürde im Selbstsein und der Vernunftnatur des Menschen als ihm eigenen Qualitäten begründet. Sie begegnet in einer christlichen Variante als Imago-Dei-Lehre und in einer naturrechtlich-idealistischen. Beide stimmen darin überein, dass dem Menschen als Mensch, unabhängig von sonstigen Leistungen oder Aktualisierungen des Menschseins, Würde zukommt. Die Mehrheit der Mitglieder des Parlamentarischen Rates vertrat diese Theorie bei der Schaffung des Grundgesetzes.

2.4.2. Die Konsenstheorie

Die Konsenstheorie ist zuerst von Peter Lerche vertreten worden⁶⁰ und stellt auf die „Selbstverständlichkeit“ ab, mit der bestimmte Inhalte der Menschenwürde von der Mehrheit der Rechtsgenossen konsentiert würden. Dies kommt einer dynamischen Verweisung auf den Zeitgeist gleich. Die jeweiligen Würdevorstellungen könnten den rechtlichen Gehalt der Menschenwürdegarantie auflösen.

2.4.3. Die Leistungstheorien

Die Leistungstheorien⁶¹ verstehen unter Menschenwürde nicht etwas, das man als Mensch schon hat oder immer schon ist, sondern als etwas zu Erlangendes. Ihnen zufolge muss der Mensch Würde in einem gelingenden Prozess der Identitätsbildung und Selbstdarstellung erst verdienen. Es wird also das Moment eigener

⁵⁹ Siehe hierfür DREIER a.a.O. 169.; Kai HAUCKE: Mitgift, Leistung, Anerkennung. Ein philosophischer Vorschlag für ein integrales Verständnis menschlicher Würde. *Ethica* 14, 2006. 3., 227.; BÖCKENFÖRDE a.a.O. (2004) 1216., 1220. Einen alternativen, aber nicht überzeugenden Vorschlag macht Eric HILGENDORF: Die mißbrauchte Menschenwürde. Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion. *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Band 7. Herausgegeben von B. Sharon BYRD – Joachim HRUSCHKA – Jan C. JOERDEN: Duncker & Humblot, Berlin, 1999. 137.

⁶⁰ In seinem bereits zitierten Aufsatz Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie, R. LUKES – R. SCHOLZ (Hrsg.): *Rechtsfragen der Gentechnologie*, 88.

⁶¹ Es wird vor allem LUHMANN a.a.O. 68; s.a. DREIER a. a. O. RZ 56, 169.

Hervorbringung personaler Identität betont. Dadurch werden aber Menschen nicht erfasst, die dazu nicht oder nicht mehr in der Lage sind.

2.4.4. Die soziale Anerkennungs- oder Kommunikationstheorie

Die soziale Anerkennungs- oder Kommunikationstheorie begegnet zuerst bei Hasso Hofmann⁶². In ausdrücklicher Ablehnung der Werttheorie und des „aus der europäischen Tradition heraus Weltgeltung beanspruchenden Gedanken(s) der einzigartigen Subjektivität des Individuums“ entwickelt Hofmann seine Gegenthese: Würde konstituiere sich „in sozialer Anerkennung durch positive Bewertung von sozialen Achtungsansprüchen. Jedenfalls im Rechtssinne ist Würde demnach kein Substanz-, Qualitäts- oder Leistungs-, sondern ein Relations- oder Kommunikationsbegriff. Würde muss als eine Kategorie der Mitmenschlichkeit des Individuums begriffen werden. (...) Schutzgut des Art. 1 Abs. 1 GG ist mithin nicht so sehr eine bestimmte Eigenschaft oder Leistung des Individuums als im Kern die mitmenschliche Solidarität. Folglich kann Menschenwürde nicht losgelöst von einer konkreten Anerkennungsgemeinschaft gedacht werden.“⁶³ Im Rahmen einer modifizierten „contract social“-Theorie begreift Hasso Hofmann Menschenwürde als Staatsfundamentierungsnorm: Würde sei etwas, was die Menschen einander im Staatsgründungsakt als Rechtsgenossen wechselseitig zusprechen und versprechen. Dieses gegenseitige Versprechen schließe es aus, irgendjemanden die Befugnis zuzugestehen, einem anderen Individuum diesen Status – aus welchen Gründen auch immer – prinzipiell abzusprechen. Den Embryo sieht Hofmann nicht als mögliches Subjekt eines sozialen Achtungsanspruchs an. Ungeborene Menschen seien daher keine Träger von Menschenwürde, sondern mögliche Schutzobjekte einer Rechtspflicht⁶⁴.

2.4.5. Kritische Würdigung der sozialen Anerkennungs- oder Kommunikationstheorie

An dieser Position ist zunächst richtig, dass die Menschenwürde als Rechtsbegriff in der Anerkennung durch die Rechtsgenossen besteht. Ohne Rechtsgemeinschaft mag der Einzelne in sich Würde besitzen, aber diese entfaltet ohne Gemeinschaft keine rechtlichen Wirkungen. Dies ist eine alte Einsicht, die sich in der „goldenen Regel“ der Gerechtigkeit als Anerkennung des anderen als ebenbürtiges Gegenüber niedergeschlagen hat und die grundlegende Regel eines gerechten Zusammenlebens und damit der Ordnung der Gerechtigkeit abgibt⁶⁵.

Bedenklich stimmt hingegen die falsche Einschätzung der Werttheorie und ihrer anthropologischen Prämissen: sie setze eine spezifisch religiöse Anschauung voraus,

⁶² Hasso HOFMANN: Die versprochene Menschenwürde. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 118/1993. 353.

⁶³ Ibid. 364.

⁶⁴ Ibid. 376.

⁶⁵ S.a. hierzu die Ausführungen von Martin RHONHEIMER: *Die Perspektive der Moral. Philosophische Grundlagen der Tugendethik*. Akademie Verlag, Berlin, 2001. 247 .

beruhe auf einer biologistisch-kurzschlüssigen Gleichsetzung von Würde und Leben und überhöhe das Vernunftvermögen idealistisch⁶⁶. Wie aus der obenstehenden Übersicht über die in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des GG erschienenen Auslegungen des Art. 1 Abs. 1 GG hervorgeht, argumentierten die allermeisten Vertreter der Werttheorie ausschließlich von der Vernunft her und innerhalb der Positivität der geltenden Grundrechtsordnung und wiesen darauf hin, dass eine positivrechtliche Grundrechtsgewährleistung, wie es die Menschenrechtsgarantie des Grundgesetzes ist, als Rechtsbegriff auszulegen sei⁶⁷. Es wäre ideologisch, eine Meinung nur deshalb abzulehnen, weil sie *auch* von der katholischen Kirche vertreten wird. Die Kirche macht nicht nur Aussagen, die aus der Offenbarung, sondern auch solche, die aus der Vernunft geschöpft werden.

Die Verbindung von Menschenwürdeschutz und biologischem Leben im Sinn der Zugehörigkeit eines Individuums zur Spezies Mensch, ist kein Kurzschluss, sondern stellt das wesentliche Abgrenzungskriterium zur Verfügung, um zu wissen, welche Lebewesen den Würdeschutz genießen. Jedes Mitglied der Spezies Mensch besitzt Würde. Die biologische Zugehörigkeit zur Spezies entscheidet, *wer* Würde hat, nicht *worin* sie besteht oder *warum* er sie hat. Die bloße Spezieszugehörigkeit begründet nicht die Menschenwürde, sie grenzt nur deren Träger ab. Was Menschenwürde ausmacht, wird nicht aus der bloßen Spezieszugehörigkeit als biologischem Faktum abgeleitet, sondern aus der einmaligen Sonderstellung des Menschen im Kosmos. Die Zugehörigkeit zur Spezies klärt also die Frage, wer Menschenwürde genießt. Damit ist noch nicht gesagt, wenn auch vorausgesetzt, worin sie besteht.

2.5. Reinterpretationsversuche

Schon in der kurzen historischen Darstellung wurde deutlich, dass die Reinterpretationsversuche von Art. 1 Abs. 1 GG mit den gentechnischen und biomedizinischen Möglichkeiten zu tun haben. Die grundrechtlichen Barrieren sollten überall dort abgerissen werden, wo sie einem vermeintlichen biotechnischen Fortschritt im Wege standen⁶⁸. Verschiedene Autoren plädieren daher für eine Entkoppelung von Lebensrecht und Menschenwürdeschutz⁶⁹: Würdegarantie

⁶⁶ HOFMANN a. a. O. 361.

⁶⁷ S.a. stellvertretend STARCK a. a. O. 29.; ISENSEE a. a. O. 57.

⁶⁸ Für Hinweise auf die Geschichte der Umdeutungen im Bereich der Bioethik s.a. Christian STARCK: Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin. *Juristen Zeitung*, 2002. 1065.

⁶⁹ In diesem Sinn HOFMANN a.a O. (1993) 36.1., 376.; DREIER a. a. O. RZ 66, 173.; HERDEGEN a. a. O. 40.; im Ergebnis ebenso ENDERS a.a.O. RZ 133, 123. Anderer Auffassung: Josef ISENSEE: Der grundrechtliche Konnex von Menschenleben und Menschenwürde. *Zeitschrift für Lebensrecht*, 4/2009. 114; Wolfram HÖFLING: Wer definiert des Menschen Leben und Würde? In: Otto DEPENHEUER – Markus HEINTZEN – Matthias JESTAEDT – Peter AXER (Hrsg.): *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*. C.F. Müller, Heidelberg, 2007. 525.; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte. *Juristen Zeitung*, 2003. 809.; Ernst BENDA: *Verständigungsversuche über die Würde des Menschen*. NJW 2001. 2147.; Wolfgang Graf

und Lebensschutz seien zweierlei. Dahinter steht der Wunsch, gesellschaftlich akzeptierte Praktiken wie Abtreibung, verbrauchende Embryonenforschung, Embryonenmanipulation und PID im Verlauf der extrakorporalen Befruchtung, abortive Einnistungshemmer, etc. mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs.1 GG in Einklang zu bringen.

2.5.1. Menschenwürde als Abwägungstopos

Diese wurde einerseits dadurch angestrebt, dass die Menschenwürdegewährleistung, als subjektives öffentliches Recht begriffen, wie jedes Grundrecht einem Abwägungskalkül unterzogen wurde. So hat etwa Matthias Herdegen in den Neukommentierungen des Art. 1 GG⁷⁰ der Menschenwürde zwar „herausgehobene Wertigkeit“, aber nicht „absolute Dominanz“ zugestanden⁷¹, um sie einer Abwägung zugänglich zu machen. Er spricht von der „Abwägungsgebundenheit des Verletzungsurteils“ in einem „Begriffshof“ um einen abwägungsresistenten, gegenständlich fest umschriebenen „Begriffskern“ herum. Im Begriffskern ist die Verletzung der Menschenwürde rein gegenständlich-modal durch die Art der Behandlung in Abstraktion von weiteren Umständen begründet (z.B. Genozid oder Massenvertreibung) und sei jedenfalls eine Menschenwürdeverstoß. Im Begriffshof hingegen sei eine „wertende, situationsgebundene Gesamtwürdigung“ vorzunehmen, dessen Ergebnis dann absolut gelte⁷². Dass hier nicht dasselbe gemeint sein kann, wie die absolute, jede Abwägung ausschließende Geltung des traditionellen Würdebegriffs braucht nicht eigens ausgeführt zu werden, und war Anlass für eine literarische Auseinandersetzung⁷³. Ernst-Wolfgang Böckenförde warf Matthias Herdegen eine „Relativierung der Unabdingbarkeit und Unantastbarkeit der Menschenwürde selbst,“ vor „wiewohl der Anschein erweckt wird, diese bestünden fort.“⁷⁴ In der Begründung sind Böckenförde und Herdegen jedoch gar nicht weit auseinander. Auch Böckenförde anerkennt, dass der „Begriff der Menschenwürde durchaus ein offener Begriff“ sei, der „in seinen konkreten Auswirkungen nicht ein für alle Mal festgelegt ist, vielmehr eine gewisse Variationsbreite aufweist und auf neue Herausforderungen entsprechend reagieren kann und muss. Diese konkreten

VITZTHUM: Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff. *Juristen Zeitung* 1985. 201.; unklar und etwas in sich widersprüchlich, aber doch eher für die Menschenwürde des ungeborenen Kindes Günter JEROUSCHEK: Vom Wert und Unwert der pränatalen Menschenwürde. *Juristen Zeitung*, 1989. 279 .

⁷⁰ Im GG-Kommentar von Theodor MAUNZ und Günter DÜRIG (Hrsg.): *Neubearbeitung*, 2009.

⁷¹ Ibid. RZ 25, S. 18.

⁷² Ibid. RZ 46 ff, S. 30.

⁷³ S.a. den bereits zitierten Artikel Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar? Blätter für deutsche und internationale Politik*, 10/2004. 1216. Eine Darstellung der Kontroverse und deren Nachwirkungen bei Edzard SCHMIDT-JORTZIG: Zum Streit um die korrekte dogmatische Einordnung und Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG. In: Otto DEPENHEUER – Markus HEINTZEN – Matthias JESTAEDT – Peter AXER (Hrsg.): *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*. C.F. Müller, Heidelberg, 2007. 491 .

⁷⁴ BÖCKENFÖRDE a.a.O. (2004) 1219.

Auswirkungen fließen aber aus einem festen Kern, dem normativen Grundgehalt.⁷⁵ Damit wäre wohl auch Herdegen einverstanden. Der Meinungsunterschied bezieht sich einerseits auf die Bewahrung des historischen Willens der Mehrheit der Mitglieder der Parlamentarischen Versammlung, einen vorpositiven, naturrechtlichen Menschenwürdebegriff in das Verfassungsrecht aufzunehmen andererseits vor allem auf den Würdeschutz des ungeborenen Lebens. An dieser Frage entzündet sich der Disput.

2.5.2. Entkoppelung von Menschenwürde und Lebensrecht

Horst Dreier⁷⁶ und Christoph Enders⁷⁷ treten für einen abwägungsresistenten Begriff der Menschenwürde ein, behaupten aber eine Trennung des Menschenwürdeschutzes vom Lebensschutz. Damit ist gemeint, dass nicht jede Tötung menschlichen Lebens automatische eine Verletzung der Würde der getöteten Person sei. Das ist ja an sich eine triviale Aussage. Was aber dadurch im Ergebnis erreicht wird, ist die Unwirksamkeit des Menschenwürdearguments im Bereich des pränatalen Lebensschutzes. Da es sich ja nicht um Menschenwürdeschutz handle, könne und müsse man – wie auch bei anderen das Lebensrecht betreffenden Fragen – die verschiedenen betroffenen Rechtspositionen gegen einander abwägen und aufgrund des im Art. 2 II 1 GG vorgesehenen Gesetzesvorbehaltes einer gestuften Lösung zuführen⁷⁸. Horst Dreier hat logisch stringent darauf hingewiesen, dass die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts besonders im 2. Abtreibungsurteil⁷⁹ mit einem absoluten Menschenwürdeschutz unvereinbar ist. Der Rekurs auf die Menschenwürde hätte zur weitgehenden Verfassungswidrigkeit der Abtreibungsbestimmungen führen müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat sie jedoch akzeptiert.

So richtig die rechtslogischen Konsequenzen sind, die Horst Dreier aus der höchstgerichtlichen Judikatur zieht, bleibt dennoch auch die Möglichkeit offen, die Judikatur zu kritisieren und auf deren rechtliche Unhaltbarkeit hinzuweisen⁸⁰. Aus Unrecht soll nicht weiteres Unrecht entstehen.

Lebensrecht und Menschenwürdeschutz sind gewiss zwei verschiedene Grundrechte, die auch in eigenen Grundrechtsnormen gewährleistet werden. Aber jede Verdinglichung des Embryos, die ihn seines Menschencharakters und daher seiner Rechtssubjektivität beraubt, ist und bleibt auch eine Verletzung seiner Menschenwürde. Diese Position begegnet dem Vorwurf des „biologistisch-

⁷⁵ Ibid. 1225.

⁷⁶ DERS.: Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch. *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995. 1036. ; DERS.: Art. 1, DERS. (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*. Band I, RZ 44, 163.

⁷⁷ Art. 1. *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattausgabe, RZ 52, 53.

⁷⁸ So DREIER a.a.O. RZ 69, 174.

⁷⁹ BVerfGE 88, 203 (257).

⁸⁰ Für die ähnliche österreichische Situation s.a. Martin SCHLAG: *Verfassungsrechtliche Aspekte der künstlichen Fortpflanzung. Insbesondere das Lebensrecht des in vitro gezeugten Embryos*. Wien, Braumüller, 1991.

naturalistischen Fehlschlusses⁸¹. Dem Embryo und Fötus fehle es an den Voraussetzungen, die für die Menschenwürde konstitutiv seien: Ich-Bewusstsein, Vernunft, Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Dieses Argument verfängt sich seinerseits in einem „intellektualistischen Fehlschluss“, wie Josef Isensee es bezeichnet hat⁸²: Es reduziert den Kreis der Menschenwürdigen auf die Ich-Bewussten, Vernünftigen und Selbstbestimmten, auf jene also, die sich ohnehin aus eigener Kraft in der Gesellschaft Geltung und Anerkennung verschaffen können. „Die Menschenwürde erscheint so als Grundrechtsprämie für diejenigen, die ihren Schutz gar nicht nötig haben.“⁸³ Die Humanität einer Rechtsordnung erweist sich am Schutz der Schwachen und Wehrlosen, die sich ihr Recht nicht aus eigener Kraft holen können, sondern sich auf die Stärke des Rechts verlassen müssen. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Menschenwürde meint die Garantie der Humanität der Rechtsordnung, in der kein vom Menschen gezeugtes, lebendes Menschenwesen – auch das behinderte, ungeborenen und sterbende – außerhalb des Rechtsschutzes und der Rechtssubjektivität gestellt wird. Es muss möglich sein, an diesem Prinzip festzuhalten, auch wenn Praktiken gesellschaftlich akzeptiert sind, die es verletzen. Besser ist es, die Spannung einer Prinzipienwidrigkeit in der Praxis ertragen zu müssen, als das Prinzip selbst auszuhöhlen. Denn dadurch ginge die rechtsethische Grundlage der Unantastbarkeit des Menschen für die Zukunft verloren.

3. Ausblick auf einen relationalen Menschenwürdebegriff

Die Begründung der Menschenwürde mit Ich-Bewusstsein, Vernunft, Fähigkeit zur Selbstbestimmung, etc. wirft die Frage nach dem Warum der Menschenwürde auf. Diese Frage ist mit jener nach dem Inhalt und dem Wesen der Menschenwürde verbunden, aber nicht mit ihr identisch. Das Wesen oder der Inhalt der Menschenwürdegarantie betrifft die Frage, wann und durch welche Handlungen die Menschenwürde verletzt wird und worin sie besteht, also etwa eine Maßnahme, die den Menschen als bloßes Mittel behandelt, verletzt die Menschenwürde (negative Konzeption), weil der Mensch Selbstzweckhaftigkeit besitzt (positive Konzeption). Die Frage nach der Begründung ist dem noch vorgelagert: Warum ist der Mensch Selbstzweck? Worin besteht Selbstzweckhaftigkeit? Logischerweise hat die Beantwortung dieser Frage Auswirkungen auf den Inhalt der Menschenwürdegarantie, wie anhand des Begründungs- und Angrenzungsstreits hinsichtlich des ungeborenen Lebens ersichtlich wird: Beide Seiten argumentieren mit rechtsphilosophischen Argumenten, zu denen auch die epistemologischen Voraussetzungen der Rechtswissenschaft gehören.

⁸¹ So DREIER a. a. O. RZ 66, 17.3; HOFMANN a. a. O. (1993) 361. („biologisch-kurzschlussige Gleichsetzung“).

⁸² ISENSEE a. a. O. (2009) 123.

⁸³ Ibid.

Für die Auslegung einer Menschenwürdegarantie in einem säkularen Staat, wie es Art 1 Abs 1 GG darstellt, bedarf es einer eigenen normativen Interpretation mit Hilfe eines säkularen Menschenwürdebegriffs. Eine solche Interpretation sollte sich ohne Christophobie und ohne Geschichtsvergessenheit der eigenen historischen Wurzeln in der antiken, christlichen und aufklärerischen Begriffsgeschichte bewusst bleiben. Sonst wäre der Begriff seiner Identität beraubt und inkommunikabel geworden. Die Herausforderung besteht darin, einen Menschenwürdebegriff zu suchen, der sowohl in der Theologie als auch in der Rechtswissenschaft Verwendung finden kann. Freilich kann ein solcher Begriff nicht in beiden Wissenschaften identisch sein – das wäre mit der Verschiedenheit der Methoden und des Gegenstandsbereiches unvereinbar. Aber es sollte sich doch eine Widerspruchslosigkeit erreichen lassen.

Der Versuch, einen solchen Begriff im Detail zu erarbeiten⁸⁴, bleibt einer anderen Studie vorbehalten. Grundsätzlich kann aber zusammengefasst werden: Der Menschenwürdebegriff kann sich nicht nur auf Eigenschaften des Menschen wie seine Intelligenz, seine Autonomie, sein Ich-Bewusstsein stützen, denn diese Eigenschaften drücken nur das Wesen des Menschen in sich aus, nicht in seiner Beziehung zu anderen Menschen und zur Rechtsgemeinschaft, um die es bei der Anerkennung der Menschenwürde geht. Den Menschenwürdebegriff auf die Autonomie allein zu stützen wäre ein Rückschritt. Stattdessen empfiehlt sich ein Menschenwürdebegriff, der auf die Relationalität aufbaut. Damit könnte sowohl die unbefriedigende Anthropologie Kants und die damit verbundene Unzulänglichkeit der Objektformel und der älteren Kommentare zu Art. 1 Abs. 1 GG⁸⁵ sowie jener Kategorienfehler bezüglich der menschlichen Person in aristotelisch-thomanischer Tradition, der als Substanzontologismus⁸⁶ bekannt ist, vermieden werden.

Theologisch gesprochen ist auch die menschliche Person - in zur Dreifaltigkeit analoger Weise – ein relationales Wesen. Die Würde des Menschen besteht für den Theologen nicht wesentlich in einer Naturanlage des Menschen, wie die Vernunft oder den freien Willen, die in ihrer weiteren Existenz auch unabhängig von Gott gedacht werden können, sondern in der Unmittelbarkeit des Menschen zu Gott⁸⁷. Diese unmittelbare Gottesbeziehung bewirkt, dass der Mensch sich nicht im Naturhaften erschöpft, sondern Repräsentant des Absoluten ist. Er darf daher keinem

⁸⁴ Ein trotz mancher abzulehnender Ergebnisse interessanter Versuch der Neubegründung eines genuin säkularen Ansatzes findet sich bei Martin NETTESHEIM: Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 130/2005. 71.

⁸⁵ Eine Alternative aufzuzeigen versucht auch Winfried BRUGGER: *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*. Nomos, Baden-Baden, 1997. 29 ff.

⁸⁶ Vgl. Hinweise in Stephan SCHAEDE: Würde – Eine ideengeschichtliche Annäherung aus theologischer Perspektive. In: Petra BAHR – Hans Michael HEINIG (Hrsg.). *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*. Mohr Siebeck, Tübingen. 2006. 49 f.

⁸⁷ So Leo SCHEFFCZYK: Das Ebenbild Gottes im Menschen – Würde und Freiheit. In: Walter LEISNER (Hrsg.). *Staatsethik*. Peter Hanstein, Köln-Bonn, 1977. 77 .

geschöpflichen Ziel oder Zweck unterworfen werden. Diesem „Standbild Gottes“ auf Erden⁸⁸ gebührt daher Anerkennung als Prinzip der Sozialethik.

Säkular gewandt, bedeutet Relationalität die Offenheit des menschlichen Wesens für andere Menschen. Offenheit nicht nur in der Weise rationaler Kommunikation, sondern in der Tatsache, dass jeder Mensch vom Augenblick der Empfängnis an in Bezügen zu anderen Menschen steht, in erster Linie der eigenen Erzeuger, die in ihm einem Gleichen und Ebenbürtigen begegnen, der so wie die Erwachsenen, vom ersten Augenblick einen Platz in der Gemeinschaft einnimmt. Das eine und dasselbe Recht aller auf jenen Raum, den wir einfach durch unser Menschsein einnehmen, äußert sich in der einander geschuldeten Anerkennung als Rechtssubjekt als Prinzip der Rechtsordnung. Darin besteht die Menschenwürde im säkularen Staat.

⁸⁸ Als Einführung lohnend: Ingo BOLDERMANN et al. (Hrsg.): Menschenwürde. *Jahrbuch für Biblische Theologie*. Band 15. Neukirchener Verlag, Neukirchen-Vluyn, 2001; Hans Christian SCHMIDBAUER: Gottebenbildlichkeit – Anmerkungen zu einem schwierigen Begriff. *Forum Katholische Theologie*, 24/2008. 53.

THE MEANING OF FREEDOM OF THE PRESS

A philosophical approach

András KOLTAY¹
Pázmány Péter Catholic University

The fundamental right to the freedom of the press has frequently been relied upon, not only by legal professionals, but also in discourses involving any public figure. Defenders of the freedom of the press tend to construe this right as a set of obligations for the government (regulation) to stay away from certain matters. I shall present arguments in the following parts to support another interpretation, under which freedom of the press is a more complex right covering various important values, in addition to the undisturbed operation of journalists, editors, and media outlets. In the following section, I discuss the philosophical foundations of this fundamental right, hence references to specific legal or constitutional provisions will be rare.

1. Discussion of the Fundamental Questions

The first advocates of freedom of speech, because of the nature of the social order at the time when the need for freedom was first articulated, primarily preached the need for independence from the State. The struggle for freedom of the press and speech is a constant “concomitant phenomenon” of the drastic societal changes that can be viewed as prerequisites for today’s democratic order. The publicity created by the press, although sometimes revolutionarily rapid and therefore short-lived; sometimes slower and therefore more lasting, is the engine of these changes. However, the need for free speech and a free press never crystallised into a thesis as objectives in themselves: they were instruments necessary to reform society, realise a more just political system and, later, to involve the majority of the public in democratic decision-making.

¹ Associate professor at Pázmány Péter Catholic University, Budapest. E-mail: koltay.andras@jak.ppke.hu

However, in freedom of speech, individual liberty also receives great emphasis. Each person is entitled to the right to fulfil his individuality not only against the State but also against the community. Sometimes there is tension between the individualistic and community-based theories of freedom and, in practice, there is a need to strike a balance between individual rights and community interest.

After the two genocidal dictatorships of the 20th century, and as a result of them, the process, during which original, society-level objectives are sidelined and replaced by the recognition of individual rights above all, gained new momentum. According to certain views, the danger of the breach of these rights can only be expected from the State. However, other positions argue the necessity of the restriction of private sphere, which uses its “private censorship” more effectively than the State, because it overshadows freedom of speech, especially the societal function of the media resulting from the order of the objective of profit production overriding everything. In the centre of the debate between the two opposing views lies the question of whether freedom of speech is a “multidimensional” right, in other words, whether, beyond its *negative* nature, according to which the State is obliged to respect the right and avoid interference with its practice, is there a *positive* nature, which obliges the State to perform certain proactive actions to further the opportunities for practicing the right? What is freedom of speech? What is its content?

Freedom of speech means that any person may express his or her opinions, may communicate facts, and may convey information originating from others freely. The actual contents of this right could be defined by analysing its limitations. However, such limitations – due to the outstanding importance of this right – may not be extensive; limitations must be justified by the protection of other fundamental rights or material interests, and must be proportionate to the aim to be achieved. Due to the negative nature of the freedom of speech, no regulation may interfere with the exercise of this right beyond the approved limitations. According to the view of those exclusively advocating its negative nature, the role of the State ends after declaring the basic right and ensuring that it does not interfere *itself* with the practice or the right. Proponents of the negative nature believe that the State must retreat from the territory of this fundamental right, must recognise and respect it, but should neither participate actively in facilitating and enabling the practice of the right, nor in assisting in the resolution of disputes arising between citizens in the practice of the right.

Obviously, the negative nature in itself is insufficient to define the content of the right. To a certain extent, the State does have an obligation to make the practice of the right possible. The State must facilitate, for example, the organisation of public demonstrations, guarantee their safety and security, and ensure that demonstrators do not disrupt each other's events. The State has to organise the regulation of the media so that, during elections, political organisations and candidates have access to the media; it has to run and finance public media, and has to provide financial support to the arts and literature.

For the first time, Benjamin Constant differentiated between the liberty of “ancient” and “modern” times: the freedom of the Athenian citizen was only political in nature. He could freely participate in public affairs, could take part in decision-

making, but his private sphere was strictly regulated. On the other hand, the modern, 19th century citizen jealously protects his privacy, which is also guaranteed by the State. However, his political freedom is only apparent.²

Differentiation between the “two principles” of freedom, which could be interpreted as the further development of Constant’s theory, appears for the first time in the treatise of the English philosopher Isaiah Berlin.³ Berlin considers the space guaranteed for the individual without any outside intervention as negative liberty (freedom *from something or someone*) while he views positive liberty as being the right to make decisions, in other words, the individual’s self governance (freedom *to something*). Phrased in another way, negative freedom guarantees freedom in a formal, legal sense, while positive freedom provides actual possibility to act. Hence, it creates the effective “utilisation” of formal equality. A balance must be achieved between the two freedoms. “They take advantage of the principle of negative freedom in that they provide equal freedom to both the wolf and the sheep, and the State cannot intervene even if the wolf devours the sheep,”⁴ while positive freedom can only be guaranteed to the detriment of the negative freedom of others, so it cannot overstep the right measures. To apply all this to freedom of speech, if we only guarantee the negative nature of the right, the majority of people will not have an opportunity to participate in public debate; therefore, the guarantee of certain positive rights, such as balanced, objective information by the media, which in turn only can be achieved to the detriment of the negative freedom of news producers, because they have to provide news about events which they would not otherwise publish. However, the fairness of this intervention can be justified. Partial sacrifice of positive freedom would take us back to Constant’s “ancient” liberty.

Joel Feinberg emphasises the logical connection between negative and positive liberties. We cannot be free *to something* if first we are not free *from something*: negative liberty is a precondition of positive liberty. The presence of the two, however, is together necessary for considering someone free, without any restrictions.⁵

2. The Positive Nature of the Freedom of Speech

After reviewing the arising problems, we have to examine whether freedom of speech has a positive nature; is it a task for legal regulation to promote the actual exercise of the freedom of speech? If our answer is yes, another question we have to answer

² Benjamin CONSTANT: *A régiek és a modernek szabadsága*. [The Liberty of the Ancients and the Moderns] Budapest, Atlantisz, 1997.

³ Isaiah BERLIN: A szabadság két fogalma. [Two Concepts of Liberty] In: BERLIN: *Négy esszé a szabadságról*. [Four Essays on Liberty] Budapest, Európa Kiadó, 1990. 334–443.

⁴ DÉNES, Iván Zoltán: Beavatkozástól mentes cselekvés vagy uralomtól mentes emberi állapot? (A liberális és a republikánus szabadságfelfogás hasonlóságai és különbségei). [Action Free from Intervention or a Human State Free from Rule? (Similarities and Differences between Liberal and Republican Liberty Concepts)] *Jogelméleti Szemle*, 2004/2.

⁵ Joel FEINBERG: *Társadalomfilozófia*. [Social Philosophy] Budapest, Osiris, 1999. 26–28.

to is how exactly this duty appears in legal regulations and to what extent it prevails. It must be emphasised that “positive nature” means much more in this context than some kind of general obligation of the State to guarantee the most basic conditions for exercising the freedom of speech (e.g. public spaces must be made available – under certain conditions – for the purposes of public meetings and demonstrations).

The most important argument of the opponents of positive liberty is that, in recognising its positive nature, freedom of speech is violated because state intervention is possible. The guarantee of positive rights necessarily results in the violation of others’ negative rights. If the State provides the opportunity for an injured party to correct false statements about him in the media, the State restricts the freedom of the editors of that media product. We always have to be cautious about state intervention, because even if the intention is right, it possibly causes more damage than provides benefits.⁶ It is indisputable that the media must act honestly, but it is not desirable if the State forces honesty on the media because, if a state authority or court intervenes with the practice of freedom, the danger of abuse or simply a bad decision is always possible.

The positive nature of freedom of speech, in other words providing a real opportunity to speak, is not necessarily the most important instrument for the expression of opinions. Although the arguments that explain the need for acknowledging the positive rights by stating that access to the media is restricted and its operational cost is immeasurable are powerful, they are however not sufficient. Legally speaking, nobody is denied the right to establish a newspaper or television station, and restricted financial resources are not the same as restricted legal rights. Accordingly, the lack of positive rights does not mean the denial of freedom of speech; however, its acknowledgement would not guarantee its proper practice. The effective practice of freedom of speech requires access but also a suitable literacy, education, and financial situation, not to mention the role of personal features (good looks, correct speech, etc.). If we accepted that a *general*, positive right exists within the concept of freedom of speech, we could just as rightfully demand the improvement of at least the previously mentioned external conditions (for example, the education received).⁷

According to one of the main arguments for the acknowledgement of positive rights, democratic decision-making and public debate would suffer if the law would not provide an opportunity to practice freedom of speech effectively. This is important, not from the speaker’s but from the listeners’, the audience’s perspective, who must be familiar with all relevant information to attain a real decision-making position.

If we primarily judge the value of speech based on its role in democracy, the pressing argument for the restriction of the media becomes dominant. Namely, the media are the only truly effective instrument that can reveal the various viewpoints to the community. This characteristic justifies their regulation and the restriction of

⁶ Frederick SCHAUER: *Freedom of speech: a philosophical enquiry*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982. 128.

⁷ Ibid. 126.

content, to a certain extent, of the media. However, this argument is not sufficient to make the positive nature of the freedom of the press acceptable. As Alexander Meiklejohn stated, the important thing is not that everybody is allowed to speak but that everything of importance shall be said.⁸ The fulfilment of the democratic duties of the media, which is achieved through various institutions and instruments, provides the opportunity of access not to individuals but to individual standpoints (and, of course, indirectly their representatives, too). Public service obligations, mandatory news broadcasts, balance, impartiality, etc., provide, through institutional means, the possibility of public debate, and only on very limited occasions does the right to access by concrete individuals exist; for example, when correcting a press statement or providing mandatory access regarding political broadcasting during election campaigns.

According to the other main argument, providing the opportunity to speak is important because this is the only means of creating equality among citizens. According to Kenneth Karst, the basic principle of the First Amendment of the Constitution of the USA is equality, which to a certain extent is a barrier to others' freedom.⁹ Participation in forming public opinion is everybody's equal and morally based right. It cannot be the privilege only of the wealthy. That is why at least some opportunity has to be provided for everybody to comment on a given debate and the speakers' positive right must be acknowledged. Simultaneously with this, others' obligation to provide instruments and opportunities to facilitate the effective practice of freedom of speech must be recognised, too. However, obviously, this should not mean that everybody can appear on television, but it does mean, for example, that everybody has the right to protest in public or distributing flyers on the street, all this under state protection. Equal access cannot be guaranteed in the practice of freedom of speech, but the regulation of the media and the opportunity to utilise instruments, besides the media, for the expression of opinion, may provide a balance. Equality must be interpreted perhaps from the perspective of a given opinion and not that of individuals.¹⁰

According to Michel Rosenfeld, the lack of positive freedom of speech imperils democracy, because it can be interpreted as „a concentration of power and support of monopolist tendencies.”¹¹ The average citizen, observing his and others' helplessness, easily acquiesces to public affairs being decided “over his head,” without his opinion being sought.

⁸ Alexander MEIKLEJOHN: *Political freedom – the constitutional powers of the people*. New York, Oxford, Oxford University Press, 1965. 26.

⁹ Kenneth L. KARST: Equality as a central principle in the First Amendment. *University of Chicago Law Review*, 1975. 20.

¹⁰ Michel ROSENFELD: Free speech, equality and minority access to the media in the United States. In: András SAJÓ – Monroe E. PRICE (szerk.): *Rights of access to the media*. Boston, Kluwer Law International, 1996. 72–74.

¹¹ Michel ROSENFELD: Az emberi jogok és az alkotmány az Egyesült Államokban. [Human Rights and the Constitution in the United States] *Világosság*, 1990/8–9. 596.

Those advocating exclusively for the negative nature of the right forget or make the wrong judgment about the danger of private restrictions of freedom of speech. Jerome Barron calls the belief, which assumes that the free market for speech and the withdrawal of the State will create the necessary balance, the “romantic interpretation” of freedom of speech.¹² The fact that the speech will not be “audible” unless we invest huge amounts of money and the nearly exclusive monopoly of the media in influencing public opinion has altered the picture previously formed about freedom of speech. Today, if we intend to correct the inequalities of the private sphere (the free market of speech), we must turn for help to the once “feared enemy” of free speech, the State.¹³

It may be concluded from the comparison of the conflicting views that the positive nature of freedom of speech may be implemented primarily in a special situation – meaning the definition of the contents of the freedom of the press – only. Generally (meaning speeches outside of the media), the differences between the various means of exercising rights may be eliminated by indirect means (e.g. by state aid in the fields of culture, by regulating election campaign finances, etc.) only.

3. The Meaning of Freedom of the Press

On the basis of the above considerations, freedom of speech is not a *one-dimensional right*. It achieves its full potential, applying Isaiah Berlin’s differentiation, through the *simultaneous prevalence* of its positive and negative natures. Freedom of speech, however, is not the same as freedom of the press. According to the narrow interpretation of the freedom of the press, the various media (newspapers, online forums, television channels, radio stations, etc.) and the journalists and reporters of such media may elaborate their opinions on the basis of this right. By doing so, they essentially exercise the right of free speech within an institution, which is otherwise – in addition to the general right to free speech – subject to numerous other rules. The liberty right bestowed on the media is actually not a right for the individual (e.g. for journalists) but for the *institution*, even though the direct beneficiary of freedom of the press is typically the journalist, or the editor.

We have good reasons to guarantee freedom of the press, of which the most important is the interest in ensuring the proper function of democratic societal order. However, the content and meaning of freedom of the press is not usually discussed with proper weight in treatises and textbooks on the boundaries of freedom of speech, neither in Hungary nor, for example, in the United States.¹⁴ It is as if the arising problems could only be narrowed to the realm of *expressibility* (the direct

¹² Jerome A. BARRON: Access to the press – A new First Amendment right. *Harvard Law Review*, 1967. 1642–43.

¹³ Owen M. FISS: Free speech and social structure. *Iowa Law Review*, July 1986. 1405. o. and Fiss: *The irony of free speech*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

¹⁴ Marvin AMMORI: Another worthy tradition: how the free speech curriculum ignores electronic media and distorts free speech doctrine. *Missouri Law Review*, 2005. 59.

limitations of the right), although there are many more questions to ask and answer concerning freedom of the media. The examination of the content of freedom of the press inevitably poses structural-institutional questions as well as other dilemmas regarding, for example, the restriction of free competition, protection of national culture, and the proper representation of public interest in general.

The differentiation between the positive and negative natures is a guiding principle within the concept of freedom of the press, too, and it can be interpreted with the same content as freedom of speech. The starting point is also freedom *from something* (negative), in other words, prohibition of intervention. However, in this case, we must pay attention to the *restriction* of the right *by the private sphere*, too. The freedom *to something* (positive), in turn, with regard to the freedom of the press generally does not provide rights to access that can be demanded by individuals. However, for the sake of broader access, the right may provide, to a certain extent, exceptions from the prohibition of intervention exactly for the sake of full assurance of the right to liberty.

Every analysis can only interpret the right of freedom of the press in the light of the rapid, day-by-day progress and transformation of the media. However, *globalisation*, *convergence*, and *monopolisation*, which are almost inextricably interlaced with each other, have not fully eliminated, in the process of media development, any room for state legislation and legal enforcement. Technological developments have a great ability to make us forget under their cover about the validation of the *regulatory principles*, which more or less *independent* from the characteristics of the transmitting medium, and their original rationale and meaning. It has to be stated again and again: in the regulation of the media, there are certain *constant principles* and *values*, the application and enforcement of which are of fundamental importance for the citizens of democratic and culturally unique states.

Simply stated, the sharp dividing line is between the proponents of the *free market* and *State intervention*, but numerous variations of these ideas exist in both groups. A great majority of the proponents of the free market trust in the market, not because they view the media as any other commodity for sale (such as, for example, nail polish), but because they are wary of any role the State might play in regulating the operation of the media. Possibly they completely understand the imperfections of the market and the adverse effects the logic of the market has on the media, but they are ready to pay even this price to keep the State away. Others believe, with blind faith in the market but perhaps with a great amount of cynicism, that the market is omnipotent: with rules created by and for itself, the market ensures the best possible and most effective functioning of the media, satisfying private and public interests simultaneously. Quoting Clinton Rossiter, this is nothing else but “the great train robbery of [American] intellectual history”¹⁵: today’s devoted supporters of *laissez faire*, reinterpreting but tirelessly using the arguments of 19th century early liberalism, want to preserve, in the security of unchanged guarantees against the

¹⁵ Clinton ROSSITER: *Conservatism in America*. New York, Vintage Books, 1962 (2nd ed.) 128.

State, its defined fundamental values (liberty, individualism, opportunity, progress, etc.) in the interest of protecting the already much stronger private sphere and large international corporations which overcome state interests with effortless ease. The operation of the media, which simultaneously demands several basic human rights originally belonging in the realm of private autonomy (freedom of the press, right to property, freedom to conduct a business), becomes regulated to protect the original meaning of liberty. Prevention of media monopolies, positive and negative content regulations, and actions attempting to protect culture, although they undoubtedly restrict the media's room to manoeuvre, in reality do not limit liberty: on the contrary, they serve to mend the concept of liberty which has possibly been deformed by the private sphere. The positions, which do not enthusiastically welcome but accept out of necessity State intervention as the only possible solution, view the media as a fundamental institution of national existence. It is because the media can be "used" for much more than any other service offered on the market. We could respect the press even as the network providing the primary forum for facilitating the cohesion of society, taking a key role in conducting the debates of the community, and promoting universal and national culture.

The market and the State, however, are forced to exist next to each other and tolerate one another. The first provisions (section 3, paragraph 1) of the British media law, the *Communications Act 2003*, which defines the *simultaneous* furthering of the interests of *citizens* and *consumers* as a general duty of the communications authority, are perfect reflections of this reluctant duality. Needless to say, the two interests are often in conflict. However, the media must respect both. The consumer is interested in technological improvement, low prices, and a wide selection of entertaining shows, while the citizen is interested in proper access to information, satisfaction of their cultural needs, and the opportunity to participate in public debates. Of course, the description of these two different approaches is significantly simplified, because in reality these needs, although in different proportions, are combined in the members of the media audience, as most of them are consumers and proud citizens at the same time.

With some cynicism, the new prototype of the ideal human being, which started to develop in the second half of the 20th century and has achieved its full form by today, is *homo consumer*. Resulting from the unchallengeable logic of the economic system chosen by the states of western civilization, the ideal of the modern era is the increasingly intensive consumption of material goods. The appearance and overwhelming numerical superiority of homo consumer, it seems, ended the posthumous competition of George Orwell and Aldous Huxley.¹⁶ The two English clairvoyants of the first half of the 20th century described two perfectly contradictory *dystopias*. Orwell's *1984*, which was still banned on this side of the Iron Curtain in the 80s of the last century, is the shocking illustration of totalitarian regimes, where tyrannical authority prevails using dictatorial measures. Huxley's *Brave New World*,

¹⁶ George ORWELL: *1984*. Budapest, Európa Kiadó, 1989.; Aldous HUXLEY: *Szép új világ*. [Brave New World] Budapest: Kozmosz Könyvek, 1982.

on the other hand, erects a model more relevant at least in this part of the world because, in the new world, the oppressive dictatorship does not work. Maintenance of authority is achieved by the satisfaction of the carefully regulated individual needs of the subjects. Unfortunately, we cannot assert that some of the elements of the dark future described in the novel could not be paralleled with events of the more than seven decades that have passed since its publication. Some authors go as far as identifying the effects of modern media on individuals with the effects of the mood enhancing drug, *soma*.¹⁷ Although, if there is some rhetorical overstatement, Huxley himself admitted his prophetic abilities in a later essay, in which he describes his worries concerning the effect mechanisms of modern media.¹⁸

The greatest mistake of the theory preferring the market is the way it approaches the question of *individualism*. These views respect individual autonomy (both in relation to the freedom to run a business and freedom of the press), as a primary value, which position, of course, is acceptable. However, autonomy can be interpreted from two opposite directions, from the perspective of the media and of its audience. The supporters of the market argue that the lack of state restrictions helps both to the same extent: the media are not bound by an outside authority, and the audience can choose from an unrestricted supply. This is the first flaw in the argument, as modern mass media, which in general aim at the simplest and quickest profit-making, without hesitation throwing aside its fulfilment of the duties indispensable to the functioning of democracy, subordinates its broadcast time primarily to the entertainment of the largest possible masses, in the holy name of individualism, thus contributing to the development of the no-personality *mass human being*. Ortega y Gasset has painted a long time ago in his classic essay, *The Revolt of the Masses*, the process of the rise to power of the mass human being (who can be identified without further ado with our homo consumer above).¹⁹

Of course the dead end of unrestricted individualism was recognised long before Ortega. Free market capitalism produced serious societal injustices early on. First, since the beginning of the 20th century, classical private law began to go through significant transformations. This development is called the *publicization* or *constitutionalisation of private law*²⁰ and it resulted in the loosening of fundamental private law principles and structures for the sake of the more effective protection of the living conditions of the personality and the individual. What seemed before the only real token for the autonomy of the personality, i.e., the enhanced protection of private property and the private sphere, because of the cruel logic of the market and only a little over a century after the codification of these rights began, questioned

¹⁷ Ronald K. L. COLLINS – David M. SKOVER: The First Amendment in an age of paratroopers. *Texas Law Review*, May 1990. 1084.

¹⁸ Aldous HUXLEY: *Visszatérés a szép új világhoz*. [Brave New World Revisited] Budapest, Dee-Sign, 2000.

¹⁹ Ortega y GASSET: A tömegek lázadása. [The Revolt of the Masses] Budapest, Nagyvilág, 2003.

²⁰ LÁBADY, Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*. [The General Part of Hungarian Private Law (Civil Law)] Pécs – Budapest: Dialóg Campus, 1997. 22–27.

the basic conditions for the existence of the weaker individual who did not have any property. To prevent vulnerability, *human rights*, especially *human dignity* of the individual, who was *defined as a property owner* before, came to the forefront.²¹ This process received another push after World War II. However, it soon became apparent that limitless application of human rights (including freedom of the press) could be also used to take advantage of the status of the weaker. Hence, the freedom of the few must be controlled for the sake of the freedom of the masses. Many recognised this, and came to the only possible conclusion that steered the future development of private and human rights from individualism to some sort of a community principle-based theory. At the beginning of the 20th century, the British legal scholar Albert Dicey treated this transformation as evident, reporting in his book about the change of principles affecting the thinking of British public opinion. According to his assertions, from the beginning of the 19th century, a sort of *collectivist view*²², which, of course, also influenced the thinking concerning the role of the press, started to replace *Bentham's individualism*. This notion is very significant in the “cradle” of individualism, which, according to certain authors, was already market-oriented in the 13th century, and was built for centuries on the sanctity of private property and the strength of the individual²³, in the spirit of *Puritan traditions*, measuring the value of a person according to his commercial success.

During the historical development, of course, the *negative nature* of the freedom of the press was emphasised, which right then was identified with the prohibition of *censorship*. This coincides with the thinking that the ban of “prior scrutiny” will lead to the total freedom of the press. This view required re-evaluation after the adoption of the first laws eliminating censorship, because external interference with the freedom of the press has a wide range of possibilities besides the limitation of publication. To prevent providing information for the community from becoming the monopoly of a few, the law limits the ownership right of broadcasters and newspapers and the possibility of cross ownership, defining a limit over which the same owner cannot obtain further rights. The maintenance of state funding of public service media further limits free competition. Naturally, these rules also indirectly affect the content channelled through by the media.

However, the various *programming structure requirements* imposed on radio and television media service providers have direct effects on the content of the media. Part of these set negative requirements (advertisement limitations, protection of minors, limitation of erotic content), others demand explicitly positive, proactive behaviour from the producers of broadcasts (balanced news reporting, broadcasting of public service programming, etc.).

²¹ On this process cf. SÓLYOM, László: *A személyiségi jogok elmélete*. [The Theory of Personal Rights] Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1983.

²² Albert Venn DICEY: *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the Nineteenth Century*. London, MacMillan, 1919.

²³ Alan MACFARLANE: *Az angol individualizmus eredete*. [The Origins of English Individualism] Budapest, Századvég – Hajnal István Kör, 1993.

Interference with the freedom of the media can originate not only from outside but also from *inside*. This phenomenon stems from the business nature of the media. It is a fundamental truth that the media, which are expensive ventures, are sponsored not by the readers but the advertisers. It can be logically inferred that, approaching from the business nature of the enterprise, the “products” offered for sale are not the news articles and programmes produced by the media. If that were the case, the media, at least in their current form and extent, would not be capable of supporting themselves. In reality, the “products” offered are the *viewers, listeners, and readers*, in that the larger their numbers, the higher the advertising fees are in exchange. That is why a popular product, newspaper, and programme have to be offered as a *bait* to attract more and more customers and turn them into the consumers of the media, and with that, of the commercials. The advertisers, who, because of the high prices in the case of the most important media, can only be really large companies, become the number one controllers of the whole process, even if their effect remains indirect. And in the market, where a lot of money is risked, rock hard rules prevail: advertisers prefer to see their commercials in a media environment deemed appropriate, possibly in the neighbourhood of programmes that are popular, controversy free, entertaining, radiate a peaceful and quiet atmosphere, or, without any real stake, generate excitement and suspense. Talk shows, television series, game shows, magazine programmes, and action movies are perfect for this goal. Programmes dissecting real societal problems, fact finding, more sophisticated cultural programmes, or other programmes that interest only a smaller portion of social groups with significant purchasing power are less suitable for this kind of advertising.²⁴ The result is nearly total *homogeneity* of the selection of competing streams of programming, in which almost no significant differences can be detected (because of the risk of losing consumers). Free competition, making possible the operation of many competing media, increases only the *quantity* but not the *selection*.

The competition for consumers is increasingly intensifying, and the converging media more and more interweave with everyday life, while community debate and social “*discourse*” slowly disappear.²⁵ Advertisers categorise their potential customers (the target group) based on their financial status (purchasing power), persuadability, and other such characteristics that hardly fit in the democratic principle of “one man – one vote.”²⁶ Internal “*private censorship*” that subordinates everything to the maximisation of profits, which can stem from the personal interests or even political convictions of the owners or employees of the media, however, is not the same as external censorship. In the case of the former, we cannot talk about tyranny, or even justifiable external intervention closely regulated with legislative guarantees.

²⁴ Robert W. McCHESNEY – Ben SCOTT (eds.): *Our unfree press – 100 years of radical media criticism*. New York, New Press, 2004. 119–176.; EDWIN C. BAKER: *Advertising and a democratic press*. Princeton University Press, 1994.

²⁵ Ronald K. L. COLLINS – David M. SKOVER: *The death of discourse*. Carolina Academic Publishers, 2005.

²⁶ FISS, *supra* note 12., 54.

Anyway, censorship in constitutional states has already long disappeared. However, its new form, private censorship, which is indirectly imposed by interest groups commissioning the advertisements, achieves similar results as its once existing “step-brother”, realised exclusively through external forces: it makes difficult and even impossible for the media to perform their public service obligations.

The *positive nature* of freedom of the press is inseparably interwoven with the concept of *social publicity*. Although the theory is primarily connected to the name of Jürgen Habermas²⁷ and, during the decades since its publication (1962), representatives of various social sciences dissected its details in numerous occasions, from our perspective its main principles can be accepted without any major arguments. The central nucleus of the train of thought concentrates around the conceptual construction of “*public opinion*,” which has existed in practice since the 18th century.²⁸ According to the theory, the elements of “publicity” (from coffee houses to newspapers) jointly contributed to the development of *public thinking* and *critical outlook*, and the slow and gradual start of the process of *democratisation*. Publicity ensured access to information, and, with time, it grew so significant that it became capable of restricting the State. An important element of the concept is the provision of a wide range of opportunities to access, with the help of a near equal opportunity of participation ensured by low costs of entry.²⁹ According to Habermas, the 20th century development of mass media, though in principle contained the possibility of the broadening of publicity with great magnitude as compared with the earlier state of affairs, in practice destroyed the earlier, well-functioning model of public sphere. The mass media monopolised the forums of public opinion and, among the topics of the media, defined and *dictated* by logic of the market, the proper representation of mutual and joint interests is no longer a defining factor. This final conclusion of the book can be accepted regardless of the truth of Habermas’ other theses.

The category of public opinion is important for us, because the only acceptable social structure, democracy, can only work exclusively through public opinion. If the affairs of the “public” are not debated in the various institutions of publicity, if citizens do not connect with each other at various forums, if these forums do not provide the minimal cohesion necessary between the members of society, then, although it is possible that the laws are promulgated by parliament based on public representation, the community no longer exists in a democratic order.

Pericles’ famous Funeral Oration³⁰ directly *stigmatises* men indifferent to public life. Reference to ancient Athens is appropriate at this point. It is because the wide

²⁷ Jürgen HABERMAS: *A társadalmi nyilvánosság szerkezetváltozása. [The Structural Transformation of the Public Sphere]* Budapest, Osiris, 1999 (3rd ed.).

²⁸ ASA BRIGGS – Peter BURKE: *A média társadalomtörténete – Gutenbergtől az internetig. [A Social History of the Media: From Gutenberg to the Internet]* Budapest, Napvilág, 2004. 74.

²⁹ Monroe E. PRICE: *A televízió, a nyilvános szféra és a nemzeti identitás. [Television, the Public Sphere and National Identity]* Budapest: Magvető, 1998. 54.

³⁰ THUCYDIDES: *A peloponnészoszi háború. [History of the Peloponnesian War]* Budapest, Osiris, 1999. 134–43.

spread of the media and the increase of its effects and influence generated the naïve belief, according to which the direct exercise of power, or at least something similar to it, of the Greek *polises* may be recreated with the instruments of modern media. The media would provide an opportunity to conduct citizens' debates, through the naturally necessary mechanisms of representations, because everybody cannot speak, and some inevitably have to represent others.³¹ Although not the same as the Athenian *agora*, the media is such a public forum that is the only effective venue and functioning means of the expression of various viewpoints.³² Quoting the forceful expression of Owen Fiss, this would be the media's "*democratic mission*."³³

The most authoritative (and consequently most attacked) American devotee besides Owen Fiss of necessary state intervention in the field of freedom of the press is Chicago professor Cass Sunstein. His work, summarising the modern age problems of freedom of speech, is a *legal complaint* written against the free marketplace of ideas.³⁴ In his book, Sunstein unequivocally demands a second *New Deal* because, according to his discoveries, modern media not only fail to extend a helping hand to it, but also makes the functioning of democracy impossible. The main conclusions of the book focusing on the United States should be taken into account in Europe, too. The primary concerns weighing heavily on the author's mind are not novelties. With the full expansion of commercial media, the hope of training active citizens to gain decisive roles in participatory democracies proportionately decreases. According to the professor, the United States should give up the stubborn resistance that prevents state intervention, because strictly keeping the distance only makes the status quo, the increasingly growing media empire, even more powerful. In certain instances, buttressed by strict guarantees, the State is indeed capable of promoting liberty. To borrow the metaphor of the market, representative democracy is based on representation by citizens selected by, and from among, themselves from time to time (in Hungary every four years) to conduct ongoing business and make decisions. During the elections taking place every four years, citizens naturally generally have less information compared to those elected. The political elite always will be significantly more informed than other members of society. The media, should, to the best of its abilities, balance this information deficiency, as the decision of the citizens is irrevocable and irreversible. However, the current system is unsuitable for publishing the available views and information, because the discussion of public affairs is not in the interest of the majority of the media; what is more, it would be explicitly burdensome.

Therefore, based on the foregoing, *ideas* – in a philosophical sense – are entitled to access, but such a conclusion is quite hard to be reflected in legal regulations. However, regulation has found the means that may – even if not eliminate, but

³¹ John KEANE: *Média és demokrácia*. [Media and Democracy] Budapest, Helikon, 1999. 155., 38–39.

³² Charles W. LOGAN: Getting beyond scarcity: a new paradigm for assessing the constitutionality of broadcast regulation. *California Law Review*, December 1997.

³³ FISS, *supra* note 12., 50.

³⁴ Cass R. SUNSTEIN: *Democracy and the problem of free speech*. New York, Free Press, 1995 (2nd ed.).

at least – reduce the differences between the chances of conveying certain ideas to the public. As such, in legal terms, the *entirety of the audience* of the media is entitled (relying on concrete regulatory provisions) to demand proper and balanced information and access to differing ideas. Of course, not even lawyers can think that this form of direct access, the composition of the list of ideas to be published, and balance portioned on a pharmacy scales, is free from all serious difficulties. On the contrary, the task is very sensitive and requires able journalists and editors. Obviously, not *every* idea deserves publicity. The definition of a rational framework is indispensable. The perspective for differentiation could be, for example, the societal proportion of citizens representing the given viewpoint, and the respect for legal regulations and moral principles. While the rules defining the limitations (e.g. hate speech, personal rights, protection of children) to the freedom of speech and the freedom of the press are relevant to such decisions, they in themselves do not determine all the relevant aspects of the necessary selection of ideas; the positive nature may not be fully implemented without the appropriate attitude on the side of journalists, editors, and media owners.

However, the rule of balanced information – widely applied in Europe – is just one of the rules resulting in access. Among other, the followings should be mentioned as well: the right to respond (right to correction), the operation of the public service media system – one of the main tasks of which is to correct the imperfect operation of the market of ideas –, the restriction of ownership concentration on the media market, or the *must carry* obligations of broadcasters. These rules may be called comprehensively the rules facilitating media pluralism and so recognition of the positive nature of press freedom fundamentally serves the purposes of media pluralism.

Nobody demands total impartiality from the media. A wide space is available for biased publications and programmes. This, however, has to be separated from the task of supplying information. Although the proposal is tendentiously naïve, in reality, nothing else would be necessary but that the media respect the ethical rules created for themselves. Of course, our age does not favour codes of ethics, as other interests overrule them. Equality enforced by legal means can never be full and cannot be desirable either, because viewpoints represented by more people perhaps deserves more exposure. The goal to be set is the *pluralism of opinions* and not equality.³⁵

Many arguments can be brought up against the acknowledgement of the positive nature of freedom of the press. According to one of the groups of arguments, all kinds of state interventions rest on inherently false foundations, because if we are serious about democracy, a fundamental right of such importance and, at the same time, of symbolic value cannot be limited by the decision of a small circle of people (be it even parliament). Calling a spade a spade, it is more desirable that the audience decides what it wants from the media than, regarding its numbers, a proportionately narrow social stratum. The preferences of the audience can be measured relatively precisely.

³⁵ Giovanni SARTORI: *Demokrácia*. [Democracy] Budapest, Osiris, 1999. 60–61.

The audience will signal in a noticeable manner if it wants more programmes of political debate or perhaps broader information. If the public wants entertainment, its decision must be accepted instead of despising it, as Pericles did, for its indifference to public affairs. Anyway, public interest in relation to the media has not been precisely defined³⁶, and it is not more than an oft referenced but never defined rhetorical catch. It is only a presumption that the free flow of information, debate of public affairs, and pluralism of the media serve the public interest.

As Rupert Murdoch, the powerful owner of News Corporation, says, let freedom and choice replace regulation and scarcity.³⁷ The media is just a commodity, like anything else³⁸, as for example, according to Mark Fowler, “[t]he television is just another appliance – it’s a toaster with pictures,” and if a toaster does not make a perfect toast, nobody will buy it. Based on this analogy, the content of the media can only be influenced by the direction of market competition.

Without a doubt, the market has certain advantages that the State cannot provide with its own instruments. Competition can eliminate the incompetent, increase quality, and promote development. It makes performance measurable. Sometimes the market is forced to make concessions to satisfy minority needs, too. The argument supporting freedom of the market has a very bogus point. It looks at the figures, examines what the majority selects from the available choices, and concludes that the audience demands exactly what the media, through the selected programme, presently provides. In its simplicity, this seemingly effective argument loses its edge if we recognise that, in the market filled by the modern mass media, the audience does not have a real opportunity to choose. The audience can only choose from among the products that are offered. They perhaps do not even know what other possible choices and programmes the media could offer besides the ones they already know. The media by itself is not capable of providing colourful programming, at least not in a reachable manner for the masses. The large majority of society receives information primarily from television, in Hungary and Europe namely from terrestrial broadcasting channels, of which so far altogether three are available in Hungary. The other weakness of the argument is that it pretends as if the media merely *catered* to the needs of the audience, although, it just as much *shapes*, or, with a stronger expression, *dictates* public taste.

Others argue against the acknowledgement of the positive nature with the *fetishization* of the market but claim that everything is better than state intervention. According to this view, the State must retreat to the smallest possible area and should only undertake the most important tasks (law enforcement, guarantee of substantive

³⁶ Everette E. DENNIS,; The press and the public interest: a definitional dilemma. In: E. E. DENNIS – A. H. ISMACH – D. M. GILLMOR (eds.): *Enduring issues in mass communication*. St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1978.

³⁷ KEANE, *supra* note 33., 45.

³⁸ Daniel L. BRENNER – Mark S. FOWLER: A marketplace approach to broadcast regulation. *Texas Law Review*, 1981.

rights, etc.).³⁹ They do not deny the appropriateness of the intentions of people urging regulation, as the proponents of the “night watch state” also would like it if the media fulfilled its information distribution function respecting ethical norms, but the enforcement of this should not be entrusted to the State, because that would necessarily distort the execution of the originally noble intention.⁴⁰

According to this, the State is a constant source of danger to individual liberty, and its limitation is a basic requirement of democratic order. Well, the proponents of state intervention argue for the State to play a role, not because of some sort of totalitarian devotion but because they sensed the restricting effect of the private sphere. Today the State has a rather narrow margin for action; a series of constitutional safeguards guarantee the rights of the individual. However, no similar guarantees would be available against the media operating in the private sphere. The media’s obligatory function stands in the centre. If somebody disrupts that function, it is essential to stand up against it.

Robert Post argues that the views demanding accountability from the media for democratic principles are self-contradictory. That is to say, democracy, at least if we try to fill it with actual content, assumes free, autonomous, and independently thinking and decision-making individuals. Hence, *democracy* and *individualism* do not contradict each other (as we have already asserted it in connection with the theories justifying freedom of speech). If, in the name of democracy, we limit the individual’s (media owner and journalist) margin for action and, simultaneously with this, in a *paternalistic* manner facilitate that the “ideal democrat” (as we imagined), appropriately receives information, we contradict the principles of this very democrat, because this way we limit the strengthening of individual autonomy.⁴¹ Accepting its content of truth, the force of the argument is significantly weakened by the fact that, in practice, the liberty of mass media can only create the *false illusion of individualism*. Lack of information, our “democrat,” raised with the assistance of the media, under the spell of endless entertainment, is in reality incapable of making autonomous decisions. The market by itself does not advance the perfection of his personality.

It has to be asserted as a note of general validity that the indirect existence of access to less popular channels accessible only to limited circles is not sufficient for “ticking off” the democratic duties of the media. We have to take reality into account. Adequate catering to public interest must be assured through forums that are accessible (both in a technological and a financial sense) to the majority of society, where in practice “majority” ought to mean the entirety of society. Currently, this forum primarily means national television. If the majority receives information from there, the appropriate flow of information must be provided through that channel.

³⁹ Robert NOZICK: *Anarchy, state and utopia*. New York, Basic, 1974.

⁴⁰ SCHAUER, *supra* note 5., 128.

⁴¹ POST, Robert C.: Meiklejohn’s mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. *University of Colorado Law Review*, Fall 1993. 1109. and POST: Equality and autonomy in First Amendment jurisprudence. *Michigan Law Review*, May 1997. 1517.

4. Media and Culture

Beyond the system of relationships between the media and democracy, the other fundamental group of issues in the focal point of debates in the determination of the content of media focuses on the relationship between the *media* and *culture*. Again, the issue is so complicated that it is not sufficient to rely only on the solutions proposed by lawyers, though they can surely define some of the *cornerstones*. The starting point is the assertion that the media and culture have a complicated and controversial relationship. The modern mass media are capable of delivering cultural products to a much wider audience than before, thus ensuring their preservation and further development. At the same time, because of their unique nature and the logic of the market, which has been condemned many times, the “mainstream” media do not view the broadcast and introduction of higher cultural products as its responsibility. What is more, the media not only channel the content, characteristically aiming at mere entertainment, as demanded by the masses, but they also create and form the new “cultural” environment.

Mass media have significantly reformed the means of access to culture and influenced its general quality. Today, the general level of culture is determined not by a narrow elite but by the standards of average citizens. This was the price of becoming multitudinous. The next dimension of becoming multitudinous is the development, which began two-three decades ago with its emergence, of *global media*. The spreading of multinational media enterprises, the demolition of the Iron Curtain, and the global marketing of American cultural products resulted in the first sprouts of shared, supranational, global culture. Simultaneously with, and as a response to, this tendency, certain initiatives soon emerged for the preservation of individual national cultures. According to the most horrific scenario, the global media industry in the long run will result in the total destruction of national cultures. Perhaps this script envisions dangers, because the preservation of national cultures is not only the role of the media, and the global media market could even assist in sustaining national cultures (for example, with the help of Internet publication of previously hard to access content; let us not forget that the Internet, making national cultures available with the press of a button and free of charge, is itself the product of the global media industry). The new universal culture can actively contribute to a supranational, common identity; of course, on what kind of elements this new identity is built is important. Namely, the appearance of American “cultural imperialism”⁴² in certain television programmes, movies, and musical pieces, which are characteristically not among the products of “high culture.” Regarding their financial means, creators of the products of national culture are unable to compete with the makers of products for the global market. Therefore, other *protectionist* measures are necessary. The State has important functions in the preservation of national culture. At least thus far, nobody was brave enough to openly dispute this. The European approach to the

⁴² BRIGGS—BURKE, *supra* note 30., 248.

protection of national culture accepts state intervention as a definitely valid reason. Regarding the manner of intervention, however, a certain level of uncertainty can be sensed, and not without reason. To protect national culture, the State would have to go into battle with company giants reigning over the media market of the world, while at the same time states are bound, on one hand, by international treaties and their monitoring bodies, and on the other, regulations of the internal market dictated by European integration. It is worthy, however, to return to the cradle or, yet even, the conception of European unity. Jean Monnet, one of the fathers of integration, stated that if we could start it all over, we should begin with culture.⁴³ The idea, according to which Europe is primarily a *spiritual and cultural unity*, originally counted as the intellectual foundation of the entire integration effort. Therefore, based on the original intentions, the European integration process should have assisted in the preservation of national cultures and, at the same time, defined the elements of European culture existing according to popular belief and resting on an integrated foundation (Robert Schuman's essay, *For Europe*, is built on this idea. Even the title of one his chapters is telling: Europe "before becoming a military alliance or an economic entity, must be a cultural community in the highest sense of the term."⁴⁴) In practice, this has not happened in the more than half a century that has passed since its beginning. The Audiovisual Media Services Directive, beyond defining general minimal content requirements, basically upholds the right of Member States to control audiovisual content, primarily through certain limitations of the market, and tries to protect national and European identity. Union law, for example, allows the existence of public service media service providers, although their state financing is contrary to the requirements of free market competition. Further, the Directive requires that television-programming services must broadcast European works in more than fifty percent of their content. The weak point of the regulation is that it tries to protect cultural identity based exclusively on formal criteria (practically, a public service broadcaster is what is called that way, and European work is something that was created by a company with its head office in a Member State), and it does not introduce content regulation. As such, the end result does not achieve the desired objective: a great portion of public service broadcasters do not significantly differ from commercial ones and practically anybody can produce a European work, not to mention that there is no remedy against the actual phenomenon that, for example, an European work can follow American patterns and contain no elements of European culture at all.

5. Conclusion

How can the concept of freedom of the press be ultimately defined? Would A.J. Liebling be right, whose *bon mot* quoted a number of times states "freedom of the

⁴³ Quoted by Richard COLLINS: *Media and identity in contemporary Europe: consequences of global convergence*. Exeter, Intellect, 2002. 25.

⁴⁴ Robert SCHUMAN: *Európáért*. [For Europe] Pécs, Pannónia Könyvek, 1991.

press is guaranteed only to those who own one.⁴⁵ No, he is not right at all. The right to the freedom of the press is a complex right, encumbered with the need to reconcile rather diverse interests, and, in the course of exercising this right, its external limits, as well as the content thereof and the resulting obligations, should be taken into consideration.

The following ideas might also be worth some consideration. Some argue that the Internet has fundamentally changed social communication and has overturned the traditional and easily identifiable – and able to be regulated – means of public communication. Social publicity has moved to the realm of the online world. As such, regulation of traditional media and the legal recognition of the positive nature of the freedom of the press became pointless, as it makes no sense to regulate media that are being marginalised anyway while the free world wide web is blossoming. While the Internet obviously contributes to the free movement of ideas and to the democratisation of publicity, its technical features (unlimited expansion, anonymity, possible emergence of dependence) also contribute to the spread of infringement and inequality, and generate further problems.⁴⁶

The functioning of the online marketplace of ideas is also imperfect. There is close competition for the grace of consumers, even on the Internet. In this competition, the arguments for an unregulated Internet and the objective to reserve it as an “uncorrupted reservoir of democracy” become irrelevant. Actors with more financial means have enormous advantages, even in cyberspace.⁴⁷ The most frequently visited websites are owned by corporations, which are also powerful market actors in real space.⁴⁸ These conglomerates and media empires attempt to form the world wide web to their likeness; while these attempts may remain fruitless due to the very nature of this specific medium, they may succeed in limiting the browsing habits of large parts of society to the content provided by them, while banishing ideas that do not fit in.

However, the disagreement between the proponents of free market and state intervention seems to be irreconcilable, and so constant efforts are required to have the positive nature of press freedom recognised and accepted. Of course, it is true that no change could be a pressing interest for those who have an interest in maintaining the *status quo*, the current situation.⁴⁹ However, “press freedom cannot be absolute without contradicting the ethical basis for its existence”.⁵⁰

⁴⁵ A. J. LIEBLING: *The press*. New York, Pantheon Books, 1981 (3rd ed.).

⁴⁶ PERRY KELLER: *European and International Media Law. Liberal Democracy, Trade and the New Media* Oxford, Oxford University Press 2011. 21–27.

⁴⁷ Seth F. KREIMER: „Technologies of Protest: Insurgent Social Movements and the First Amendment in the Era of the Internet.” *University of Pennsylvania Law Review* 2001, 119.

⁴⁸ Andrew CHIN: „Making the World Wide Web Safe for Democracy” *Hastings Communication and Entertainment Law Journal* 1997, 322–325. és 328–329.; James CURRAN – Jean SEATON: *Power without Responsibility*. (London -- New York: Routledge ‘2003) 248–250 és 281–282.

⁴⁹ FREDERICK SCHAUER: The political incidence of the free speech principle. *Colorado Law Review*, Fall 1993. 949.

⁵⁰ JOHN LAWS: The limitations of human rights. *Public Law*, 1998. 265.

THE LAW OF THE EUROPEAN UNION IN THE PRACTICE OF THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT

Nóra BALOGH-BÉKESI
Pázmány Péter Catholic University

1. Introduction

The effective date of the provision inserting the “Europe clause” in the Hungarian Constitution was 23 December 2002. This rule states that “By virtue of treaty, the Republic of Hungary, in its capacity as a Member State of the European Union, may exercise certain constitutional powers jointly with other Member States to the extent necessary in connection with the rights and obligations conferred by the treaties on the foundation of the European Union and the European Communities (hereinafter referred to as the European Union); these powers may be exercised independently and by way of the institutions of the European Union.” The Constitution also specifies a goal of the state, that is, “the Republic of Hungary shall take an active part in establishing a European unity in order to achieve freedom, well-being and security for the peoples of Europe.” Article E of the new Fundamental Law, effective from 1 January 2012, includes the same text with the addition that the law of the European Union may stipulate a generally binding rule of conduct subject to the rules of the Constitution on exercising powers. Therefore, the Fundamental Law has not made any substantial changes to the constitutional provisions related to the membership of Hungary in the European Union. In my view, a conclusion can be drawn from this that the findings of the Constitutional Court made in relation to the Europe clause and EU law will remain authoritative.

2. Analysis of decisions

2.1. Surplus stocks

After Hungary’s accession to the European Union (1 May 2004), the first decision the Constitutional Court made in connection with the law of the European Union was in a case of surplus stocks of agricultural products for commercial purposes (the so-

called “sugar case”). The Act of Parliament examined by the Constitutional Court was about the rules applicable to sugar stocks and the accession to the European Union; the Constitutional Court’s procedure was initiated by the President of the Republic under his power to request the preliminary review of constitutionality. According to the objections concerning the constitutionality of the law, the requirement of legal certainty was violated and it was claimed that the effective date of the law was problematic as an obligation was imposed with retroactive effect (for instance, the law stated that in the case of contracts concluded after 1 January 2004 it was presumed that the intention was to accumulate stocks for the purpose of taking advantage of refunds multiple times). The other objection concerning the constitutionality was related to the hierarchy of the sources of law as the Act of Parliament authorised an inferior source of law to define that market players have the obligation to count stock and make declarations and payments in spite of the rule of the Constitution that a payment obligation may only be imposed by an Act of Parliament.

Issues similar to this came up in connection with the accession of other countries (Spain and Portugal in 1985 and Austria, Finland and Sweden in 1994). At the request of national courts of Member States, the European Court of Justice issued a preliminary ruling regarding the validity of the relevant regulations of the European Commission.¹ In the preliminary ruling procedure, the Court established, among others, that the regulation in question had been adopted by the Commission within the scope of its competence, the measure on surplus stocks was not considered a disproportionate restriction of rights, and market players had been informed in time on the expected measures concerning the stocks through the published text of the accession treaties.

In its decision, the Constitutional Court’s basic finding was that the provisions challenged in the petition concerned the constitutionality of the Hungarian legislation for the implementation of the EU regulations rather than the validity or the interpretation of these rules.² This means that the Constitutional Court in this (first) case decided to examine the Act of Parliament that becomes part of domestic law in spite of the fact that it established that EU law is “relevant”. The Constitutional Court fully accepted the motion of the President and held that the challenged provisions of the Act of Parliament on measures related to the accumulation of commercial surplus stocks of agricultural products referred to preliminary review of constitutionality are unconstitutional [Decision 17/2004 (V. 25.) AB]. The Constitutional Court treated the legal certainty and source of law questions in this case like it does when it assesses the constitutionality of national law; it applied the tests applicable to Hungarian law and cited its earlier decisions about Hungarian law. These are regular items of Constitutional Court practice; the commentary of the decision includes nothing new

¹ S. C-30/00, *William Hinton & Sons Ltd v. Fazenda Pública* [2001] ECR I-7511; C-179/00, *Gerald Weldacher (Thakis Vertriebs- und Handels GmbH) v. Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft*, [2002] ECR I-501

² Decision no. 17/04 (V. 25.) AB, ABH 2004, 297.

about the expected practice of the Constitutional Court of Hungary in connection with the laws of the European Union and the Constitution.

The decision triggered quite a few responses. The first analysis was written by András Sajó,³ who asked all the questions the Constitutional Court utterly ignored. For instance, he asked questions as to whether the real subject-matter of the case before the Constitutional Court was Community law, or whether the Constitutional Court by its decision overrode a series of EU regulations, whether the Constitutional Court interpreted its role in the application of Community law correctly and whether a preliminary ruling procedure should have been initiated to interpret Community law.⁴ The author did not (and did not wish to) answer these questions fully and unambiguously but wrote that the statutory rules challenged in the case were clearly “based on directly applicable Community law: the regulations themselves provide that the fees must be determined by taking into account the stocks accumulated before their effective dates.”⁵ The author was of the opinion that in the “sugar case” the problem already solved in other Member States had come up quite quickly in Hungarian practice (that is, the problem of the relationship between the courts of Member States and constitutional courts on the one hand and the European Court of Justice on the other) but the Constitutional Court of Hungary’s reaction was unusual as its decision on the motion for preliminary review failed to resolve a number of issues.

2.2. Firearms

The next issue of constitutionality in connection with the law of the European Union came up in the so-called “firearm case”. While in the “sugar case” the Constitutional Court examined the constitutionality of an Act of Parliament for the implementation of an EU regulation, the “firearm case” was about the constitutionality of an Act of Parliament transposing a directive. Another key difference between the cases was that in the “sugar case” only legal certainty and source of law related issues were under scrutiny while the “firearm case” fundamental rights were affected. The question in the case was whether the rule in Act XXIV of 2004 on Firearms and Ammunitions requiring firearm dealers to record certain data violates the right to the privacy of personal data. This is because, by way of such records, firearm dealers could obtain such personal data the secure handling of which they could not guarantee. The Act of Parliament examined by the Constitutional Court, as noted in the decision, was based on Council Directive 91/477/EEC on control of the acquisition and possession of weapons. The rules of the Act of Parliament came into effect after 1 May 2004, that is, Hungary’s accession to the European Union. The challenged rule of the Firearm Act and Article 4 of the Directive are almost identical: “(..) It is rather clear that

³ András SAJÓ: Why is ‘cooperative constitutionalism’ a tough subject? *Fundamentum*, 2004/3. 89.

⁴ *Ibid.* 90.

⁵ *Ibid.*

the Hungarian Act of Parliament is a direct transposition of the specific rules of the Directive.⁶ The decision of the Constitutional Court in the case was decision 744/B/2004 AB, which was not published in *Magyar Közlöny* (the Official Gazette).⁷ Before examining the merits of the case, the Constitutional Court had to decide whether it had the power to examine the constitutionality of this Act of Parliament. The decision states that “[d]irectives, as the so-called secondary legislation of the Union, bind the Member States to adopt, in their own processes of legislation, rules of law complying with the contents of the respective directives.” Moreover, in line with Article 3 of the Directive, the Member States may, in their national legislation, adopt stricter regulations than the provisions of the respective directives. (...) Also in the present case, the Constitutional Court performed the constitutional review of the Hungarian rule of law based on the Directive, without affecting the validity of the Directive or the adequacy of implementation.⁸

It can be concluded that on the basis of the above the Constitutional Court reviewed the challenged rule of the Firearm Act as if it was “purely domestic law”, carried out the test of necessity and proportionality, which is to be carried out when the restriction of a basic right is examined, and found that the given rule of law does not violate the Constitution. Thus, the Constitutional Court examined the merits of the case. None of the judges of the Constitutional Court added a dissenting opinion to the decision.

In my view, the issues that should be analysed in connection with Decision 744/B/2004 AB are the issues that are actually not discussed in the decision. The Constitutional Court failed to take into account that the transposition of the Directive into national law is based on a duty and it promotes a goal of the Community (that is, the public security of the Community as a whole). The decision does not include the Constitutional Court’s position on the possibility of constitutional review of secondary legislation of the Community. In connection with this, the Constitutional Court failed to address what should be done when an Act of Parliament (or another type of law) transposing a directive is found to be unconstitutional, what the limits of exercising its powers in this case are and what the differences, if any, are in the procedure as compared to the posterior abstract examination of constitutionality (for instance, whether it is still possible to annul the particular law). The decision does not offer the possibility of making assumptions about the relationship between the Constitutional Court and the European Court of Justice, although the examination of the legality of secondary legislation of the Community is, from the aspect of Community law, the examination of the conformity of secondary legislation with the treaties establishing the EU (which is the competence of the European Court of Justice). The controversial nature of the decision is reflected in this quote, which is from an article analysing the decision: “While the Constitutional Court’s consistent practice of refusing to

⁶ Ernő VÁRNAY: The Constitutional Court and the law of the European Union. *Jogtudományi Közlöny (Gazette of Legal Science)*, 2007, issue 10,430.

⁷ ABH 2005, 1281.

⁸ ABH 2005, 1282 – 1283.

review the constitutionality of secondary Community legislation reflects a reliable monistic approach to EU law, the decisions on the constitutionality of domestic laws transposing or supporting the implementation of secondary legislation of the EU suggest quite the contrary.⁹ And that is the case indeed. It is a seemingly irresolvable contradiction that, although the Constitutional Court does not even consider the possibility of examining the constitutionality of Community legislation, it examines the constitutionality of domestic law transposing secondary Community legislation without any restraint. This, of course, is no problem as long as the domestic law transposing Community law is not unconstitutional. However, if such domestic legislation is found unconstitutional, the Constitutional Court will have to “put its cards on the table” as such a decision would be, beyond doubt, criticism of the constitutionality of Community law.

However, it can be seen as an “excuse” in the decision in the “firearm case” that the Court mentioned that, according to the Directive, Member States may in their national legislation adopt stricter regulations than the provisions of the Directive,¹⁰ which may lead to the conclusion that the Constitutional Court was only examining the part of the national legislation that is different from (stricter than) the provisions of the Directive. Such an opinion may be particularly relevant in a case that concerns fundamental rights, that is, when it is clear that the legislator has the power to give, with regard to the Constitution, stronger protection to certain rights.¹¹

2.3. Gambling activities

The next time the question of constitutionality was examined was in the so-called “gambling case”. The petitioner requested the review of the constitutionality of a rule in Act XXXIV of 1991 on Business Advertisements and of a rule in Act LVIII of 1997 on Organising Gambling Activities. According to the petitioner, these Acts of Parliament violated the Treaty of Rome (implemented by Act XXX of 2004, which implemented the so-called Treaty of Accession) and the duties placed by the Treaty of Rome on Member States. As a result, the petitioner believed the challenged rules violate the principle of rule of law and the Europe Clause. The petitioner requested the establishment of an unconstitutional omission of legislative duty on the basis of these provisions of the Constitution (but in reality on the basis of the Treaty of Rome). (According to the petitioner, the issue was that the legislator kept in effect the regulation applicable to the sale of gambling services organised abroad and to the related advertising activities beyond 1 May 2004 and made it even stricter, and this restricted the freedom to provide services guaranteed by Article 49 of the EC Treaty.)

⁹ VÁRNAY op. cit. 429.

¹⁰ ABH 2005,1283.

¹¹ This notion is theoretically correct in spite of the fact that in the “firearm case”, as noted above, the challenged provision of the Act of Parliament and the relevant rule of the Directive are quite similar.

The decision of the Constitutional Court in the case was decision 1053/B/2005 AB, which was also not published in the Official Gazette.¹² This decision has concurring reasoning and dissenting opinions. According to the first sentence of the commentary of the majority decision, “[t]he petitioner alleged that Articles 2(1) and 2/A of the Constitution had been violated due to an unconstitutional omission of a legislative duty specified by Community law. Therefore, the Constitutional Court examined the merits of the petition.”¹³ However, it did so very briefly. First, the Constitutional Court stated that “as there was no substantive unconstitutionality, it cannot be established on the basis of Article 2(1) of the Constitution alone that the legislator has not fulfilled a legislative duty and that this caused an unconstitutional situation”, but it also declared that “[t]he so-called accession clause of Article 2/A of the Constitution defines the conditions applicable to and the framework of Hungary’s membership of the European Union and the place of Community law in the system of the Hungarian sources of law.” The Constitutional Court pointed out that this particular provision of the Constitution does not create a specific obligation to enact legislation.¹⁴

The only thing this proves is that the examination regarding the merits of the case was carried out, formally, on the basis of the Constitution and not the Treaty of Rome. However, the Constitutional Court does not say anything about its approach to Community law (this time, primary legislation), i.e. its powers to carry out examinations on the basis of Community law, but nevertheless appears to carry out such an examination. Although the decision itself is concise, it has some intriguing “asides”. First, it indirectly expressed that the review of constitutionality (and annulment) does not extend to cases when Community law and national law contradict (i.e. it is not an issue of legal certainty) and substantive unconstitutionality must be presumed as a precondition of carrying out an examination.¹⁵ Another factor that should be noted in connection with this decision is that, according to the Constitutional Court, the “Europe Clause” in itself does not create a duty to adopt legislation. Finally, the decision notably stated that the founding and amending treaties of the EC do not qualify as international treaties in the traditional sense under the Constitution (and this fact should be taken into account with regard to the content of the decision when the competence of the Constitutional Court is defined).

It can be stated on the basis of the analysis of the decision that the “gambling case” did not offer a solution for the competence issues of the Constitutional Court’s practice affecting Community law. It seems clear that the Constitutional Court did not give up all its possible powers related to this and it is not required by law to do so. The

¹² ABH 2006,1824.

¹³ ABH 2006, 1826.

¹⁴ Both citations are from ABH 2006,1827.

¹⁵ Várnay points out that the Slovenian Constitutional Court came to a similar conclusion (S. decision Up-328/04/U-I186/04, JT. 433). Nevertheless, it is a fact that this deduction of the Hungarian Constitutional Court reflects a so far unknown aspect of guaranteeing (or, better to say, not guaranteeing) legal certainty.

inclusion of the term ‘substantive unconstitutionality’ in the decision suggests that the Constitutional Court will not be inactive when a fundamental right is violated. Another conclusion is that it will not accept the violation of legal certainty alone as justification for a petition. Nevertheless, it may also be deduced from the decision that it is becoming more and more important to clarify the relationship between the European Court of Justice (for instance, in a preliminary ruling procedure) as the authentic interpretation of Community law is indispensable in such cases.

2.4. On-call duty fees

The regulation of the issue of on-call duty fees surfaced in Hungary, too. It is a well-known fact that this issue is carefully regulated by Community law in the form of a directive (Council Directive 93/104/EC and Directive 2003/88/EC). The European Court of Justice passed a number of judgements confirming that the Directive applies to such cases (e.g. in the Jaeger case) and the European Court of Justice later declared that the rules of the Directive are directly applicable (in the Pfeiffer case). There was even a Hungarian court judgement applying Directive 93/104/EC.¹⁶ This was the background against which the Constitutional Court had to evaluate domestic law that partly contradicted the requirements of Community law. The petitioners challenged the national rules regulating on-call duty (that is, the fee doctors receive for such duty) with reference to the Constitution but there was a petitioner claiming that the Hungarian law violates Council Directive 2003/88/EC and requested the Constitutional Court to annul the relevant rules of domestic law with regard to this, too.

In its decision [72/2006 (XII. 15.) AB], the Constitutional Court primarily cited the rules of the Hungarian Constitution and did not discuss the relevance of Community law in detail. However, in this case, the Constitutional Court could elude this as the case was not about the constitutional assessment of domestic legislation transposing Community law (as analysed above) but, quite the reverse, (a part of) a piece of legislation passed by a sovereign legislative body violated the Constitution (and Community law). The Constitutional Court hardly mentioned the Community law connection in its decision. One of the conclusions of the decision was cited as reference and as consistent practice by later decisions. According to this particular decision, “[t]he founding and amending treaties of the European Communities do not qualify as international treaties for the purpose the Constitutional Court’s competence as (...) these treaties are, as primary sources of law (...) parts of domestic law as Community law with regard to the Republic of Hungary’s EU membership since 1 May 2004. From the aspect of the Constitutional Court’s powers, Community law does not qualify as an international treaty within the meaning of Article 7(1) of the Constitution.”¹⁷

¹⁶ S. BH 216/2006.; Supreme Court: Pf.X.24. 705/2005.

¹⁷ ABH 2006, 819, 861.

In its decision, the Constitutional Court found the challenged rules unconstitutional with regard to the requirements specified in the Hungarian Constitution (and also violating Community law) and annulled them.

A concurring reasoning added to the decision includes some interesting ideas. It states that “in this case characteristics of the so-called direct applicability of certain rules of EU law can be identified. Both those who draft and who apply the law must be prepared to face the consequences of this. Another interesting point of the case is that the case-law of the European Court of Justice specifically cited by the petitioners has evolved since the petition was submitted and now only one interpretation is acceptable: the interpretation predicted by the petitioner.” The petitioner pointed out that “the supreme forum for deciding the disputes concerning the fulfillment of duties related to European integration and the institutions of the European Union and the supreme forum for legal disputes is the European Court of Justice and not the Constitutional Court.”¹⁸ It was stated in the reasoning as a final note that the case will only stay “alive” regarding parts that are not affected by directly applicable provisions of EU law, that is, parts of the constitutionality must be reviewed.¹⁹

2.5. European arrest warrants

Probably the most significant constitutional issue related to the law of the European Union was the issue of the decision on the European arrest warrant. Even the Constitution was amended in connection with this case. The case was initiated by the President of the Republic, who requested the preliminary review of the constitutionality of the Act of Parliament implementing the “Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the surrender procedure between the Member States of the European Union and Iceland and Norway” (the EUIN agreement).²⁰

The background to the case is that the Council adopted a Framework Decision on 13 June 2002²¹ on the European arrest warrant. Under European arrest warrants, if the judicial authorities of Member States, on the basis of a legal act issued by them, request the surrender of criminal suspects or sentenced persons, this legal act will be executed in the entire territory of the European Union and the person will be transferred within a short period of time. In this procedure, the relations between States are essentially replaced by relations between judicial authorities as the execution of the European arrest warrant is primarily a matter of the judicial authorities, meaning that the administrative and political levels of decision-making

¹⁸ ABH 2006, 863.

¹⁹ ABH 2006, 866.

²⁰ The case did not get significant press coverage when the petition was filed although, if read carefully (and it was available at that time on the website www.keh.hu), it is clear that a “strategy” can be built on this petition regarding (i) the relationship between the European Union (as a whole) and the Member States and (ii) the role of national Constitutional Courts within the European Union.

²¹ Framework Decision 2002/584/JHA (Official Journal L 190, 18/07/2002,0001– 0020)

in traditional extradition procedures are eliminated. The introduction of this regime in the European Union raised constitutional concerns in a number of Member States (but not in Hungary) regarding the extradition of the citizens of these Member States. Portugal and Slovenia amended their constitutions in advance and France reviewed its relevant constitutional provisions regarding the applicability of the European arrest warrant in March 2003. Constitutional issues came up later in three other Member States. In Germany, the law implementing the European arrest warrant was annulled by the Federal Constitutional Court on 27 April 2005. This decision blocked the extradition of German citizens (but not of foreigners) until a law changing this situation was passed on 20 July 2006 and took effect on 2 August. The Polish Constitutional Court partly annulled the law implementing the European arrest warrant on 27 April 2005. The Polish constitutional and legal solution for implementation has to be changed. As a result, Poland has agreed to extradite its citizens from 7 November 2006 on condition that the act due to which transfer is requested must be committed in the territory of Poland and the given act must be illegal under Polish law. Finally, on 7 November 2005, the Supreme Court of Cyprus found that the European search warrant violated the constitution of the country. The new law took effect on 28 July 2006, limiting the temporal effect of extraditing citizens: it is only possible if the crime was committed after Cyprus' access to the European Union (1 May 2004).²²

These developments show that the applicability of the Framework Decision and in turn the European arrest warrant raised quite a few constitutional concerns in the Member States.

The heart of the constitutional issue is that the EUIN Agreement does not require that the elements of crime of the 32 crimes it lists must be the same for the laws of both the country issuing the warrant and the country executing it. This essentially eliminates the requirement of double criminality for similar cases as there might be different criminal acts in different countries behind the same crime name.²³ The similar name of the crime and the similarities between the elements of the crime do not exclude the possibility that a state is forced to extradite its own citizen for a crime that is not persecuted under criminal law in the transferring state. In this case, the President of the Republic claimed that Article 57(4) of the Constitution was violated; according to this provision, no one can be declared guilty and subjected to punishment for an offense that was not a criminal offense under Hungarian law at the

²² Second report evaluating the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 11 July 2007 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/288format=HTMLaged=1language=HuguiLanguage=en>

²³ For instance, if the legal status of a foetus is recognized from conception, abortions may be considered homicide, while in the legal systems of other countries it would be "absurdity". Another example: the so-called 'age of consent' for sex crimes varies all around Europe; in some countries, it is a crime to have sexual intercourse with persons between the age of 16 and 18 while in other countries it is not illegal under criminal law and is not persecuted.

time when such an offense was committed.²⁴ This rule of the Constitution elevates the principles of *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* to the level of fundamental rights and specifies them as a guarantee that also makes the principle of rule of law specific in the field of criminal justice.

The Constitutional Court's decision in the case was Decision 32/2008 (III. 12.) AB. Four judges added their own concurring reasoning and two judges added dissenting opinions about the decision. The operative part of the Decision stated that the President's application was admissible and that the Constitutional Court found each challenged provision of the Act of Parliament implementing the Agreement unconstitutional. The decision has a number of legal bases. First, the commentary of the decision reaffirms the Constitutional Court's earlier practice in connection with the application of the *nullum crimen sine lege* principle. The decision, however, points out that the rule concerning the trust in the other state's legal system – a key principle of the European cooperation in criminal and judicial matters – must also be taken into account. This trust naturally extends to the legal systems of Iceland and Norway. The decision also noted that the Hungarian text of the EUIN Agreement was different from the Framework Decision, allowing different interpretations and therefore violating Article 57(4) of the Constitution.²⁵ The decision also declared in connection with the comparison of the 32 crimes listed in the EUIN Agreement and the Hungarian Criminal Code that the crime of 'illicit trafficking in hormonal substances and other growth promoters' had no counterpart in Hungarian law (please note that this comparison did not involve a detailed comparison of all elements of the crimes). In this regard, unconstitutionality is based on Article 57(4) of the Constitution alone, as stated by the decision: "[r]egarding this point, the President's concern is substantiated as the Act of Parliament authorises the Hungarian authorities to declare legal subjects to whom the Constitution applies guilty and to impose penalties on them for acts that did not qualify as crimes under Hungarian law at the time they were committed."²⁶

By declaring part of the EUIN Agreement unconstitutional, the Constitutional Court halted the "promulgation procedure", and this naturally affected the entire Act of Parliament as the President was not authorised to sign it into law and had to send it back to Parliament. By amending Article 57(4) of the Constitution, Parliament made it clear that it intended to eliminate unconstitutionality by modifying the provisions

²⁴ The review of constitutionality initiated in Hungary is therefore different from the constitutional concerns raised in other Member States in connection with the implementation of the Framework Decision. It is because in other countries the European arrest warrant was not acceptable typically because it violated the general prohibition of extraditing the countries' own citizens. In Hungary, there is no such rule in the Constitution; Article 69(1) prohibits the expulsion of Hungarian citizens from the territory of the Republic of Hungary, but expulsion, of course, is not the same thing as extradition. It is, therefore, a novelty that the European arrest warrant is tested by the principles of *nullum crimen* and *nulla poena sine lege*, even if the issue is primarily not about implementation within the EU.

²⁵ ABH. commentary VII.

²⁶ ABH. commentary IX.

of the Constitution and not in connection with the EUIN Agreement. Parliament decided that this amendment to the Constitution (the one that relates to the *nullum crimen sine lege* rule) would take effect when the Treaty of Lisbon took effect.²⁷ The essence of this rule survives and will remain in effect from 1 January 2012 with the following text: “No person shall be found guilty or be punished for an act which, at the time when it was committed, was not an offence under the law of Hungary or of any other state by virtue of an international agreement or any legal act of the European Union.”²⁸

2.6. Ratification of the Treaty of Lisbon and ‘constitutional identity’

Hungary was the first Member State of the European Union to ratify and implement the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (Act CLXVIII of 2007). In Hungary (as opposed to other Member States of the EU) it was not required to amend the Constitution due to the implementation of the Treaty of Lisbon. The Treaty of Lisbon entered into force on 1 December 2009 but, until that date, the Constitutional Court was not in the position to express its opinion on the issue as no petition had been made.²⁹ In the particular case, the petitioner (a private individual) complained about the fact that the European Union had been granted new powers under the Treaty of Lisbon, and this violates the principle of independence included in the Constitution and the “constitutional identity” of the state. The petitioner also mentioned that the Europe Clause of the Constitution is insufficient as an authorisation for such a “transfer of sovereignty” as required by the Treaty of Lisbon. The Constitutional Court’s decision in the case was Decision 143/2010 (VII. 14.) AB.

A precondition of making a decision was that the issue of competence had to be clarified, that is, it had to be determined whether the Constitutional Court had the power to examine the Treaty of Lisbon, which had already been promulgated and was in force. The majority of the judges believed that the Constitutional Court had such powers.³⁰ The majority was of the opinion that the Act of Parliament implementing

²⁷ As László Trócsányi put it: „The effect of this Article of the Constitution depends on the ratification of the Treaty of Lisbon, which is a surprise considering that the directive on extradition has already been transposed”. Cf. in: Professor János SÁRI National Sovereignty and European Integration *Book Honouring* on his 70th Birthday. Budapest, Rejtjel Kiadó, 2008, 403.

²⁸ S. Article XXVIII (4) of the Fundamental Law.

²⁹ As opposed to, for instance, the Federal Constitutional Court of Germany or the Constitutional Court of the Czech Republic. See for Germany: 2 BvE 2/08, dated 30th June 2009, for the Czech Republic: Pl. ÚS 19/08, dated 28th November 2008 and Pl. ÚS 29/09, dated 3rd November 2009.

³⁰ In contrast, according to the concurrent reasoning and dissenting opinions it was disputed whether the Constitutional Court had the competence to carry out the review of constitutionality. The dissenting judges were of the opinion that review of constitutionality was only possible before the effective date of the treaty but afterwards it was not allowed. One of them declared that “The dissenting judges were of the opinion that review of constitutionality was only possible before the effective date of the treaty but not afterwards. This is because this international treaty, affecting the fundamentals of

the Treaty of Lisbon qualified as an effective Act of Parliament which (as the Annexes constituted an integral part of the Treaty) have, in addition to the structural and institutional rules, normative and substantial elements. As a result, for the purposes of the review of constitutionality the Treaty of Lisbon still qualified as a law carrying substantial provisions in domestic law, and therefore the Constitutional Court had the power to review it after the effective date.³¹

The Constitutional Court analysed three key issues in its decision: (i) the issue of applying and interpreting the sources of EU law, (ii) the interpretation of the Constitution's Europe Clause (for the first time in the practice of the Constitutional Court) and (iii) the relationship between the objective of the European Union and the protection of fundamental rights in the Fundamental Rights Charter.

(i) It was established by the decision that the authentic interpretation of the founding and amending treaties, of the so-called secondary or delegated legislation, of regulations, directives and other legal acts of the European Union is within the competence of the European Court of Justice. Nevertheless, the Constitutional Court is allowed to refer to specific provisions of the founding and amending treaties of the European Union that relate to the case before the Constitutional Court without giving or requiring an independent interpretation of these provisions.

(ii) The Constitutional Court stated in connection with the interpretation of the Europe Clause that "Article 2/A of the Constitution includes, first and foremost, the constitutional authorisation creating a clear constitutional basis and framework for Hungary's membership of the European Union (legal literature usually refers to this as 'transfer of sovereignty' or 'transfer of powers'). This was adopted in the course of preparing Hungary for its accession in 2004. In Article 2/A(1), the phrase "by virtue of treaty" should be interpreted not only from the aspect of the so-called Treaty of Accession but it is actually a natural result of this phrase that, if the European Union further evolves and further powers included in the Constitution will be exercised together with the European Union or by the institutions of the European Union, it will be possible to transfer these powers in a constitutional manner, to the necessary extent and under a new international treaty. In this way, the legislative branch (by checking the government while the latter carries out the negotiations and during the ratification process) as the entity exercising national sovereignty may decide whether it can accept such a complex institutional reform on behalf of the Republic of Hungary. And Article 2/A(2) requires a two-thirds majority in Parliament as it is a cardinal issue."³²

the network of relationships between the European Union and its Member States, was *sui generis* in nature as (in contrast with other international treaties) after its effective date it affects Hungarian law in accordance with the autonomous environment of the legal regime of the EU. After the effective date, the treaty 'escapes' from the Act of Parliament that made it into domestic law and starts leading a life in domestic law that is independent from the Hungarian legislator." (ABH 2010, 711.)

³¹ ABH 2010, 701.

³² ABH 2010, 705.

(iii) Regarding the third issue, the Constitutional Court declared that participation is not a purpose in itself but it should promote human rights, welfare and security; the Government – in its role as a member of these organisations and during the adoption of possible reforms of the current structures and institutions – must negotiate and act with this end in view and Parliament must make a decision on the ratification of reform treaties with regard to this goal. The Treaty of Lisbon did not create a European Superstate: the Treaty of Lisbon was adopted and ratified by sovereign Member States that agreed to share a part of their sovereignty in the form of supranational cooperation. The Treaty of Lisbon does not change the European Union fundamentally; however, it introduces a few institutional reforms that will make the European Union stronger and its operation more efficient.

The decision points out that these goals are strongly related to the introduction of the so-called European Referendum or to the fact that the Charter of Fundamental Rights of the European Union has been elevated to the level of a treaty. However, the Treaty of Lisbon does not take away the independence of Hungary, it does not eliminate the rule of law and Hungary will continue in existence as a sovereign state.

Based on this reasoning, the petitions requesting the Constitutional Court to declare the Treaty of Lisbon unconstitutional were rejected by the Constitutional Court.

2.7. Integration of European Law

It is safe to claim that the law of the European Union has been integrated into Hungary's constitutional system without much difficulty. The earlier fears over lowering the level of protection for fundamental rights proved to be wrong; what is more, the level of protection improved. There were cases in the practice of the Constitutional Court when the law of the European Union helped overcome constitutional issues.

In one of these cases the Constitutional Court examined the statutory conditions of eligibility for maternity allowance.³³ The constitutionality issue was that if the mother was a foreign citizen but the father was a Hungarian citizen, no maternity allowance was paid, but if the mother was a Hungarian and the father a foreign citizen, the mother was eligible for maternity allowance. The problem was solved with reference to the law of the European Union as (i) citizens of any Member State of the European Union and of other states that are parties to the Agreement on the European Economic Area and (ii) also persons who have the same legal status for the purposes of the right of free movement and stay as the citizens of states that are parties to the Agreement on the European Economic Area by virtue of an international treaty between the European Community and its Member States and a state that is not a party to the Agreement on the European Economic Area are all eligible for this allowance. This means that the mother of foreign nationality may also receive this allowance and this fact (partly) solved the constitutionality issue.

³³ S. Decision 123/2010 (VII. 8.) AB, ABH 2010, 625.

In another similar case³⁴ the Constitutional Court examined the possibility of unconstitutional omission of legislative duty in connection with the family reunification rules of the Act on the entry of third-country nationals.³⁵ According to the petitioner, the state is responsible for the omission because in the relevant regulations life-partners do not qualify as family members (only spouses), and this means that the rules of migration-related family reunification are discriminatory on the basis of sexual orientation against same-sex partners (as they cannot get married). First, the Constitutional Court declared that the regulation of same-sex domestic partnerships and migration policy (which affects the entry of third-country nationals and is partly based on EU law) are two different issues. The procedure of the Constitutional Court concerns the latter issue. The Constitutional Court was of the opinion that the domestic legislation does not discriminate against same-sex couples but instead its objective was to avoid the loosening up of migration regulations to the extent that facilitated procedure for reunification would apply to life-partners. This legislative policy is not arbitrary especially as there is no requirement under EU law to regulate the issue differently.³⁶

There was also the case in which the constitutionality issue was whether it was possible to appeal against the decision of a judge in suspending the procedure and turning to the Constitutional Court.³⁷ The same problem came up in connection with the possibility of appealing against a judge's decision of initiating a preliminary ruling procedure before the European Court of Justice. The European Court of Justice stated its opinion in the judgment of Case C-210/06; its findings became authoritative in deciding the constitutional issue in domestic law described above. The European Court of Justice interpreted Article 234 of the EC Treaty and found that the system of references for a preliminary ruling for uniform interpretation of Community law is based on a dialogue between one court and another (see section 91 of the Judgment) and each judge of the Member State has the right to initiate such proceedings. The autonomous jurisdiction of the court of first instance to make a reference to the Court would be called into question, if the appellate court could prevent the referring court from exercising the right to make a reference to the Court (section 95 of the Judgment).

The Constitutional Court used this as an analogy and stated that if the judge turns to the Constitutional Court and challenges the constitutionality of a law, it should be applied, no appeal should be allowed against the decision of referring the case to the Constitutional Court.

³⁴ Decision 68/E/2004 AB, ABK March 2011.

³⁵ Act II of 2007.

³⁶ Article 4(3) of Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification states in connection with unmarried partners that are bound to the sponsor by a registered partnership that the Member States have the right to decide if they treat such partners as spouses for the purposes of reunification. Therefore, when adopting migration regulations, the state is not bound by any rule under EU law according to which life-partners must be recognized as family members.

³⁷ S. Decision 35/2011 (V.6.) AB, ABK 2011.

3. Closing thoughts

As noted above, the Constitutional Court has not rejected the possibility of reviewing the constitutionality neither the primary nor the secondary (i.e. requiring transposition) sources of EU law; instead, it specified certain conditions (see for instance the Treaty of Lisbon case, the “sugar case” and the “firearm case”). The Constitutional Court is citing EU law and case-law more and more often and in a number of cases it is a “point of reference” for deciding certain issues (for instance, in the case related to the prohibition of advertising tobacco products in addition to those mentioned above³⁸). However, if the analysed problem is that Hungarian law contradicts a legal act of the European Union, the Constitutional Court consistently refuses to examine the case due to lack of competence. The first such decision was the one concerning the calculation of the period of on-call duty for doctors, however, the Constitutional Court also rejected petitions due to lack of competence when it was claimed that the termination of the employment of public servants and government officials³⁹ without explanation violated the Charter of Fundamental Rights of the European Union). It seems that the related powers and reference practice of the Constitutional Court are becoming more and more outlined.

The issues that have arisen so far show that the “fears” that EU law will lower the level of protection for fundamental rights in Hungary were unfounded. At this time it seems that the law of the European Union “weaves through” domestic law without serious concerns of constitutionality; what is more, in certain cases EU law can even be used to solve constitutionality problems.

³⁸ Decision 23/2010 (III. 4.) AB, ABH 2010, 101

³⁹ S. Decision 8/2011 (II. 8.) AB and Decision 29/2011 (IV. 7.) AB.

LA DIFESA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI
E LA SUA INFLUENZA SULLA POLITICA DI SICUREZZA
AZIONALE DELL'UNGHERIA E SULLE FORZE
ARMATE UNGHERESI

Lóránd UJHÁZI
Istituto Superiore dei Religiosi

1. Introduzione

Se la questione della sicurezza tradizionalmente si era sempre concentrata considerazione di forze armate minaccianti e di tutti i provvedimenti necessari a respingere tale minaccia, oggi il concetto di sicurezza è diventato un concetto complesso e composto da diversi fattori. Tanto che alcuni autori ed esperti della politica di sicurezza „arricchiscono” con elementi nuovi – anche dal punto di vista soggettivo – la lista dei fattori che possono avere influenza sulla sicurezza.¹ In generale possono essere considerati come elementi della sicurezza tutti i fattori che possono provocare incertezza, e che mettono in pericolo il nostro più stretto o più ampio spazio vitale, il sistema della nostra istituzione democratica oppure minacciano la totalità o una parte della nostra società, e ai quali i poteri politici in carica devono reagire con i mezzi della legislazione, del governo e della giurisdizione,² Tali fattori riguardano temi politici, economici, militari, ambientali e dei diritti umani.³

¹ Ne è buon esempio il volume: Ndulo MUNA (a cura di): *Security, Reconstruction and Reconciliation*. London, University College London Press, 2007, che nel trattare il tema della sicurezza analizza i più diversi fattori, quali l'AIDS, i soldati bambini, il traffico illegale delle armi, i diritti delle donne ecc.

² MATUS, János: A biztonság és a védelem problémái a változó nemzetközi rendszerben. [I problemi della sicurezza e della difesa nel sistema internazionale in trasformazione] *Hadtudomány*, 2005/15. 142–147. http://www.zmne.hu/kulso/mhtt/hadtudomany/2005/4/2005_4_24.html, [letöltve: 2011. október 25.]

³ FAPÁL, László: *Egységes előadásvázlatok – a ZMKA kétéves alapképzésében résztvevők számára*. [Schemi di lezioni per i partecipanti alla formazione biennale di base della ZMKA] Budapest, Zrínyi Miklós Katonai Akadémia, 1996. 76.

Con l'analisi dei quattro „documenti” si vuole presentare lo sviluppo del concetto di sicurezza e il suo effetto sul processo della legislazione ungherese e sulla prassi seguita nell'esercito. I quattro documenti sono i seguenti: lo *Statuto delle Nazioni Unite*, l'*Atto finale* di Helsinki, l'*Agenda per la pace* di Boutros-Ghali, e la *Deliberazione del parlamento della Repubblica Ungherese del 1998 sui principi della politica di difesa* (94/1998. (XII. 29.). Nella valutazione dei documenti ci si limita a menzionare i singoli fattori, e si sceglie come punto di vista principale la presenza e la salvaguardia dei diritti umani come fattori che influenzano la difesa. In modo particolare si analizza come si presentano questi principi nei segmenti particolari della legislazione che riguardano la politica della difesa, nonché il modo in cui sono stati applicati nella vita delle forze armate, sia dall'Esercito Popolare Ungherese sia dal suo successore legale, l'Esercito Ungherese.⁴

Si vuole dimostrare che tutti i fattori – economici, politici, energetici, ambientali ecc. – della politica di sicurezza sono valutabili soltanto dal punto di vista dei diritti umani. Si intende richiamare l'attenzione sul problema che proprio questo orizzonte principale, che può essere anche definito *l'a priori* dei principi della sicurezza, ha causato, per via delle diverse interpretazioni ideologiche, numerosi problemi nel campo dell'applicazione degli stessi principi della politica di sicurezza. La diversa interpretazione produce i suoi effetti persino dopo la fine del mondo bipolare, poiché essa influenza la legislazione e la prassi.⁵

Per questo motivo le difficoltà di interpretazione sorte con la precedente legislazione e la sua applicazione pratica possono essere utili per capire i conflitti in cui le tradizioni culturali e sociali generano diverse visioni dell'uomo e di conseguenza un punto di partenza diverso nel concetto dei diritti umani.

2. Lo Statuto delle Nazioni Unite⁶ sulla sicurezza e sui diritti umani

Dopo la seconda guerra mondiale sia nel campo internazionale che nel meccanismo giuridico dei singoli paesi si osserva un impegno per assicurare le basi giuridiche e concettuali dei diritti umani nella legislazione internazionale e nazionale.⁷

Lo Statuto dell'ONU si inserisce in questo grande processo del meccanismo giuridico. Lo Statuto è stato „approvato” il 26 giugno 1945 a San Francisco ed è entrato in vigore il 24 ottobre del 1945. Poiché l'ONU è ancora fino ad oggi „la più complessiva e globale istituzione internazionale della sicurezza”, l'importanza dello Statuto è indubitabile.⁸

⁴ Non si estende qui l'osservazione al dibattito nell'ambito della filosofia di diritto che si è svolto negli anni passati e in cui i diritti umani sono apparsi in un'interpretazione estremamente ampia.

⁵ Sul dibattito della filosofia di diritto che si è svolto negli anni passati e in cui i diritti umani sono apparsi in un'interpretazione estremamente ampia, non ci si allarga.

⁶ In italiano si trova http://www.admin.ch/ch/i/rs/0_120/index.html, [letöltve: 25. novembre. 2011.]

⁷ SÓLYOM, László: Az alkotmány emberi jogi generálklauzulájához vezető út. [Il percorso verso la clausola generale sui diritti umani nella Costituzione] *Iustum Aequum Salutare*, 2005/ 1. 27.

⁸ MATUS, János: A biztonság és a védelem problémái a változó nemzetközi rendszerben. op. cit. 143.

Tuttavia soltanto negli anni seguenti si cominciava a definire che cosa contenesse esattamente l'idea o il concetto dei diritti umani usati anche dallo Statuto dell'ONU. Nel 1948 l'Organizzazione delle Nazioni Unite, motivata dai principi pratici e politici, ha compilato la lista dei diritti umani: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, composta da 30 articoli. Ma la Dichiarazione non definisce la ragione della sua validità, cioè la fonte della natura umana.⁹ Quindi per le difficoltà dovuta all'interpretazione i diritti umani avevano un significato assolutamente diverso nel „blocco” socialista e nel mondo „occidentale”.

Lo Statuto come tutte le dichiarazioni dei diritti umani, comincia con un *preambolo*, che nomina gli autori dello Statuto – „noi, popoli delle Nazioni Unite” – e fa riferimento ai fini più importanti dell'organizzazione: difendere l'umanità dagli orrori delle guerre, salvaguardare i diritti umani, assicurare la dignità umana, l'uguaglianza delle nazioni, lo sviluppo economico e sociale, la pace e sempre più grande libertà. La più dettagliata presentazione di questi principi viene svolta nei seguenti capitoli del documento.

L'introduzione dello Statuto rispetto all'intero documento è abbastanza breve,¹⁰ ma ha la sua importanza, perché si è ritenuto importante mettere insieme anche qui i „valori” che sono accettati universalmente dalle varie nazioni, e per la cui difesa esse si erano unite.

La difesa dei diritti umani viene presentata nel primo capitolo (I. 1-2. articoli). Dato che il mantenimento della pace per l'ONU ha una priorità principale, l'uso delle forze armate anche per la tutela dei diritti umani può essere soltanto l'*ultima ratio*, cioè l'ultimo tra i mezzi coattivi.

Tra i vari uffici dell'organizzazione si deve rilevare il Consiglio di Sicurezza, che ha un'ampia competenza. La sua attività deve essere armonizzata con i fini dell'ONU quindi con la difesa dei diritti umani.

L'Ungheria è stata due volte membro del Consiglio di Sicurezza (1968/69; 1992/93). Nel 1968 a causa degli eventi di Praga i rappresentanti del paese avrebbero avuto modo di dichiararsi sul rispetto e sulla difesa dei diritti umani, ma poiché non si può parlare di una posizione neutra dell'Ungheria fino alla fine dei due blocchi militari, per quanto riguarda la valutazione degli interventi militari dal punto di vista dei diritti umani questa seguiva l'ideologia socialista.¹¹

⁹ FRIVALDSZKY, János: *Természetejog és emberi jogok*. [Diritto naturale e diritti umani] Budapest, PPKE JÁK, 2010. 9–10.

¹⁰ I singoli capitoli dello Statuto provvedono a questioni molto diverse. Si capisce che i singoli temi e le norme che regolano i diversi organi dell'ONU sono stati regolati fuori dello Statuto.

¹¹ BÉKÉS, Csaba: Kádár János és a prágai tavasz. [János Kádár e la primavera di Praga] *Beszélő*, 2008/13. 7–8.

3. L'influenza dello Statuto delle Nazioni Unite sulla politica di sicurezza e sull'esercito popolare ungherese

Dopo la promulgazione dello Statuto dell'ONU i membri dell'organizzazione sentirono il bisogno morale di esprimere i principi dello Statuto nelle rispettive strutture giuridiche nazionali e nei rispettivi patti internazionali, bilaterali o multilaterali, con o senza riferimento concreto allo Statuto.

La costituzione della Repubblica Popolare Ungherese (legge XX. dell'anno 1949) indicava come compito principale dello Stato „la difesa della libertà del popolo dei lavoratori ungheresi e dell'indipendenza del paese.” Conforme allo Statuto delle Nazioni Unite, la costituzione mette l'accento sulla difesa della patria – dell'integrità territoriale, controllo dello spazio aereo ecc.- con lo scopo di ribattere l'aggressione e non con l'obiettivo di un'attività militare offensiva.

Allo stesso tempo i principi fondamentali – la difesa dei diritti umani – concepiti nello Statuto dell'ONU sono stati confermati soltanto teoreticamente. Infatti subito dopo la fine della guerra, l'interpretazione degli stessi diritti umani si manifestava nel blocco socialista in un senso „particolare”. I rappresentanti dei paesi comunisti insistevano nel sottolineare che l'interpretazione dei diritti umani dell'America e dei paesi occidentali d'Europa fosse veramente una spiegazione estrema „di tipo occidentale” e un'interpretazione capitalista. Per questo anche dopo la promulgazione dello Statuto furono i problemi dell'interpretazione e non la loro applicazione a creare la vera difficoltà per l'assemblea dell'organizzazione internazionale.

L'interpretazione ideologica dei principi – dei diritti umani, della pace, della libertà, ecc.– dello Statuto dell'ONU ha segnato la strada alla Repubblica Popolare Ungherese nel campo della politica militare, della diplomazia e delle alleanze. I partner strategici della Repubblica Popolare Ungherese potevano essere soltanto i paesi che interpretavano nella stessa maniera lo Statuto dell'ONU ed i diritti umani. Non si poteva creare una relazione strategica politica e militare nel caso in cui i membri dell'alleanza non intendevano allo stesso modo i principi del documento a cui si riferivano. Anche il Patto di Varsavia, fondato il 14 maggio 1955, era un esempio lampante dell'alleanza politica-militare dell'Europa centro-orientale formata secondo i principi socialisti.¹² In seguito i paesi aderenti al Patto di Varsavia si sono impegnati anche nei patti bilaterali per salvaguardare la pace, la classe operaia e il socialismo.

L'impegno ideologico della Repubblica Popolare Ungherese è dimostrato dal patto di „cooperazione” e di „amicizia” con la Repubblica Popolare di Cina, firmato il 6 maggio 1959 a Pechino. Le parti contraenti espressero la volontà „di rafforzare la pace mondiale e di fare tutto il possibile per tutelare la sicurezza dei popoli dell'Europa e dell'Asia”, e tutto questo sarebbe successo „secondo lo Statuto dell'ONU” (I. articolo). La Cina non si trova nella zona centro-orientale dell'Europa, l'area che ha

¹² JAKUS, János: A VSZ gyakorlatainak jellemző vonásai a feltételezett délnyugati hadszíntéren. [I tratti caratteristici delle esercitazioni del VSZ nel presunto teatro di guerra sud-occidentale] *Hadtudomány*, 2005/15. http://www.zmne.hu/kulso/mhht/hadtudomany/2005/3/2005_3_9.html, [letöltve: 2010. október 25.]

l'importanza per l'Ungheria dal punto di vista geostrategico, ma era evidente che tutti e due i paesi socialisti interpretavano allo stesso modo la „difesa della pace e dei diritti umani”.

L'impegno ideologico della Repubblica Popolare Ungherese nella diplomazia internazionale e nella politica militare ha avuto due effetti importanti nella prassi. Il primo è che i paesi socialisti introducevano esercitazioni e operazioni militari comuni tra le varie forze armate.¹³ Il secondo è che nella struttura e nell'istruzione militare dell'esercito popolare ungherese doveva apparire la duplicità che derivava dall'accettazione teoretica della finalità dello Statuto dell' ONU e dalla particolare interpretazione socialista. E si deve qui ricordare anche la formazione ideologica applicata nell'esercito popolare ungherese e la selezione che ne seguiva.¹⁴

La trasmissione dell'impegno ideologico e dell'interpretazione socialista dei diritti umani non ebbe un successo omogeneo all'interno delle forze armate. La Sezione della Difesa di Stato (ÁVO) che poi è diventata l'Autorità della Difesa di Stato (ÁVH) era composta da coloro che condividevano totalmente l'interpretazione socialista particolare dei „diritti umani”, mentre ciò non era altrettanto vero per i membri dell'Esercito Popolare Ungherese. Proprio questa diversità dentro le forze armate rendeva difficile la possibilità pratica della cooperazione e di conseguenza la realizzazione dei principi strategici ungheresi.¹⁵ Ne vediamo un esempio lampante nei giorni della Rivoluzione del 1956, quando le forze armate ungheresi non sostennero in ugual misura la difesa delle idee socialiste. Per questo più tardi i membri dell'Esercito Popolare Ungherese ebbero una formazione ideologica più rigorosa e dovettero fare una dichiarazione di fedeltà a favore del governo dei „lavoratori e contadini”.¹⁶

Inoltre, come accadde nei paesi socialisti confinanti, anche in Ungheria si organizzò una forza militare „temporanea” fedele al socialismo, la cosiddetta milizia operaia che doveva sussistere „finché non si riuscirà a purificare l'esercito dagli elementi controrivoluzionari”.¹⁷ La creazione di questa forza „paramilitare” difficilmente

¹³ Dagli anni '50, sotto una dirigenza sovietica, si era svolta una collaborazione attiva fra servizi segreti militari dei paesi-membri del Patto di Varsavia. MAGYAR, Balázs: A Magyar katonai hírszerzés tevékenységének fő irányai és jellemzői a varsói szerződés időszakában. [Linee guida e caratteristiche principali dell'attività del Servizio Segreto Militare ungherese nel periodo del Patto di Varsavia] *Hadtudományi Szemle*, 2008/1. 20.

¹⁴ KIS, András: *A magyar honvédség újjá-szervezése*. [La ri-organizzazione dell'esercito ungherese] Budapest, Zrínyi Kiadó, 1995. 119–120. Ossia nel nome della „democratizzazione” parallelamente al rafforzamento graduale del partito comunista venivano licenziati gli ufficiali che non corrispondevano all'ideologia del regime. JAKUS, János: Haderőépítés és/vagy átalakítás 1945-től 1956-ig. [Costruzione e/o trasformazione delle forze armate] *Szakmai Szemle*, 2006/2. 8–11.

¹⁵ Si riferisce a questa disuguaglianza anche JAKUS, János: A magyar biztonsági szolgálatok szerepe az országvédelmi rendszerben az '50-es évek elején. [Il ruolo dei servizi di sicurezza ungheresi nell'ambito del sistema di difesa nazionale all'inizio degli anni '50] *Szakmai Szemle*, 2007/3. 5–6.

¹⁶ BALLÓ, István: A Magyar Néphadsereg Helyzete és főbb szervezeti változásai 1956 novembere és 1961 december között. http://mht.eu/hadtudomany/2011_e_4.pdf, [letöltve:2011. október 26.]

¹⁷ GERMUSKA, Pál – MURÁNYI, Gábor: Látható légió.[Legione visibile] *Heti Világ Gazdaság*, 2001. II. 3. 73–77.

poteva essere concordata con lo sforzo dell'ONU, che non sosteneva la creazione di forze paramilitari simili fondate su una base ideologica. Il motivo era dettato proprio dal fatto che fra le due guerre erano state create numerose milizie di ogni tipo, che molte volte avevano rappresentato una forza significativa contro l'esercito legittimo o parecchie volte non avevano rispettato proprio quei diritti umani per la cui difesa secondo lo Statuto dell'ONU è consentito l'uso della forza militare.¹⁸

Riassumendo si può dire che lo Statuto dell'ONU veniva realizzato nella politica difensiva ungherese e nella vita dell'Esercito Popolare Ungherese per quanto fu permesso dall'ideologia socialista e dal suo interprete: l'Unione Sovietica. Dall'esecuzione dello Statuto sarebbe conseguito i contraenti partissero dalla stessa visione dell'uomo. Ma negli anni dopo la seconda Guerra Mondiale, non solo si era diversificata la visione dell'uomo evolutasi nelle diverse culture nel corso della storia, ma era cambiata anche quella che precedentemente era stata significativa per la cultura europea ed aveva avuto un'influenza importante sulla politica e quindi sulla legislazione.¹⁹ Per questo motivo il regolamento della funzione delle forze militari e dei principi della politica della difesa nei paesi socialisti seguiva una via diversa.²⁰

4. L'Atto finale di Helsinki.

L'Atto finale di Helsinki è un documento firmato il 1 agosto 1975 dai paesi partecipanti alla Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa (CSCE). Il documento degli impegni politici è stato firmato da 35 paesi, fra cui l'Ungheria.

Dal punto di vista strutturale il documento è composto da tre grandi unità e la terza è diventata nota per eccellenza con il nome dei "Diritti umani".

L'atto finale quanto ai suoi obiettivi si attiene in gran parte allo Statuto dell'ONU.²¹ A causa delle difficoltà di interpretazione nel campo dei diritti umani si tenta però di formulare una definizione più precisa.

Il documento interpreta il concetto della sicurezza in modo complesso non concentrandosi solo sugli aspetti militari, benché avesse stabilito le aree d'influenza della guerra fredda, ma al fine di evitare la terza guerra mondiale, motivo per cui i blocchi di potere avevano promesso di rispettare il disarmo, la pacifica convivenza e i diritti umani. Quest'ultima non è sempre riuscito ai paesi socialisti.²²

¹⁸ GERMUSKA–MURÁNYI op. cit. 74.

¹⁹ Zenon GROCHOLEWSKI: La legge naturale nella dottrina della Chiesa. *Ius Ecclesiae*, 2008/20. 32–33.

²⁰ Nadja EL BEHERI: Az emberi jogok megjelenése az ókori gondolkodásban. [La comparsa dei diritti umani del pensiero dell'antichità] In: OROSZ, Lóránt (a cura di): *Emberi jogok a Katolikus Egyház életében és jogában*. Budapest, L'Harmattan, 2010. 43–44.

²¹ GYARMATI, István – NAGY, Zoltán: Az Európai Biztonsági és Együttműködési Szervezet. [L'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa] In: INOTAI, ANDRÁS (a cura di.): *Európai politikai évkönyv 1995–1996*. [Annuario politico europeo 1995–1996] Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, Társadalmi Konfliktusok Kutatóközpontja, 1996. 299–301.

²² Helsinki Final Act, CSCE/OSCE. In: Marco RIMANELLI (a cura di): *The A to Z of NATO and Other International Security Organisation*. The Scarecrow Press, Lanham, Toronto – Plymouth, 2009. 131–133., 465; Francis M. DENG: The Guiding Principles on Internal Displacement and the development of

4. L'influenza dell'Atto finale sulla sicurezza ungherese e sulla vita delle forze armate ungheresi.

È opinione generalmente condivisa che il grande merito dell'evento di Helsinki fu che i singoli paesi vi parteciparono come paesi sovrani, non come membri delle alleanze militari. D'altra parte per i paesi dell'Est era importantissimo il riconoscimento del „rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, inclusa la libertà di pensiero, coscienza, religione o credo”.²³

Vale la pena però di analizzare l'intervento di János Kádár alla seduta conclusiva della CSCE. Kádár nel suo discorso sostiene la soluzione pacifica dei conflitti militari, l'eliminazione della nuova guerra mondiale, il non ricorso alla minaccia o all'uso della forza. D'altro canto diventa chiaro dal suo intervento che la Repubblica Popolare Ungherese vuole realizzare la sua politica di sicurezza e applicare l'Atto finale in pieno accordo con l'Unione Sovietica. Nel discorso di Kádár la difesa dei diritti umani non è dunque presente direttamente, ma solo indirettamente.²⁴ Quindi l'interpretazione e il giudizio dei diritti umani come fattori della sicurezza non subirono cambiamenti.

Negli anni Settanta era la cosiddetta „dottrina Breznev” a definire i principi della politica di sicurezza della Repubblica Popolare Ungherese e del suo eventuale intervento militare. Si trattava di un principio della politica estera dell'Unione Sovietica che si poneva come obiettivo di tenere insieme – anche con l'uso della forza militare – il sistema dell'alleanza sovietica. Di conseguenza era difficilmente riconciliabile con il principio dell'eliminazione degli interventi militari, con il rispetto dei diritti umani, soprattutto se si pensa a quegli eventi – la Primavera di Praga nel 1968 o l'intervento militare in Afghanistan nel 1979 - che erano giustificati proprio dalla dottrina Breznev. L'intervento in Afghanistan avvenne dopo l'approvazione dell'Atto finale di Helsinki e sotto il controllo del cosiddetto „Helsinki Watch”, che osservava come venivano applicati i diritti umani nei paesi firmatari dell'Atto.

Per quanto riguarda l'Esercito Popolare Ungherese, nel 1979 venne stata promulgata la legge sulla difesa della patria, che dimostra la stessa ambiguità. Prima si riferisce alla difesa della patria come l'impegno e l'obiettivo principali dell'Esercito popolare. La legge dispone „ della preparazione sistematica della popolazione, delle autorità, del territorio e dell'economia del paese, nel caso di necessità anche con la mobilitazione totale(2.§).” Si considera come compito principale della difesa della patria „ la tutela e la salvaguardia del territorio, della sovranità, dell'ordine sociale, economico e dello stato socialista, inoltre della vita pacifica della Repubblica

international norms. In: Thomas J. BIERSTERKER – Peter SPIRO – Chandra SIRAM – Veronica RAFFO (a cura di): *International Law, and International Relations*. London–New York, Routledge, 2007. 147.

²³ TÓTH, Gergely: Az önvédelem értelmezése a biztonságpolitikában és a nemzetközi jogban, a fogalom evolúciója. [L'interpretazione dell'autodifesa nella politica di sicurezza e nel diritto internazionale. Evoluzione di un concetto] *Honvédségi Szemle*, 2011/65. 8.

²⁴ KÁDÁR, János: *Béke függetlenség, honvédelem - beszédek és cikkek*. [Pace, indipendenza, difesa. Discorsi e articoli] Budapest, Zrínyi Katonai Kiadó, 1985. 193–199.

Popolare Ungherese contro un intervento militare straniero (16. §/2/a).” In conformità agli impegni internazionali la legge evita ogni espressione da cui si potrebbe dedurre un’intenzione aggressiva della Repubblica Popolare Ungherese. Nello stesso tempo però la legge concepisce la sicurezza dell’Ungheria in linea con i paesi del Patto di Varsavia, avendo riguardo agli interessi comuni. Non vi è alcuna menzione del fatto che i diritti umani avessero qualsivoglia importanza nel campo della sicurezza ossia che questi principi dovessero essere presenti nella formazione dei sottufficiali, degli ufficiali e nell’ideologia dell’ Esercito Popolare Ungherese. Il criterio principale nell’istruzione militare è il mantenimento costante dell’allarme di guerra dell’esercito²⁵, che è fondato sulla possibilità (eventualità) di un conflitto militare con le forze della Nato²⁶.

Riassumendo si può dire che la firma dell’Atto di Helsinki che János Kádár appose in nome della Repubblica Popolare ebbe un’importanza diplomatica e teoretica, fatto che avrebbe dovuto impegnare la politica di sicurezza dell’Ungheria per la pace e per la difesa dei diritti umani. Benché all’orizzonte della legislazione appaiano certe idee, il paese continua a procedere sulla strada segnata dall’ideologia socialista proveniente dall’Unione Sovietica. Si accorda alquanto bene anche all’Ungheria l’osservazione sull’Atto di Helsinki di alcuni esperti del diritto internazionale, secondo cui l’approvazione formale dei diritti umani da parte di un paese non vuol dire necessariamente che quel paese abbia notevolmente cambiato il suo comportamento in questo campo²⁷.

5. Il discorso di Boutros-Ghali sulla pace e la sua influenza sulla politica di sicurezza ungherese, con particolare riferimento alla delibera parlamentare sulla sicurezza e sulla politica di sicurezza, approvata dal Parlamento ungherese (94/1998.(XII. 29)).

Buotros–Ghali é stato eletto quale sesto segretario generale dell’ONU il 1 gennaio del 1992. Poco dopo la sua elezione, il 31 gennaio del 1992, alla conclusione della prima riunione del Consiglio di Sicurezza tenuta a livello di capi di stato e di governo, fu stato invitato a preparare una analisi delle raccomandazioni sulle modalità per rafforzare e rendere più efficiente la capacità dell’ONU nel quadro e nelle disposizioni dello Statuto, nel campo della diplomazia preventiva, della pacificazione e del mantenimento della pace. Il motivo di questo invito *Buotros-Ghali* lo riassume così nella sua Agenda per la Pace (*An Agenda for Peace*): „I decenni di antagonismo della guerra fredda hanno reso impossibile il conseguimento della promessa originaria

²⁵ KIS, András – MUCS, Sándor – KOVÁCS, Jenő: A Magyar Néphadsereg fejlődésének fő vonásai (1959–1985). A harcászultség korszerűsítése. [I tratti principali dell’Esercito Popolare Ungherese, 1959–1985. L’ammodernamento dello stato di preparazione al conflitto] In: LIPTAI, Ervin (a cura di): ??? Budapest, Zrínyi Katonai Kiadó, Vol. 2. 1985. 572.

²⁶ Ibid.

²⁷ DENG op. cit. 146. Vedi ancora: William KOREY: *The Promises We Keep: Human Rights, the Helsinki Process, and American Foreign Policy*. New York, St. Martin’s Press, 1993.

dell'Organizzazione." Anzi, proprio per il veto dei membri del Consiglio di Sicurezza non si potevano realizzare gli obiettivi indicati dallo Statuto dell'ONU.

L'Agenda per la Pace considera il concetto della sicurezza ancora composto da fattori complessi. Però nello stesso tempo arriva ad una conclusione importante: la difesa dei diritti umani non è solo un elemento dei fattori della sicurezza, ma un fattore connesso con ogni conflitto e guerra. Semmai, per minimizzare i fattori pericolosi per la sicurezza, la garanzia dei diritti umani è una condizione fondamentale.

Dopo il cambiamento del sistema politico, nella legislazione ungherese gli aspetti dei diritti umani vennero affermati in modo più accentuato. Le circostanze che prima avevano determinato la sicurezza del paese erano cambiate ed era importante che l'Occidente sentisse il nuovo impegno di principio dell'Ungheria²⁸. Alcune delle questioni di sicurezza – i diritti umani, il rispetto della vita umana, la dignità umana, la questione dei profughi – dovevano essere poste in un nuovo orizzonte interpretativo²⁹. Le dichiarazioni ungheresi nell'espressione dei concetti basilari della politica di sicurezza e di difesa, adempiono quasi completamente le aspettative internazionali. Un anno dopo l'Agenda per la Pace di Boutros-Ghali furono approvati dal Parlamento della Repubblica Ungherese i decreti dei principi di base sulla politica di sicurezza (11/1993. (III. 12.) e sulla difesa nazionale (27/1993(IV.23.)). Questi documenti riassumono il sistema complesso della sicurezza e richiamano l'attenzione ai problemi particolari dei diritti umani in quest'area dell'Europa, che sono in parte conseguenza dell'eredità psicologica delle dittature e dell'arretratezza economica: tali sono le tensioni tra le diverse nazioni, etnie e religioni³⁰. Per diminuire tali tensioni si devono usare le tecniche della diplomazia preventiva, del mantenimento della pace e delle missioni di pace che superano i confini di stato. L'Agenda per la pace di Boutros-Ghali, il suo concetto di diplomazia preventiva, per quanto riguarda la difesa dei diritti umani aveva trovato un'approvazione quasi indiscussa in Ungheria, soprattutto per i cambiamenti socio-economici, per il bene ovvio del paese come anche per il suo serio impegno ideologico.

La lista „delle sfide nuove minaccianti alla sicurezza” fu recepita dalla legislazione ungherese secondo quanto già concepito dalle organizzazioni internazionali³¹. Quindi la vera e propria sfida sarebbe stata l'attualizzazione e la messa in atto, non la codificazione. Certi autori osservano giustamente che „nella nostra epoca l'accento si è spostato dalla sicurezza degli stati alla sicurezza degli individui.” Vale a dire che

²⁸ NAGY, László: *Gondolatok a nemzeti stratégiákról*. [Riflessioni sulle strategie nazionali] *Hadtudomány*, 1998/8. <http://www.zmne.hu/kulso/mhtt/hadtudomany/1998/ht-1998-3-1.html>. [letöltve: 2010. október 25.]

²⁹ RESPERGER, István: *A fegyveres erők megváltozott feladatai a katonai jellegű, fegyveres válságok kezelése során*. [Come sono mutati i compiti delle forze armate nella gestione delle crisi armate e a carattere militare (Tesi di dottorato)] Budapest, 2001. 197.

³⁰ FAPÁL op. cit. 77.

³¹ BOTZ, László: *Hazánk biztonsági rendszerének helyzete és felkészültsége a várható fenyegetések elhárítása*. [La situazione e lo stato di allarme del sistema della sicurezza del paese e lo stato di preparazione] *Felderítő Szemle*, 2007/ 6. 21.

„la povertà, la carestia e la repressione sono non solamente questioni di sicurezza, ma nello stesso tempo fonti e conseguenze dei conflitti”³². L'Esercito Ungherese da solo non è sufficiente a sovrastare questi conflitti – e ciò riguarda ormai la prassi. L'assicurazione e la difesa dei diritti umani prevedono una struttura complessa di istituzioni e di legislazione, delle quali solo una parte può essere compito dell'Esercito.

L'Ungheria nel 1999 si è unita alla NATO. Prima dell'adesione la legislazione ungherese si era premurata di prendere in considerazione i risultati dell'adesione euro-atlantica e di fare una dichiarazione sulla politica di sicurezza e di difesa „compatibile con la NATO”. Con questo la Repubblica Ungherese voleva corrispondere all'aspettativa generale e fondata che i paesi membri della NATO agiscano in un ambito politico e strategico uniforme³³.

L'adesione al Patto Atlantico ha dato l'attualità della nuova deliberazione del 28 dicembre 1998 sulla politica di sicurezza e di difesa 94/1998 (XII. 29.). La deliberazione del Parlamento ha formulato i concetti basilari sulla politica di sicurezza e di difesa della Repubblica Ungherese. Anche la deliberazione prende lo spunto da una concezione ampia della sicurezza. I diritti umani vi sono presenti come uno dei fattori decisivi per la sicurezza. Tuttavia nella deliberazione parlamentare non emerge così decisamente come nelle dichiarazioni internazionali, che il fattore più importante per la sicurezza sarebbe quello dei diritti umani o che i diritti umani non possono essere superati dai fattori economici e finanziari.

La posizione della Repubblica Ungherese nell'area euro-atlantica si è rafforzata, quindi l'Ungheria può scendere in campo per la difesa dei diritti umani con maggiore vigore. È una questione di primaria importanza per quanto riguarda la posizione geostrategica e l'eredità storica dell'Ungheria, che infatti in questo modo può, in teoria, difendere meglio i diritti delle minoranze ungheresi nei paesi limitrofi³⁴. Nello stesso tempo conseguenza dell'adesione è che l'Ungheria deve partecipare in modo più attivo alle operazioni comuni che si svolgono in diverse parti del mondo per la difesa dei diritti umani. Per queste operazioni c'è bisogno di una forza militare che accanto alla difesa della sovranità del paese sia capace di portare avanti missioni di pace.³⁵

Ricapitolando si può dire che la deliberazione parlamentare /94/1998/ sui principi della politica di difesa e di sicurezza della Repubblica Ungherese si inserisce nel processo della legislazione democratica svoltosi dopo il cambiamento del sistema politico, mentre cerca anche di corrispondere alle aspettative internazionali, soprattutto ai nuovi impegni derivanti dall'adesione alla NATO. Malgrado nel campo

³² Ibid. 21.

³³ *NATO kézikönyv*. Budapest, HM Stratégiai Védelmi Kutató Hivatal és a NATO Információs és Sajtóiroda, 1997. 60–61.

³⁴ CSORBA, József: *Az EU és a NATO Együttműködése*. [Collaborazione tra UE e NATO] http://www.gondola.hu/cikkek/70722-Magyarország_a_NATO_az_EU_-_es_az_egyuttmukodes_terepei.html.

³⁵ MAGYAR HONVÉDSÉG ÖSSZHADERŐNEMI PARANCSNOKSÁG (COMANDO DELLE FORZE ARMATE UNGHERESI). *Missziós Alapsmeretek kézikönyv*. [Istruzioni per le missioni all'estero] 2010.

internazionale della legislazione l'elemento dei diritti umani sia diventato sempre più centrale nella valutazione degli altri segmenti della sicurezza, ciò non si rileva in modo diretto nella deliberazione parlamentare ungherese. Quanto alla difesa dei diritti umani, si tratta di un compito talmente complesso, che l'Esercito Ungherese ne può svolgere soltanto un segmento.

6. Sintesi

Negli anni seguenti della seconda Guerra mondiale si era avviato un ampio processo internazionale della legislazione. Aveva avuto come obiettivo la formulazione per i diversi paesi di quei „valori” comuni che potevano funzionare come anelli di collegamento, indipendentemente dalle tradizioni culturali e dagli impegni politici dei rispettivi paesi. Si inserisce in questo processo lo Statuto delle Nazioni Unite, il cui principale obiettivo era il mantenimento della pace mondiale e la difesa dei diritti umani. Durante la guerra fredda tuttavia, i diritti umani che dovevano essere gli anelli di collegamento sono entrati in un orizzonte di interpretazioni tanto diverse, che proprio i punti che si voleva fossero comuni sono diventati gli elementi divisorii. Per questo nella vita della Repubblica Popolare Ungherese - oltre ad alcuni riferimenti giuridici - i diritti umani

come fattori della politica di difesa non si sono affermati in modo decisivo. Al contrario, nel campo della diplomazia e della strategia militare, questa teoria „filosofica” ha messo l'Ungheria e l'Esercito Popolare Ungherese su una strada di alleanze forzate.

Inoltre non si deve interpretare l'Atto di Helsinki, uno dei documenti determinanti degli anni Settanta, gli anni della cosiddetta distensione, come l'inaugurazione di una nuova epoca. Sebbene ottenesse risultati diplomatici positivi - la coesistenza pacifica, il disarmo delle armi nucleari -, non ha provocato un cambiamento decisivo nel riconoscimento e nella difesa dei diritti umani nella vita del blocco socialista e quindi nemmeno nella vita della Repubblica Popolare Ungherese. Ciò è dimostrato dal discorso di János Kádár a Helsinki e anche dalla legge sull'Esercito Popolare (1976/1).

Soltanto negli anni Novanta, dopo il cambiamento del sistema politico è cambiata la concezione dei diritti umani e della loro influenza sulla sicurezza. In conseguenza dei cambiamenti politico-economici, e della nuova situazione della difesa del paese, la legislazione ungherese è stata costretta a prendere in considerazione i concetti internazionali esistenti della sicurezza - fra questi *l'Agenda di Boutros-Ghali*. In questo modo nelle regolamentazioni ungheresi che si riferiscono alla strategia di sicurezza del paese e alla strategia militare, la sicurezza appare come un fattore complesso, in cui è presente anche l'elemento dei diritti umani. Nello stesso tempo - elemento che non sempre emerge, neanche dalla deliberazione parlamentare sulla politica di difesa e di sicurezza della Repubblica Ungherese /94/1998. (XII. 29.) - i diritti umani non sono solo uno dei tanti elementi della politica di difesa e dei fattori di sicurezza, ma l'elemento la cui inosservanza è fonte e conseguenza di ogni conflitto. A causa della complessità dei fattori diversi insiti nei diritti umani, l'Esercito Ungherese è inadatto ad assumere da solo la loro difesa, e può compiere

il suo impegno soltanto collegandosi ad altri istituti legislativi ed dell'apparato esecutivo, sia in Ungheria sia in diverse operazioni all'estero.

7. Conclusioni

La difesa dei diritti umani, così come confermato dalle diverse dichiarazioni internazionali ed ungheresi, ha una sempre maggiore importanza nel campo della sicurezza e della sua definizione.

Allo stesso tempo è risultato vano stilare l'elenco tassativo dei diritti umani già nel 1948, poiché dei diritti umani non veniva definita la sostanza/il perché/l'origine. Finché i grandi blocchi militari ed economici partivano da visioni completamente diverse dell'uomo e dei diritti ad esse inerenti, non si poteva davvero parlare della difesa di quei diritti, della loro presenza nelle teorie delle forze militari e della loro applicazione pratica.

Le tensioni del passato, nate dalle difficoltà d'interpretazione, così come le situazioni di crisi che avrebbero potuto sboccare in conflitti militari possono offrire anche per il futuro un punto di partenza per comprendere come nella gestione dei conflitti di oggi – Iraq, Afganistan – si debba porre maggiore accento sul chiarimento dei principi filosofici.

PURCHASE AND SALE FROM PRIVATE-TO-PRIVATE

Viola HEUTGER
The Hague University

1. Introduction

In the last years different approaches of regulating European Sales Law have seen the light. The European Commission launched Directives on Consumer Sales, unfair contract terms and distance selling.¹ Recently a new Directive on consumer rights has been published and additionally, a proposal for a regulation on European Sales Law has been launched. Furthermore, national legislators revised their law of obligations and especially, their sales law. Furthermore, in some Eastern European Countries even complete new codes, including sales law, have realised the situation and in some cases are even in a final drafting stage. Next to these official approaches academics have been working on soft law proposals. For example, the team working on sales law of the Study Group on a European Civil Code² elaborated a set of principles for pan European use.³ Furthermore, initiated by the European Commission a Joint Network on European Private Law⁴ elaborated and published a draft proposal for the European common frame of reference.⁵ This draft proposal included a modified version of the Principles of European Law of Sales. In 2011 a committee of experts came up with a principles-based approach on European contract law, based on the draft common frame of reference and including sales contracts.⁶ Based on the works carried out

¹ Directives 1999/44/EC, 1993/13/EC and 1997/7/EC.

² www.sgecc.net.

³ HONDIUS–HEUTGER–JELOSCHKEK–SIVESAND–WIEWIORSKA: *Principles on European Law of Sales*. Sellier Law Publishers, Munich, 2008. 485.

⁴ S. www.copecl.org.

⁵ The draft is available on-line at http://www.law-net.eu/en_index.html and http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

⁶ Commission Decision of 26 April 2010 setting up the Expert Group on a Common Frame of Reference in the area of European contract law (2010/233/EU). A list of members of the expert group is published under <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/595&format=HTML&aged=>

by the expert group the Commission elaborated a new regulation for businesses and consumers⁷ as an opt-in instrument regulating sales transactions. Some policy decisions taken in the regulation are based on the reactions received on the green paper on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses.⁸ As a model the expert draft has been followed, however, topics have been rearranged and structured differently in the proposed regulation. An economic assessment had shown the enormous impact of small and medium sized entities on cross border trade. Therefore, the regulation introduced a new category of parties: the small and medium sized entities. The impact on economy by small and medium sized entities seems to be more important to the single market than the impact of the rather high number of users of websites for selling and purchasing goods on the Internet. So far, none of the European policy papers have taken into account the constellation of one private person selling or buying from another private person, as we find it e.g. in standard eBay transactions.

When drafting a European Sales Law as well as at an academic level or by the Commission the various approaches took all the *acquis communautaire* into account on consumer sales as well as the international rules of the International Convention of the Sales of Goods, CISG. The chosen models, however, do not cover all kinds of transacting parties.⁹ Most scenarios cover only the relation between business and business or business and consumers. However, there are far more constellations possible. Five different sets of parties in a sale of goods can be identified:

1st The business to business relation. The CISG is a prominent model for regulating this setting. The new regulation offers a new constellation in the area of commercial law: a medium size entity versus a key player on the market. The constellation is so far only known in theory; therefore, I will not focus on this constellation. The 2nd constellation is the business to consumer relation, as we know it from the Directive 1999/44/EC on consumer sales. Here the consumer is defined by its counterpart, the professional. Since the Directive 1999/44/EC states that the consumer has some more rights than before, the burden of proof is in favour of the consumer in the first six months, the legal remedies are prioritised and any given guarantee must offer more than the legal rights. So far, the 3rd constellation of a consumer selling goods back to a professional is not regulated on European Level and the regulation is left over to the national legislator. Nearly no rules can be found on the 4th quite common setting of a non-professional selling or buying from another non-professional. This daily life transaction, with a steadily growing number of participants, is quite unregulated and it is left over to national law and rules on International private law to solve the growing number of cases. Recently, in autumn 2011, in the proposed regulation the

0&language=EN&guiLanguage=en .

⁷ Brussels, 11.10.2011, COM(2011) 635 final.

⁸ COM (2010) 348/3.

⁹ The group consisted out of researchers from all over Europe. The long term participants have been: Ewoud Hondius (The Netherlands), Viola Heutger (Germany), Christoph Jeloscsek (Austria), Hanna Sivesand (Sweden) and Aneta Wiewiorowska (Poland).

Commission introduced a new category of parties: big business versus small and medium sized entities. I am quite doubtful whether this artificial differentiation will have a chance to become an accepted new category in regulating daily transactions. It is quite hard to imagine that SMEs voluntarily label themselves as small or medium. This new category is still in the drafting stage and has not been acknowledged so far. Therefore, I do not want to focus on this setting here. More importantly, seeing the growing numbers of daily transactions between these parties are the two private human beings, who are selling or buying goods on the World Wide Web.

Most national legislators, on a European as well as on a national level, do not have this group in mind. Furthermore, non-professionals dealing on the Internet and not face-to-face like in shops or at markets are even more unforeseen. The directive on consumer sales did not even deal with online transactions. The Directive from 1999 still had the face-to-face transactions in mind. The directive on distance selling on the other hand does not deal with two non-professional parties.¹⁰ It must be stated that so far, the transactions carried out by two non-professionals, are not regulated by harmonized European rules. That is quite astonishing in a time when millions of contracts are concluded by platforms like eBay on a daily basis. Even quite recent model laws have not taken into account the increasing group of non-professional sellers and buyers.

More attention should be drawn to this specific group. In this article I would like to elaborate the specific needs of these non-professional buyers and sellers, their rights and duties and the existing gaps in legislation.

2. The notion of Consumer

Who negotiates on the World Wide Web? On the one hand we can find professional sellers and non-professional sellers. On the other hand professional and non-professional buyers are also acting. To receive consumer protection a buyer would need a professional as its counterpart. At least, that is how all Directives by the European Commission define a consumer. Having a look into the *acquis communautaire*, provides us with some good definitions. Along the line of the Directive 1999/44 on the sale of goods as consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession. The proposal for a new directive 2008/614 on consumer rights adds that the buyer also acts outside its craft.¹¹ The same proposal defines a professional, whom is named there a trader, a person acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of the trader.

¹⁰ Directive 1999/44/EC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

¹¹ Art. 2, (1). COM(2008) 614 fin.

The consumer therefore needs the professional as a counterpart¹² in order to be a real consumer according to the Directives. Therefore, when a private person wants to sell a product to another private person the counterpart has no other characteristics⁷ than the seller himself. Generally speaking one can state, that there is no weaker party in such a transaction.

On the worldwide market, as offered by eBay, we quite often find constellations of a non-professional buying from another non-professional. Due to the missing imbalance between the two parties, we can therefore not speak of a consumer to consumer transaction. The stronger party as a counterpart is missing in this transaction. Both parties are on an equal footing. While drafting a proposal for a European Law of Sales the Study Group on a European Civil Code has, therefore, chosen the term private-to-private transaction. To protect the non-professional seller in a sale the Study Group drafted a rule in order to protect the non-professional seller from exorbitant damages claims.¹³

The question must arise, whether in private-to-private transactions general contract law may be applied? Would it make sense to adapt some of the consumer protection rules for these transactions, where both parties are not professionals? Or do we need a new regime in order to offer fair rules for this setting?

To have an idea of who is busy selling on the web, it makes sense to analyse the different kind of sellers.

According to eBay statistics, different kind of users of eBay can roughly be identified. Some only sell for fun. Others hope to make money on eBay and are very well informed on selling practices. Others even make a business out of selling on eBay and a small group makes a great profit (enterprise sellers). Normally a potential seller registers on eBay, makes a photo of the goods he or she wants to sell and writes down a short description. The Internet facilitates the easy way of finding mutual interests. Internet. Via a search engine a potential buyer can find the offers.

Not only in times of the credit crisis and economic recession is it attractive to sell goods one does not need any more, even-though the goods are still usable. Many people do so, even though selling goods is not their daily life business. Mothers, who realized that their children do not play anymore with some toys; students who want to sell their laptop in order to have money for the next generation notebook, or researchers who want to get rid of some books in their collection. All this can easily be found on the World Wide Web, irrespective of whether you are looking for a law

¹² S. E. HONDIUS: The notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Review*, 2006, vol. 5, 4c.

¹³ DCFR IV. A. – 4:202 and PELS Article 4:207: Limitation of liability for damages of non-business sellers

(1) *If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to damages for lack of conformity exceeding the contract price.*

(2) *The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time.*

This article will also apply in the case where a non-professional sells goods to a professional.

dictionary or a sailing boat for the next season. Websites like eBay have a successful corporate strategy. So eBay concentrates on local and international trade, eBay offers distinct local sites and is accessible in the respective local language of the country and the company has also built up a global presence with users in more than 150 nations. Along with eBay and similar like platforms, they act as a kind of virtual flea market.

In the Netherlands, throughout the years, Queens's day on the 30th of April became the national day where one half of the Dutch sold their old stuff to the other half. Flea markets like this annual event in the Netherlands do exist all over Europe, and even local supermarkets have a spot where small advertisements can be attached on a wall. Numerous potential sellers and buyers do not only make use of the local possibilities to find and sell goods but they even make use of the Internet for their transactions. Goods, found on the Internet, may be also paid for on the net. These online marketplaces are supported by companies facilitating the financial transactions for paying the price.¹⁴ Some of these payment methods are so new, that there is no special regulation as we know it for example for credit card payments.¹⁵

3. Consumer protection for all kinds of consumer goods on sale?

But now the question arises again: should buyers of such products sold for example via the Internet by non-professional sellers fall under a strict consumer protection regime? Or should the seller be protected like a consumer? The company eBay offers goods on a national, a European and a global basis. Nevertheless, irrespective of the high amount of users, the European legislation so far focuses only on business to consumer sales, not on the "non-professional party to non-professional party" transactions, or as they are quite often called: Consumer to Consumer transactions.

The eBay formula

On eBay, products are sold and on the webpage where the article is offered, the name and location of the seller, and the professional/non-professional status of the seller are stated. It also calls the non-professional sellers who sell their own goods in its German version (eBay.de) *privater Verkäufer*. Throughout the different national eBay websites there is no coherence in labelling the different types of sellers. The French version of eBay (eBay.fr) lists three categories: *particulier*, *professionnel* and *inconnu*. Whereas, the UK site of eBay (eBay.uk) only announces the registered business sellers and the others are not mentioned.

Taking into account the European directive, the legal rights a buyer has depends on his or her choice of seller. Depending on whether it is a business seller, or private party selling goods, the buyer can be defined as a consumer or not. According to

¹⁴ Like PayPal.

¹⁵ Lilian EDWARDS – Caroline WILSON: Redress and alternative dispute resolution in cross-border e-commerce transactions. www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/2382, 19.

the definitions, only business sellers can have a consumer counterpart as a buyer, only sales between Business and Consumer are regulated in the directive. Now the question must arise, is the buyer aware of his different status, depending only on his choice of seller? Do the buyers have a clear expectation of what kind of rights they have, for example in the case of non-performance? Are they proactive and informed?

When we google the keywords: eBay, private seller, you will find the Wikipedia web dictionary, where you will find the following definition:

*“Consumer-to-consumer (or C2C) electronic commerce involves the electronically-facilitated transactions between consumers through some third party. A common example is the online auction, in which a consumer posts an item for sale and other consumers bid to purchase it; the third party generally charges a flat fee or commission. The sites are only intermediaries, just there to match consumers. They do not have to check quality of the products being offered.”*¹⁶

Wikipedia is not a source of law, but it is interesting how parties are named on the World Wide Web. Furthermore, it shows that the notion consumer-to-consumer is a kind of standard. Also in quite many reactions to the European Union Green paper on the review of the consumer *acquis* stakeholders make use of the notion consumer-to-consumer transaction in order to underline that there is no professional or ‘supplier acting in the course of trade’¹⁷ involved in a transaction.

For the case of mothers selling their children’s stuff we found already two different notions on two different websites. One calls them private seller and another names them simply as consumer.

4. Extra Protection?

Do these parties need extra protection? Are there enough rules that protect this group?

When we return to eBay, the ‘slogans’ used by the sellers to inform the buyer that he has other rights as in normal B2C transactions are interesting to analyse. Many German private sellers announce: ‘This is a sale by a private seller, no guarantee, buyer must waive his rights in the Law.’ In the UK, eBay has added to its site extra legal explanations, where it is mentioned that even private sellers cannot waive all the buyers’ rights.

Analysing the existing sales law we see that most legislators had two sets of sales parties in mind. On the one hand the parties of a pure commercial sale with professionals on both sides. In the case that this commercial sale is a cross border transaction then in a good many cases the International Convention on the Sale of goods is applicable. The buyers and sellers in business to business transactions are experienced professionals with negotiating skills and quite often advised by legal professionals.

¹⁶ <http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer-to-consumer>

¹⁷ This notion is proposed by the City of London Law Society, Commercial Law Committee, Response to the Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis*, B1.

On the other hand the national legislator provided extra protection rules for the consumer buyer. These rules are interwoven in the national civil code for example in the Netherlands. Germany has inserted consumer protection rules for the sale of goods later in its code. In other countries the consumer protection rules can be found in a consumer protection act, drafted next to the Civil Code as it is in Austria, Italy and France.

5. Specific problems

There are, however, many unsolved problems. The Court of Justice of the European Union is steadily solving more and more disputes arising out of e-commerce transactions. Just some years ago, the Court ruled that transport costs are to be forwarded to the seller, in the case that the buyer exercises his or her right of withdrawal.¹⁸ Many more issues are not identified so far, like the burden of proof, the right to specific performance, price reduction or termination.

5.1. Private-to-private transactions are neglected in drafting legal texts

From a legislative drafting point of view specific attention for rules for private-to-private transactions are neglected. The parties in such a transaction are not labelled like they are in consumer protection. There is a lack in transparency. The parties are only named buyer and seller.

It asks quite a lot of a citizen of the European Union to reveal his or her rights as a private party in, for example, an eBay transaction in some of the national codifications.

Most law books are still have in mind the professional to professional and the professional to consumer sales. Only in the discussion of the last years lawyers detected that there are even consumers to business sales, like a person selling his or her car to a dealer. And that the number of Internet transactions is increasing where private-to-private transactions are concluded.

Turning back to the different civil codes one will find out that in civil codes with a mixed approach of regulating all kinds of sales, commercial as well consumer sales, it is quite a job to determine the applicable law for private-to-private transactions. Even when it is always stated that these integral codifications avoid fragmentation, repetition of rules and cross references and are therefore better accessible, especially for foreign lawyers who consult only one codification. I must state that in my examination of how to determine my rights in a private-to-private transaction, such proclaimed integral approach was not at all easy to access : I needed quite a lot of time to extract the general sales rules for private-to-private transactions in the Dutch Civil Code.¹⁹ I must honestly state that this came as quite a shock for me. I had been

¹⁸ *S. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. v. Heinrich Heine GmbH*, C-511/08.

¹⁹ Articles 7:1 ss BW.

always in favour of regulating all kind of sales in one codification. We followed the approach of the Dutch Civil Code in the draft of a European Law of Sales which is now part of the Common Frame of Reference of European Contract Law.²⁰

Following this, I had a look into the German civil code. There the rules for private-to-private transactions were quite accessible.²¹ But my clear preference had the rules of the Austrian Civil Code. There the rules were formulated in a very clear and simple format with everything being laid down on two pages.²²

Private-to-private transactions are regulated in national law, however because of the special attention drawn to European consumer law they are a little bit lost between the sometimes rather over detailed regulated consumer protections rules and those rules applicable only to national or international commercial sales law.

Furthermore, recent European legislation even leaves out private-to-private transactions in the case that they are negotiated and concluded online. So far, only limited legislative framework is provided. Therefore, some scholars ask for a *lex informatica*, a legislative framework that of international rules of law and trade usages applicable to cross border e-business transactions. It could be a product of private decentralized law-making emerging mainly from the discourses of actors in cross border e-business transactions and information technology networks.²³

5. More and more private-to-private transactions

Within the last decade private-to-private transactions have increased dramatically. The European Commission is aware of this fact. The first question of the green book of 2008 starts with a question on whether consumers need to be protected when acting through an intermediary. Most reactions towards this question have been answered affirmatively. This proves that there was a request for extra consumer protection. However, the result will be a change in daily shopping transactions. Transactions like those via eBay will become consumer to consumer transactions because they are concluded via a professional intermediary. As a consequence the definition of a consumer must be broadened. Even in the case that the seller is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession the buyer will be protected like a consumer when the transaction is concluded via an intermediary. Nevertheless, this new approach will only be applicable for face-to-face transactions, where both parties are simultaneously physically present. Already the green paper of 2007²⁴ states that the broader protection will not include trading platforms for sellers nor consumers, e.g. on the Internet, where the platform provider is not involved in the

²⁰ CFR, Sellier 2008.

²¹ Articles 433 ss BGB.

²² Articles 1053 ss ABGB.

²³ S. Antonis PATRIKIOS: Resolutions of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica. *University of Toledo Law Review*, fall 2006, vol. 38, 277.

²⁴ Green paper on the review of the consumer *acquis*, COM (2006) 744 fin, 4.2.

conclusion of the contract, irrespective of whether he gets a fee for each concluded transaction or not.²⁵ To exclude online intermediaries of this general scope is not a wise construction. At least a specific level of detailed information should be accessible to a purchaser to improve his position in order to balance the respective needs of such purchasers.

6. Self-regulation

Having regard to the amount of transactions carried out each day via the Internet by private-to-private parties, and taking into account the level of detail of the information provided by the intermediary, one must state that on the World Wide Web self-regulation is present. Sites like eBay build their success on regular evaluation through their users and offer feedback possibilities and trust metrics via their websites. The buyers can judge the seller and provide him with stars for a trust ranking. Negative feedback is reported to potential subsequent consumers. Together with feedback provided by others the seller-quality is peer reviewed.²⁶ The possibility to leave feedback builds a strong customer relationship. Awards for the best 'eBayer' add extra recognition and corporate feeling of 'eBayers.'

7. Online Dispute Resolution

We are living in a time where more and more legal problems are often solved outside domestic courts. Also in e-commerce there is a request for alternative dispute resolutions. So far, online dispute resolutions are not on an equal footing with court decisions. But the idea to have an online dispute settlement is evolving more and more. Methods must be found to ensure a due and fair process and the enforceability of the outcome. A specific problem in online transactions is the fact that these transactions are much more anonymous than traditional face-to-face transactions.

A form of ODR is also the possibility for the disappointed participant in an online transaction to rate the seller and to place a negative feedback. This information is provided to consequent consumers and additionally, the collected feedback form a kind of peer reviewed quality seal.

The legal surrounding of online transactions needs some more certainty. Scholars already asked for short term actions at EU level.

They propose that the EU could undertake the following short term actions: Resolve the legal uncertainty as to enforcement of Alternative or online dispute resolution awards, in both arbitration and mediation, and; Provide guidance, model clauses in standard term consumer contracts.²⁷ Some scholars even ask for

²⁵ Some aspects of e-commerce are regulated by Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

²⁶ EDWARDS-WILSON op. cit. 3.

²⁷ EDWARDS-WILSON op. cit. 9.

an accreditation of ODR measures in order to ensure that providers meet certain minimum standards of due process.²⁸

8. Findings

8.1. No real acceptance of self-regulation:

Some years ago the European Commission asked in its Communication if European Contract law could not be regulated by leaving it to the internal market. Nearly no reaction was in favour of this option.

Later on the Commission repeated the wish to leave some aspects to self-regulation and wanted to create a big database with general contract terms. Also that approach failed. In the proposal for a directive on consumer rights the commission states again that self-regulation or co-regulation would not solve the problem of fragmentation due to regulating specific aspects of consumer protection in different directives.²⁹

8.2. The consumer is not always a buyer:

Although in all the documents so far the European Commission still has in mind the weak consumer acting with a professional counterpart, it must be stated that the Commission sees the consumer always in the role of a buyer. Daily life is, however, quite different as more and more private people interact in the Internal market without being buyers, but still being the weaker party.

8.3. We do have a proactive consumer

On the other hand the Commission has asked several times for a more proactive and informed consumer.

The company eBay has shown that seller and buyer, even with a consumer background want to be informed and will inform each other. This is an example of proactive behaviour and informed consent on both sides.

Better co-regulation Legal regulation as it is now is not in line with reality and seems to be old-fashioned. New systematics for national codifications or a European one is needed when taking into account private-to-private transactions.

It is a perfect example of co-regulation.³⁰ Specific information is provided next to existing legal rights. So in some cases even the waiver of rights of some sellers is set aside by a hint of eBay that the legal rights cannot be waived.

²⁸ EDWARDS–WILSON.op. cit. 10.

²⁹ For a critical review see Marco LOOS: Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive 2010 18, *European Review of Private Law*, 15–55.

³⁰ For the discussion on co-regulation see Viola HEUTGER: Alternative Rechtsdurchsetzungsmechanismen im europäischen Privatrecht – Gesellschaftliche Selbstregulierung. In: *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, A. Furrer Ed., Stämpfli, Bern, 2006. 359–370.

9. Conclusion

In order to protect the legal system, and aiming for not over-regulating the national private law I strongly advise not to introduce new arranged legislation on private-to-private transactions, but to include these transactions in the considerations when revising existing legislation. The fragmentation of law must be avoided. In the European Union we need more coherence in law making. Private-to-private transactions can perfectly be solved by existing sales law and general rules of European Contract law. However, it is time to reconsider new dispute resolution methods for the growing number of e-commerce participants.

REMEMBERING A JURISPRUDENT’S LIFE UNDER COMMUNISM

Philosophising on Law in Hungary

Csaba VARGA
Pázmány Péter Catholic University

1. Moral Challenge

It is not necessarily simple to look back on the past from today. And at a distance of just a few years, it seems incredible, bizarre, and also tiringly banal to recall the circumstances surrounding the everyday of social-scientific research shortly after the revolution of 1956 and the subsequent bloody retaliation.

At that time, it was hardly possible to recognise any alternatives at all. Survival was the first and foremost task. Then one was faced with the lack of any sensible objective that could also be assumed as a profession to make some difference in practice, too. Being allowed to publish one’s own thoughts was in fact a real privilege or something reserved only for the insiders protected by the Communist authorities. Every single day had its own battle to fight, and its own pitfall as well. As a precondition, the personality involved had to develop a dual identity to comply with his/her own conscience when, after all, he/she had to survive against a merciless tyranny, threatening to crush prospects in case of the slightest political inconvenience. Scarcely anybody dared speak about his/her inner convictions openly, except for with a spouse or perhaps a close friend. At the same time, there was hardly any hope to achieve socially sensible results in public without becoming integrated into some official institution. Consequently, everything (otherwise insignificant matters as well) had its price. Even momentary moods might have gained tremendous purport in such an atmosphere. Anything had to be appreciated as a stand taken. And, vice versa, depending on the changing but cumulatively kept record on you, anything and its opposite could turn out to be problematic.

Life itself turned upside down. It became a muddle with additional meanings attached to each and every moment, transforming the whole to an extremely complex riddle with a very vague chance of any autonomous determination. Everyday life was fragmented into a mere sequence of decisions, at the same time vitally important

on the borderline zones of moral survival, for even seemingly weightless responses could gain additional dimensions by ethical doubts and choices, definitive of the meaning of the very existence of a person, whether or not honestly assumable.

As to my formative years, the era was a hard lesson anyway. One could have a family background due to which an entire family was from the beginning politically stigmatised and discredited as a class-enemy, with social connections suspicious for the secret police, with adherence to Christian values antithetic to the new regime, and with styles not to be assumed in public. All these together might have added up to an overwhelming burden that—depending on personal disposition, psychic resources and inherited behavioural patterns—inspired some to self-torturing, self-reproaching and eventually self-destroying submissiveness, and others, just to the contrary, to a desire to test their irreducible personalities by outstanding performances, with more and even more strenuous work. All in all, this inspired me to endure failures, humiliations and the early realisation of being pushed into the background, and also to try at least to suppress nearly unbearably miserable recurrent feelings with a less timely, almost transcendent perspective in sight. At every moment, it inspired the subject to re-evaluate, almost in a compulsive way, one's actions and life till then, to cherish the ethos of responsibility to be assumed collectively and to weigh and ponder every step morally, even as to the smallest issues of professional activity.

An additional significance was, thus, attributed to each and every component of ordinary life. Therefore, that which was realised as an end-product in character, personality and life-style, was no mere chance at all. Every little action had to be given deliberate consideration, while roles had to be carefully passed through an ethical filter. At times, deep seriousness was behind even seemingly careless laughter. Existence itself was not dreary, but it could at any moment easily take a tragic turn.

It seems to be impossible now to imagine, looking back on the era when my socialisation as a young academic researcher started, how it was possible at all to ponder upon theoretical dilemmas in the extremely restricted intellectual space available. Any plausible explanation can perhaps be furnished by scientific methodology. For—perhaps as a characteristic of abstract conceptualisation, provided that it is sophisticated, thorough and consequent enough—even the slightest analytical proposal for differentiation may modify (by switching off) the course of thinking in ways that turn out later on to be fatal. But we may know from others' narratives that even those ordered by fate to be blind or deaf or mute are not necessarily deprived of the ability to experience (as always, relative) totality. Perhaps nature's compensation is at work there, too, when a politically extorted insensitivity, as brutally imposed upon, is counterbalanced by, for instance, additional sensitivity developing spontaneously as to related topics or aspects of the same scholarly field. Let me assert here as a summary of the experience of the past few decades in Socialist Hungary¹ that the intellect is able to work, if it wants to. As we all know, it is not easy

¹ As yet, there is no reliable description in details, translated into English, of what Communism meant for an intellectual to survive in moral integrity. Even in Hungarian, mostly literary non-fictions do the job, sometimes with scholars remembering.

to dance hamstrung, with hands and feet tied up. But it should be noted at the same time that drifting about, pulled hither and thither helplessly by various currents, as if pulled on strings, is not really what you would call a dance, either.

2. Marxisms, Western and Socialist

The ideal of Marxism was a scientific image of society, built on the recognition and formulation of certain laws. Based on archetypes of the early 19th century, it conceived of the world as a unity both philosophically and in theoretical describability. It considered positive description as a task and also adjusted its language to it. It adapted a unified ontology and epistemology to this expectation. The only thing Marxism recognised as existing was what it called reality. It thought context, rule, logic and dialectics—that is, connections—to be drawn from this reality, and cognition, in its turn, to be reality reflected in consciousness. Consequently, it also considered human recognition of any context, rule, logic and dialectic—as far as cognition proves to be correct—to be a reflection (i.e., mirroring) of the external world in consciousness. Substance and phenomenon as much as general and particular and individual, as well as type—all these were regarded as features of reality revealed by theoretical reflection at a level superior to everyday perception. Language and concepts were also treated as fragments of reality reflected. Or, everything we have, either in our hands or in our thoughts, is, therefore, a mere reflection of ‘the’ objective reality, existing prior to and independent of consciousness. This is the same as saying that in conceptual construction, one postulates an entity in relation to which one’s self may play a merely receptive role at the most.

Accordingly, the Marxist theory of law has never been anything more than one of the applications of such an early 19th-century ideal of natural science to a field taken as a mere continuation in extension. It is indicative of such reflex-like methodological roots that even on the rare occasions of its theoretical cultivation, Marxism in law hardly ever transcended the level of obligatory clichés of party-line brochure-writing. Consequently, even at its most sophisticated levels, Marxism remained all along reduced to a chain of applications in that it never conceived of law as a separate entity, but as depending on something external to it, that is, as the mere product (or expression) of something having priority over it.²

The history of Marxist legal theorising has been characterised by the dilemma of a theoretical duality. Notably, it either sought—mostly following *Karl Marx* on an *ontological* plane³—a specific, instrumental (i.e., transformed at the most) reflection

² Cf., Csaba VARGA: *Autonomy and Instrumentality of Law in a Superstructural Perspective* [1986]. *Acta Juridica Hungarica* 40, 1999/3–4. 213–235. <http://springer.com/hu/content/x713702123847t53/fulltext.pdf> Csaba VARGA: *The Legacy of Marxism in Law*. *Central European Political Science Review* 44, 2011/44. 78–96.

³ Cf. Karl MARX: *A Contribution to the Critique of Political Economy* trans. S. W. RYAZANSKAYA, Moscow, Progress / London, Lawrence & Wishart / New York, International Publishers 1970. 263. Karl MARX & Friedrich ENGELS: *The German Ideology*, New York, International Publishers, 1947. xviii + 214.

of social relationships in jural relations (as testified by early Soviet legal theory, first of all *Evgeny B. Pashukanis*⁴, and later by the theoretical scheme elaborated by *Imre Szabó*⁵), or it wanted to trace—inspired, most of all, by *Vladimir Ilych Lenin*, on an *epistemological* plane⁶—a specific, instrumental (i.e., transformed at the most) reflection of reality in the linguistic forms of legal objectivation, in order to apply, as a criterion, the very cognition of reality to its judgement upon law (as in the theory of *Vilmos Peschka*,⁷ following *George Lukács*' literary theory of realism,⁸ reducing aesthetic qualities to patterns of cognition).

Scientific construction, internal logic and strict coherence, as well as the explanatory force that may manifest itself in responses given to questions that may be raised at all within a theoretical framework, well, all this and other scientific qualities might have characterised such approaches, which themselves were in fact developed in hidden polemics with each other. In sum, there was continuous debate. Moreover, under the official aegis of the indubitable dominance of Marxism, some internal diversity of approaches and views could also evolve.

Only thoughts claiming to belong to (or to be drawn from or inspired by) Marxism (and certainly not disqualified or labelled as its criticism, negation, or transcendence) were allowed to appear at the official fora of scholarship, i.e., at the *Academia*, the *Universitas*, or in the practically exclusively state-owned and party-controlled publishing industry, that is, virtually everywhere—except the rather limited terrain of thought reserved to churches, strictly isolated and never presented in the official guise of scholarship. At the same time, almost any view had a chance to get into the officially acknowledged mainstream, only provided that it was developed and substantiated according to the officially accepted methodology (i.e., palliated and socialised with empathy, adapted carefully and with appropriate talent). For, it has to be added that the practice in Hungary proved to be rather tolerant despite the party decision formally taken in the early '60s, which ruled out any attempt to pluralise Marxism, that is, to claim the truths of two or more diverging theses on the same subject (to be acknowledged as correct and, therefore, to be tolerated within Marxism)—apart from the party's constraint to react over-sensitively to any gesture bordering on provocation (mostly practised in fact by disappointed

⁴ Evgeny Bronislavovich PASHUKANIS: *Law and Marxism. A General Theory* [Общая теория права и марксизм Москва, Издательство Коммунистическая Академия, 1928.]. Trans. Barbara EINHORN, London, Ink Links 1978. 195 .

⁵ Imre SZABÓ: *Les fondements de la théorie du droit* Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973. 340. / *Основы теории права*, Москва, Прогресс, 1974. 268 .

⁶ Vladimir Ilyich LENIN: *Philosophical Notebooks* [Философские тетради (Политиздат 1947)]. Moscow, Progress Publishers, 1972. [Collected Works 38] and *Materialism and Empirio-criticism Critical Comments on a Reactionary Philosophy*. Trans. A. FINEBERG, Moscow, Foreign Languages Publishing House, 1947. 391.

⁷ Vilmos PESCHKA: *Die Theorie der Rechtsnormen*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1982. 266.

⁸ George LUKÁCS: *Wider den missverstandenen Realismus* [Against realism misunderstood]. Hamburg, Classen, 1958. 153., and *Essays on Realism*. Trans. David FERNBACH, Cambridge, Mass., MIT Press, 1980.- 250.

neophytes, labelling themselves as neo-leftists, anarchists, Trotskyists and Maoists, or simply as authentic Marxists). Or, otherwise expressed, everyone had a chance to try to form an individual opinion at his/her discretion, according to his/her tastes, convictions, intuitions and recognitions. And what made a hard job out of all this was the need actually to find a way to form this hectic complex into systemic ideas acceptable as components of Marxism, taken as an exclusively scientific world-view and conceptual framework.

As every approach and intuition had to be filtered through Marxism's homogenising medium [*Gleichschaltung*], anyone who dared to think quite in terms of his/her profession was left entirely alone because, apart from *Marx*' and *Engels*' own presuppositions and *Lenin*'s conservative simplifications from a century before, he/she was hopelessly deprived of any insight and understanding developed as scholarly foundations by the relevant disciplines, as he/she was isolated from contemporary western scholarship, both in the physical and ideological senses of the word. Philosophy of science, ethics or legal theory—scholars in Socialism encountered nothing but gaps and traps everywhere, as they were compelled to face the bone-dry official version of Marxism in an artificial island in which even its Western European and American variations counted as 'revisionism', and its Yugoslav variant, due to its theoretically humanistic drive, as expressly 'hostile', on the one hand.⁹ On the other, representing 'evil' itself, there were the 'bourgeois' or 'imperialist' doctrines, cast by the professional witch-hunters into scientific annihilation in an 'ideological' combat.¹⁰ Any attempt to draw inspiration or—oh, what audacity—to learn from this enemy's territory involved the threat of making oneself excommunicated, not to mention further risks. Because remaining within the bounds of one's own field of expertise could at least involve an ability to assess other opinions and to form an independent judgement on the given subject(s). However, also relying on science-philosophical and methodological foundations taken from this other territory did entail the danger of falling into an abyss, being left without any fixed point where even minor decisions such as the choice between 'us' and 'them' might gain additional significance, elevated to so-to-speak life-or-death issues within the profession.

For the sake of a balanced view, I have to add that all this counted as almost an idyllic status, envied by almost all in the world of the 'actually existing socialism', who were outsiders to Poland, Hungary, and prior-to-1968 Czechoslovakia. In the Soviet Union,

⁹ It is worth noting that ed. Csaba VARGA: *Marxian Legal Theory*,. Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney, Dartmouth & New York, The New York University Press, 1993. xxvii + 530. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools 9] was also pioneering in its collecting together specimens of so-called Western and Socialist Marxisms.

¹⁰ The epoch is characterised by the fact, too, that ed. Csaba VARGA: *Modern polgári jogelméleti tanulmányok* [Modern Western studies in legal theory],. Budapest, Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete, 1977. 145., and ed. Csaba VARGA: *Jog és filozófia Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből* [Law and philosophy: Anthology of Western legal theory from the first half of twentieth century],. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1981. 383. were the first items in the entire Soviet orbit to translate and/or publish (instead of 'ideologically annihilate') products of 'bourgeois/imperialist' legal doctrines.

for example, there was simply no ‘hostile’ literature within average reach. Scholars could not even take cognisance of such, which also eliminated the need to bother with its criticism—except to some usual clichés, standing for insensitive political repudiation. The German Democratic Republic chose a solution best suited to the idea of ‘scientific socialism’: it assigned the theoretical investigation into socialist law to experts of socialist construction (who were expected to rely upon pure and uncorrupted—i.e., ‘socialist’—literary sources exclusively), while the job of generating annihilating criticism of ‘imperialist’ doctrines (including both the rationalism of *Max Weber* and the normativism of *Hans Kelsen*) was assured to especially selected comrades who were commissioned to do it as a special—and exclusive—privilege and duty. Hence, only those few charged with this responsibility were granted access to the literature of ‘imperialism’ in the closed stacks of some academic research libraries not available to the public. In other countries like Bulgaria or Romania, the situation brought about by overall poverty was relatively simple to handle, with scarcely anything to denounce, as libraries practically had no Western acquisitions. A radical innovation was decided by post-1968 Czechoslovakia: dreading any kind of revisionist disruption, the new leaders there restricted their interest in acquiring literature to that of their Soviet and East German comrades. Openness showed itself only in Yugoslavia and Poland, but as compared to Hungary, the end-result was not necessarily better. In Yugoslavia (similarly to pre-1968 Czechoslovakia by the way), prestigious attempts at humanising Marxism and its socialism were launched, yet social sciences remained so mercilessly doctrinarian that scholars could arrive at a neology from an outdated orthodoxy within a dogmatic Marxism, at the most. Perhaps Polish scholarship alone offered an apparently attractive perspective. Legal academics cultivated almost everything that was known from the West. It turned out only later that all this could only be the result of serious compromises and did have its price to be paid as well. For, while Marxism was the exclusive platform to approach and treat and cover and master all domains in Hungary, academic researchers were at least released from any requirement to become party rank-and-file in person. In Poland by contrast, all professors had to prove their loyalty to the party in order to be admitted at all to join the choir. At the same time, the relevance of Marxism to social scientific thought was also specific in Poland. They themselves also developed a Marxist-Leninist theory of the state and law, but restricted its competence to the field of building socialism, where either ideological issues or problems of law bordering on politics were at stake. In other domains, any scholarly activity could go on almost freely. As a result of the unimaginable corruption of Marxist-Leninist doctrine, a multitude of neophyte schools could, thus, spring up in Poland, where analysis was pursued as in Oxford, logic as in Paris or Brussels. Meanwhile, questions touching upon their national survival fell into total oblivion and their national traditions in the humanities remained traceable, if at all, mostly in their inclination to formalise and quantify issues.¹¹

¹¹ Cf., for the respective surveys by Csaba VARGA: *Legal Philosophy of the Marxism of Socialism*:

Returning to the dilemmas of my search, I might well have stayed on this (continuously crumbling) side of 'our' wing, had I not been overly drawn by the spaciousness of the opposite side. I was not only attracted by the latter's internal diversity and intellectual vivacity, but also most of all by the fact that actually I could not find any reference point on 'our' side to my constantly recurrent questions. And without the outlines of a conceivable answer, not even a question can be formulated in an intelligible way. Instead of reference points, all I found was confusion, while the direction I began to discover in the early '60s (with the help of texts inaccessible to the public, made available only in numbered copies, a few of which I happened to obtain thanks to a sudden and potentially risky yet successful hitch-hike from Pécs to the heights of the Department of Marxism-Leninism of the Ministry of Education in Budapest) moved a long distance from the doctrine taught to us as exclusively true, once developed under the aegis of Marxism back in the late 19th century.

3. Legal Philosophising: A Case Study

3.1. Approaches to Law

Law? It was obvious to me that I had to look for it and catch it as text, in a conceptualised form. However, for me it was interpretable intelligibly not as pure product or passive mirror of cognition, but as an active response in reaction to practical matters, that is, as the ingenious instrument of human action, which is produced out of theoretical knowledge and practical experience by us, fellow humans. For precisely this reason, the very question what we are to make out of it either in books or in action depends largely on traditions and practical accessibility of patternable instruments made elsewhere and/or at other times by others, as well as on axiological and practical considerations of purposefulness. As a result, I assumed the mainstream socialist approach to be unverifiable and tiresomely barren, which, once the law encountered a linguistically expressed (therefore, in principle, also contextually treatable) texture, assessed it—as a mere reflection of 'the objective reality existing independently of human consciousness'—exclusively according to criteria of cognition, conceiving it necessarily either as a true or false model of reality, irrespective of whether a descriptive statement, a prescriptive will or an ascriptive attribution of some consequences was at stake (i.e., a statement on the surrounding world, the expression of some will aimed at some action or the institutional implementation of qualifications arising from a normative arrangement, or, beyond all of these, perhaps an expression

Hungarian Overview in an International Perspective. In: *Contemporary Legal Philosophising Schmitt, Kelsen, Hart, & Law and Literature, with Marxism's Dark Legacy in Central Europe* (On Teaching Legal Philosophy in Appendix). Budapest, Szent István Társulat, 2011., and Development of Theoretical Legal Thought in Hungary at the Turn of the Millennium. In: ed. Péter TAKÁCS – András JAKAB & – Allan F. TATHAM (ed.): *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005. Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007. 615–638.

of emotions, a conventional action performed in and by language, introducing or operating a practical institution by 'doing with words', or perhaps nothing more than artistic representation of relevant states of mind).

Consequently, what is addressed thereby is the autonomy of law and the question of whether or not issues of law can be treated as our own within the social contextures conditioning them. As I have presumed, in addition to cognitively reconstructing reflection, linguistic expressions may also serve as instruments of practical intentions. By leaving behind the forced paths of formal semantics and logics, I thought we might arrive at the realisation, while examining the law's meaning and logical context, that the textual embodiment of law is just a medium of mediation which carries different potentials depending on age, culture, and condition. Moreover, law as a text can also help creative decisions to be taken, channelling processes of reasoning, argumentation and justification to given paths with frameworks and references adapted to conceptually given tracks. Otherwise, I have presumed that, on the one hand, logic is different (by being at the same time less and more) than a clearly coercive definition (with specific gaps, transformations, jumps and uncertainties in the legal process, exactly revealed by logical reconstruction). On the other hand, the use of diverse techniques in law may promise different, or outright opposing or mutually excluding, results depending eventually on (perhaps) banal choices that in the last analysis are not predefined by any (legal) text.

Likewise, there is also a duality in answering the dilemma whether or not the concept of a thing can only be defined in one correct way (as an exclusively verifiable conceptual reflection of 'the objective reality existing independently of human consciousness') or, rather, is the concept (with its definition) instrumentalised, that is, adjusted to merely practical human interests and artificial contexts. Accordingly, we cannot speak of a concept or subject taken *per se* on its own, but—for example, in case of law—exclusively of phenomena of one kind or another in some sense or another. Therefore, the concept itself will be selected and defined depending on what I really wish to investigate in or out of it. Of course, it should be made clear what I have shed light on when I picked it out from a set of phenomena involving an infinite variety of aspects and allowing various approaches, and how this is related to other similarly feasible interpretations. Well, such an understanding was from the outset rejected in the then dominant monist world-view (naively realist in searching for mirroring subject-materialities directly in our consciousness), as if it were to stand for pluralism. For the underlying official presumption assumed the subjects and their cognisance to be uniform, unless diversified by the eventuality of human error or ideological ('subversive') misinterpretation. No need to say that my theoretical attempt was by no means pluralistic. My purpose was simply to have analysis, by distinguishing and separately formulating aspects, sides and viewpoints that could be related to the subject, within a given set of phenomena, by presenting their mutual connections on the basis of their underlying complexity.

The principle of historicity in Marxism¹² did not necessarily mean for me either that all we know and the way we know it today should be separated from the phenomena and states that had existed yesterday. For historicity means historical explanation and understanding, nothing more. Irrespective of the survival of names, things may change in character over time. Properly speaking, it is not the thing itself or its concept that develop in time. For what existed yesterday was yesterday and is far from being identical with what prevails today. Moreover, not even events shall be recalled in a way such that something has continued but rather in a way that we have looked for and finally found answers to challenges arising in the course of our practical activity—regardless of whether a brand new solution was initiated or we were inspired by former procedures applied elsewhere, and also regardless of whether we gave our discovery a new name or preferred to adopt (by adapting) earlier names for it.

Monopoly capitalisation must have been a landmark back in its time, as was described by *Lenin* as well, and we had the opportunity to experience the corruptive blessings of the regime of so-called actually existing socialism in Hungary. Yet, I did not think that any of the two should serve as a key to deciphering the secrets of law. Codification, legal reasoning, lawyerly logic, legal ideal—I could hardly have come any further on the way of searching for a common core had I not formulated at least to myself that, notwithstanding its features of barbarism, all in all, Soviet law was in fact more close to French and German arrangements than the Western European legal set-up to the Atlantic one. I did not find the classifications offered by the terms 'law type' and 'legal family' adequate to my purposes and was therefore striving to test the terms of 'modern statehood' and 'modern formal law', by arriving, as one of the grounds of a possible typification, at the notion of legal culture. All this was regarded as outrageous back then, because it presented socialist law in association (and on an equal footing) with so-called bourgeois law. However, for me it meant the only feasible way to examine law in its technicality, knowing that law is reducible to techniques as operated by human motivations.¹³

The following quandary has remained a riddle to me all along. If we transcend the law's self-definition by considering its internal system as filled with and conditioned upon its own socio-historical background, how can we restrict our investigations to some selected (e.g., French or Soviet) embodiment of the law, while speaking of law and theorising on it in general? In other words: does it conform to the principle

¹² Csaba VARGA: History (Historicity) of Law., In: ed. Christopher Berry GRAY (ed.): *The Philosophy of Law An Encyclopedia*. New York & London, Garland Publishing, 1999. 371–373. [Garland Reference Library of the Humanities, 1743] <http://www.bookrags.com/tandf/history-30-tf/>.

¹³ Cf. Csaba VARGA: Staatlichkeit und modernes formales Recht. *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 26, 1984/1–2. 235–241. via ed. Csaba VARGA (ed.): *Comparative Legal Cultures*., Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney, Dartmouth & New York, The New York University Press, 1992. xxiv + 614 pp. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Legal Cultures I] up to his *Comparative Legal Cultures On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism, with Appendix on Legal Ethnography*, Budapest, Szent István Társulat, 2011.

of historicity if our analysis accepts certain forms as universally given, without having examined their development in a comparative historical perspective? For that which may seem generally widespread (as the mainstream universalised) today in philosophical reconstruction shall obviously be regarded as the outcome of a particular development historically, and be examined together with other particularities (even if these others have remained mere potentialities). This is why I tried, as the *sine qua non* precondition of any scholarly treatment of legal phenomena and especially of legal forms, to found theory-building on comparative historical surveys of challenges and responses, instead of setting up and constructing theories on sheer conceptual analysis.¹⁴ No wonder then that once I began my monography on *Codification as a Socio-historical Phenomenon*¹⁵ by tracing its relatable functions and manifestations back to the universal comparative history of human institutions, so as to arrive finally at a general theory of codification. In addition, I tried to outline the variety of legal techniques (including presumption and fiction, subsidiaries to *legis latio* in the form of preambles, motives given by the minister having presented the bill, as well as the *travaux préparatoires*¹⁶) through different ages and cultures in their distinct unity, in order to be able to identify their properties in the end.

It is tradition that forms a community above and despite everything. It is tradition that links generations and cultures together. And tradition is an all but passive medium: it may embody both grass-roots initiatives and framework innovations. The fact that I could arrive at such a conclusion with Marxism in the background is a proof again of the success of (some sort of) tradition.

¹⁴ Cf., e.g., by Csaba VARGA: Varieties of Law and the Rule of Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82, 1996/1. 61–72. {reprinted as The Basic Settings of Modern Formal Law in ed. Volkmar GESSNER, Armin HOELAND & Csaba VARGA: *European Legal Cultures*, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, Dartmouth, 1996. 89–103. [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures 1], introducing to Part II on »The European Legal Mind«} and Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law. *Acta Juridica Hungarica* 48. 2007/4. 401–410. <http://akademiai.om.hu/content/b0m8x67227572219/fulltext.pdf> and <http://law.sfu-kras.ru/viewdownload/30/105-differingmentalitiesofcivillawandcommonlaw.html> and <http://law.sfu-kras.ru/viewcategory/30.html>.

¹⁵ Csaba VARGA: *Codification as a Socio-historical Phenomenon* [1991] 2nd {reprint} ed. with an Annex & Postscript., Budapest, Szent István Társulat, 2011. viii + 431. <http://drcsabavarga.wordpress.com/2010/10/25/varga-codification-as-a-socio-historical-phenomenon-1991/>.

¹⁶ By Csaba VARGA & József SZÁJER: Legal Technique, in hrsg. Erhard MOCK & Csaba VARGA: *Rechtskultur – Denkkultur Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1989. 136–147 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35] and Presumption and Fiction: Means of Legal Technique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXIV (1988) 2. 168–184.; as well as, by Csaba VARGA: The Preamble: A Question of Jurisprudence. *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XIII, 1971/1–2. 101–128. and Die ministerielle Begründung in rechtsphilosophischer Sicht. *Rechtstheorie* 12, 1981/1. 95–115.

3.2. Arriving at a Legal Ontology

By the end of the Communism imposed upon Hungary, I could eventually return to the ideal of the starting period of my youth, when I had been given the chance of becoming the young friend of two groundbreakers of the time, *Michel Villey* of Paris and *Chaim Perelman* in Brussels:¹⁷ thinking in the context of law, language, logic, and rhetorics, approaching the legal subject within human understanding, incessantly re- and trans-conventionalised through varying sets of mutual effects. This is to say that such an understanding is going to be taken as a common core: the one to the 'artificial human construction'¹⁸ of which formalisms are used to refer; addressed to which we communicate; relating the network connections of which we may (by the force of logic, if adequately prepared beforehand) draw consequences; and the deepest human fallibility of which we strive incessantly to overcome, by the means of sheer over-ideologisation.

From problematising on that law is objectified, on the one hand, while its ontological existence (i.e., prevalence) is assessed by facts of its actual reference and the latter's impact on the course of events, I could already conclude to the law's simultaneous openness and closedness in autopoiesis,¹⁹ in terms of which law is a patterned standard in need of ulterior justification, on the one hand, albeit its vocation is practical problem-solving in response to daily needs, on the other. Accordingly, both its process and logic are doubled indeed, for its problem-solving will be tested by, and also end in, subsequent justification, nearing to have the rigour of a genuine formal demonstration.

All this has shown that law is to be seen also as a linguistic game, composed of the layers of the respective (but distinct) languages of enacted law, enforced law, legal science, and doctrine of law, as a series in cumulation.²⁰ And its social ontological perspective has proved that all the law's phenomenal forms—including the ones hitherto treated as part of epistemology—are rooted in the very ontic of the unbrokenly trustable continuity of human praxis. Or, *Friedrich Engels' juristische Weltanschauung* (that is, the lawyerly outlook as professional deontology) is also one of the law's ontic components. And this explains why and how the relative difference

¹⁷ Detached from LENIN's so-called reflection theory, cf., by the author, A magatartási szabály és az objektív igazság kérdése [Rule of behaviour and the issue of objective truth, 1964] in VARGA Csaba: *Útkeresés Kísérletek – kéziratban* [Searching for a path: Unpublished essays], Budapest, Szent István Társulat, 2001. 4–18 [Jogfilozófiák].

¹⁸ Künstliche menschliche Konstruktionen as termed by Georg KLAUS in his *Einführung in die formale Logik*, Berlin [East], VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1959. 72.

¹⁹ See, by Csaba VARGA: *Theory of the Judicial Process* The Establishment of Facts [1992] 2nd {reprint} ed. with Postfaces I and II., Budapest, Szent István Társulat, 2011. viii + 308. <http://drcsabavarga.wordpress.com/2010/10/24/theory-of-the-judicial-process-the-establishment-of-facts-1995/> and *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking* [1996], Budapest, Akadémiai Kiadó, 1999. vii + 279. [Philosophiae Iuris].

²⁰ Cf. Csaba VARGA: Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics). *Acta Juridica Hungarica* 49; 2008/ 3. 253–274. <http://akademaii.om.hu/content/g352w44h21258427/fulltext.pdf>.

amongst those judicial minds characteristic of Civil Law, Common Law (and so on) arrangements—together with the canons according to which justification is made (and will be subsequently made accepted) in the given arrangement—is of ontic importance. Moreover, it is such an ontological turn,²¹ within which the foundation of Continental legal set-up upon enactment can be understood as the end result at any time of unceasing rivalry for primacy and control of those three layers that work self-imposingly in law: of what has been *enacted*, and/or authoritatively *enforced*, and/or *exercised* in social spontaneity, in their respective quality acknowledged as the law.²² Accordingly, the essence of law—and of all forms of sociality—lies in (as being founded by) the trustable continuity of the social praxis of humans, through their unending reconventionalisation. Components, configurations, impacts are in a flux in the latter's practice. However—and this is why it is autopoietic—such a trustable continuity will never miss the point to embody what it has ever been.

Law is composed of the dynamism of acts, progressing in competitive processes. This is why law is process-like from the beginning, even if veiled by ideological or deontological simplifications closing the door upon any discussion. Thereby whatever linkage of law to objective (quasi-physical) properties will necessarily lose importance. For independently of what the law is, it is operated by humans. Therefore, on the final analysis formalisms of law cannot be more than a reified idol with human participation and unavoidable individual responsibility for the law's actual working in the background. By referring to it, it is us, humans, that activate law, trans-conventionalising it through the series of their re-conventionalisation. This is why its parts are mostly aspects that can only be differentiated for the sake of, and through, conceptual analysis, that is, in a hypothesised and fully artificial way.

4. Conclusion

The relationship between a political regime and the state of the Humanities as an aggregate of various kinds of self-reflection in it may turn to be rather complex indeed. The ways in which ideas are generated are both conditioned by the former and self-conditioning. The variety of feasible responses to *hic et nunc* challenges is almost limitless, so there is high place for personal features, partly in function of purely intellectual capacity and partly drawing from moral virtues, to prevail while working out those paths and frameworks, as well as channels and methodologies, in and within the womb of which such responses are formulated. Moreover, limiting conditions (if there are any at play there and then, unavoidably) offer a chance for a live experience of life situations which are seldom experienced in actual human

²¹ Cf. Csaba VARGA: *The Place of Law in Lukács' World Concept* [1981]. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985. 193.

²² Csaba VARGA: *Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures* [1985]. In: *Law in East and West On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law, Waseda University*. Ed. Institute of Comparative Law, Waseda University. Tokyo, Waseda University Press, 1988. 265–285.

practice, and also of testing human stands, quite as if a tensile strength test were to take in some laboratory. Accordingly, individual achievements are comparable among others with and without special regard to the underlying political regime—even if, *en masse*, an unfavourable environment may forecast mediocre output as an average.

ABSTRACT

The case-study overviews personal reminiscences in summation of what and in which way influenced, limited and, in fact, hindered self-reflection and its scholarly cultivation under Communism. It also outlines the lee-ways following which description, theorisation, and philosophical synthesis of all the elements of the former could be undertaken all the above notwithstanding. In the field of law and of its theoretical investigation, and in an apparently paradoxical manner, just the philosophical and macro-sociological approach to law as experienced with all its deformations (denaturation and degeneration) there and then could lead to a genuinely universal scientific formulation—deeper and broader as compared to the one calibrated to average 'normal' manifestations exclusively, as usual in the western civilisation—and just thanks to the reconsideration of Marxism, by taking its latent ontological potential seriously. Or, the case-study concludes in the realisation that the relationship between a political regime and the state of the Humanities as an aggregate of various kinds of self-reflection in it is rather complex indeed. The ways in which ideas are generated are both conditioned by the former and self-conditioning. The variety of feasible responses to *hic et nunc* challenges is almost limitless, so there is high place for personal features, partly in function of purely intellectual capacity and partly drawing from moral virtues, to prevail while working out those paths and frameworks, as well as channels and methodologies, in and within the womb of which such responses are formulated. Moreover, limiting conditions offer a chance for a live experience of life situations which are seldom experienced in actual human practice, and also of testing human stands, quite as if a tensile strength test were to take in some laboratory. Accordingly, in the final analysis individual achievements are comparable among others with and without special regard to the underlying political regime—even if, *en masse*, an unfavourable environment may forecast mediocre output as an average.

CURRENT ISSUE

Investiture doctor honoris causa of Wolfgang Waldstein

WOLFGANG WALDSTEIN: EIN WISSENSCHAFTLICHES
PORTRÄT IM DISKURS MIT KOLLEGEN
UND DIALOGPARTNERN^{1*}

Nadja EL BEHEIRI
Katholische Universität Pázmány Péter

Am 29. März 2012 hat die Katholische Universität Pázmány Péter Wolfgang Waldstein im Hinblick auf „seine Bemühungen um das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft und seinem Streben nach wahrer Philosophie“ die Ehrendoktorwürde verliehen.² Aus diesem Anlass haben die Mitarbeiter des Lehrstuhles für Römisches Recht das jüngste Buch von Professor Waldstein ins Ungarische übersetzt. Das Buch trägt den Titel „Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft.“ Zu der ungarischen Version des Buches sind bis zum Abschluss der Arbeiten im November 2012 an der nunmehr vorliegenden ersten Nummer der Pázmány Law Review drei Rezensionen in juristischen Fachzeitschriften erschienen.³ Nicht zuletzt sind diese Besprechungen Anlass dafür, dass der Publikation der vom Dekan der juristischen Fakultät vorgenommenen Laudatio und des Festvortrages von Professor Waldstein einige Gedanken zu den juristischen Arbeiten des Salzburger Professors für Römisches Recht vorangestellt werden sollen. In einer der Besprechungen ist das Buch, das die

¹ Diese Studie konnte mit Unterstützung durch die im Rahmen des Projekts TÁMOP-4.2.1.B-11/2/KMR-2011-0002 ausgeschriebenen Förderung verwirklicht werden. A tanulmány a Pázmány Péter Katolikus Egyetem TÁMOP-4.2.1.B-11/2/KMR-2011-0002. sz. projektje (A tudományos kutatások kibontakoztatása a PPKE-n) keretében jelent meg.

² Die in der aus diesem Anlass verliehenen Urkunde angeführte Begründung lautet im Originaltext: „*de iure naturali societatis humanae fundamento colendo atque de vera philosophia affectanda*“

³ DELI, Gergely: A szivébe írva Recenzió Wolfgang Waldstein könyvéről. *Jogelméleti Szemle*, 2012/3. <http://jesz.ajk.elte.hu/deli51.pdf>. HÁMORI, Antal: Wolfgang Waldstein: A szivébe írva. A természetjog mint az emberi társadalom alapja. *Magyar Jog*, 2012/10. 635–638. PAKSY, Máté: Wolfgang Waldstein: A szivébe írva. A természetjog mint az emberi társadalom alapja. *Iustum Aequum Salutare*, 2012/2. 254–261.

Gedanken von Wolfgang Waldstein einem ungarischen Lesepublikum zugänglich macht, in die Reihe jener Arbeiten eingeordnet worden, in denen Autoren mit einem umfangreichen wissenschaftlichen Lebenswerk, ihre Erkenntnisse straff formuliert und mit jener Weisheit zusammenfassen, die sich aus einem durch anhaltende Bemühungen geprägten Leben ergibt. Der Rezensent hält fest, dass diese Bücher eine eigene Gattung innerhalb der Fachliteratur bilden. Im Vordergrund steht nicht die streng wissenschaftliche Abhandlung, das Hauptaugenmerk liegt vielmehr auf der Vermittlung von Inhalten.⁴ Die Inhalte, die der Professor für Römisches Recht in dem Buch einem breiteren Lesepublikum zugänglich macht, sind Ergebnis langer Jahre der intensiven wissenschaftlichen Arbeit. Die Bemühungen Wolfgang Waldsteins um die Forschung und Lehre des Römischen Rechts fallen in eine bewegte Zeit, in der die Wissenschaft vom Recht in Europa mit großen moralischen Herausforderungen konfrontiert worden ist. Waldsteins Leben und Werk kann in gewisser Weise als Sinnbild für die geistesgeschichtliche Entwicklung Europas nach dem Zweiten Weltkrieg angesehen werden. Zu den Eckpfeilern dieser Entwicklung gehören ohne Zweifel die Aufbruchsstimmung nach dem Zweiten Weltkrieg, die durch die radikale Studentenbewegung geprägten sechziger Jahre eine Kehrtwende erfahren hat. Die harten Diskussionen um das Recht auf Leben, die insbesondere auch im Anschluss an die Publikation der Enzyklika *Humanae vitae* einsetzten, sollten den wissenschaftlichen Diskurs der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts entscheidend prägen. Die weitgehende Liberalisierung der Abtreibung in großen Teilen Europas stellt seit den siebziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts einen Prüfstein für jede Bemühung um die Herausarbeitung von objektiven Grundsätzen für Gesetzgebung und Rechtsprechung dar. Diese Situation wurde durch den ungeheuren technischen Fortschritt der letzten Jahrzehnte nur noch verschärft. Dem Gefühl der Ohnmacht, das sich an vielen Orten bemerkbar gemacht hatte und dem man zunächst durch marxistisches und romantisches Gedankengut zu begegnen versuchte, stellte ein Teil der akademischen Welt eine Antwort entgegen, die aus der europäischen Tradition schöpfte. Die Forscher, zu denen auch in besonderer Weise Wolfgang Waldstein zu rechnen ist, führten ihre Arbeiten mit akademischer Präzision durch und stellten so ein Material zur Verfügung, dessen Bearbeitung eine Herausforderung für die zukünftigen Generationen bildet.

In einer Würdigung Waldsteins in der Romanistischen Abteilung der Savigny Zeitschrift anlässlich seines siebzigsten Geburtstages haben die Herausgeber der Zeitschrift die Verdienste des Forschers Waldstein gewürdigt. Nach einem Hinweis auf die erschienenen Monographien, Aufsätze, Lexikonartikel und Rezensionen wenden sich die Verfasser an den Jubilar: „Viele Bereiche des römischen Rechts wurden [...] von Ihnen behandelt und nicht wenige darunter einer gründlichen Neubetrachtung zugeführt. Ihr besonderes Interesse galt freilich stets rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Überlegungen im Zusammenhang mit unserem

⁴ DELI i. m. <http://jesz.ajk.elte.hu/deli51.pdf>.

Wissenschaftsbereich.⁵ Waldstein Forschungsansätze stammen aus dem Bereich des Römischen Rechts und der Rechtsphilosophie. Auch seine rechtstheoretischen Untersuchungen nimmt Waldstein aus der Perspektive des römischen Rechts vor. Diese Tatsache wird auch von den Verfassern der in der Savigny Zeitschrift abgedruckten Würdigung hervorgehoben. „Ihr Ziel war es, aus den Schriften der römischen Juristen das für Sie und für viele von uns immerwährende und immergültige Wesen und Prinzip der Gerechtigkeit zu ergründen und zu zeigen, wie sehr ihre Entscheidung sich am Ideal der Menschlichkeit und Menschenwürde ausrichten.“⁶ Bei dieser Arbeit war der Professor für Römisches Recht stets darum bemüht, die Verbindung der auf Platon und Aristoteles beruhenden Grundlagen, die über Cicero in die allgemeine Rechtskultur Eingang gefunden haben und den Arbeiten der römischen Juristen herauszuarbeiten.⁷ Dabei ging es dem Autor nicht um die Formulierung einer rechtstheoretischen Lehre, sondern, wie er im Hinblick auf seine Arbeiten zum Naturrecht ausdrücklich sagt, um die Darstellung einer realen „gemeineuropäischen Naturrechtstradition“, „die [...] seit über 2000 Jahre die gesamte europäische Rechtsentwicklung geprägt hat“.⁸ Zu den allgemein anerkannten Vorzügen der Arbeiten von Wolfgang Waldstein gehört die klare und prägnante Darstellung.⁹ Die Deutlichkeit in der Formulierung dient all jenen, die ihm folgen wollen, als Anhaltspunkt, gleichzeitig erleichtert sie auch Kritikern ihre Arbeit. In Fachkreisen berühmt ist auch die Strenge und Präzision mit der er als Autor und Herausgeber, aber auch als Lehrer und Rezensent Literatur und Quellen zu überprüfen pflegte.¹⁰ Das wissenschaftlich Werk und das Lebenszeugnis Waldsteins ist Teil der Bemühungen eines bedeutenden Teiles der deutschsprachigen Romanistik, die nach dem zweiten Weltkrieg um die Herausarbeitung jener Elemente bemüht war, von denen sie überzeugt waren, dass sie die europäische Rechtskultur entscheidend geprägt haben und auch weiterhin für all jene als Orientierung dienen können, die bei ihrer Arbeit als Juristen aus der europäischen Tradition mit all ihren Licht- und Schattenseiten schöpfen wollen. Die Mozartstadt Salzburg diente dabei viele Jahre hindurch als Zentrum des Dialogs. Die wissenschaftliche Diskussion blieb dabei nicht auf die Rechtswissenschaften beschränkt, sondern öffnete sich auch der Philosophie und der Theologie. Im Folgenden sollen einige Aspekte der Wechselwirkung dargestellt werden, die sich in der Zusammenarbeit mit Kollegen und Dialogpartnern ausmachen lassen.

⁵ DIE HERAUSGEBER UND DER VERLAG: Wolfgang Waldstein zum 27. August 1998. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 1998/115. XX.

⁶ Ibid. XX.

⁷ Vgl. Ibid. XX.

⁸ Wolfgang WALDSTEIN: *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*. Augsburg, Sankt Ulrich, 2010. 7.

⁹ DIE HERAUSGEBER UND DER VERLAG: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 1998/115. XX.

¹⁰ Vgl. Ibid. XX.

1. Juristen

Wolfgang Waldstein nennt im Vorwort zu seiner 1964 veröffentlichten Habilitationsschrift über das römische Begnadigungsrecht die Namen mehrerer Kollegen, mit denen er über viele Jahre hindurch verbunden bleiben sollte. In erster Linie nimmt er Bezug auf seinen „verehrten Lehrer“ Arnold Herdlitzka. Er hält fest, dass „das gütige Entgegenkommen“, das ihm „Wolfgang Kunkel erwiesen hat, für die Arbeit überaus förderlich“ war. Max Kaser dankt er „für seine überaus gütige und gründliche Durchsicht des Manuskripts in der Rohfassung“ und fügt hinzu, dass er ihm eine „Fülle richtungsweisender Kritik und hilfreicher Anregungen“ zu verdanken habe. Bei Franz Wieacker bedankt er sich für briefliche Hinweise. Im Vorwort wird auch festgehalten, dass Theo Mayer-Maly in „in besonders freundschaftlicher Weise am Fortgang der Arbeit Anteil genommen und ihn mit Rat und Tat unterstützt hat“.¹¹ Neben den genannten Autoren gilt es noch Dietrich von Hildebrand zu erwähnen, bei dem er Erkenntnistheorie studierte und auf Johannes Messner einzugehen, über dessen Werk „Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik“ Waldstein sagt, dass es „die umfassendste Darstellung des Naturrechts ist, die man sich denken kann“.¹² Gleichsam als Abschluss soll auf Joseph Ratzinger eingegangen werden, der in seiner vor dem deutschen Bundestag am 22. September 2011 als Papst Benedikt XVI. auf wesentliche Stellen des Buches von Waldsteins zum Naturrecht Bezug genommen hat.

1.1. Arnold Rudolf Herdlitzka

Am Beginn der wissenschaftlichen Tätigkeit von Wolfgang Waldstein stand seine Habilitation bei Arnold Rudolf Herdlitzka an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät zu Innsbruck im Jahre 1963. Fast zehn Jahre später war Waldstein im Jahr 1972 neben Franz Horack einer der Herausgeber der Festgabe für Herdlitzka anlässlich des 75. Geburtstages ihres Lehrers. Waldstein war auch der Verfasser des nach dem Tod Herdlitzkas am 15. August 1984 erschienenen Nachrufes. In dem Nekrolog zeichnet Waldstein Herdlitzkas Lebensweg ausführlich nach. Beim Lesen des Textes wird deutlich, dass Leben und Werk Herdlitzkas für Waldstein ohne Zweifel Vorbildwirkung hatten. In seinem Lehrer entdeckt der Professor für Römisches Recht die Verkörperung jener „Ordnungselemente“¹³, die er später immer wieder zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung machen sollte. Im letzten Absatz hebt er folgende Eigenschaften Herdlitzkas hervor: „Unbestechliche Rechtlichkeit und Gerechtigkeit, auch im prätorischen Sinne des

¹¹ Wolfgang WALDSTEIN: *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. Abolitio-Indulgentia-Venia*. Innsbruck, Universitätsverlag, 1964. 13–14.

¹² WALDSTEIN (2010) a.a.O. 7.

¹³ Diesen Begriff verwendet Waldstein seiner Antrittsvorlesung an der Universität Salzburg. Vgl. Wolfgang WALDSTEIN : *Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht*. Salzburg – München, Pustet, 1967.

bonum et aequum, dazu *auctoritas, fides* und *humanitas*“.¹⁴ Sowohl Herdlitzka als auch Waldstein sahen sich im Laufe ihres Lebens mit Situationen konfrontiert, in denen ihnen die Umsetzung dieser Ideale Opfer abverlangte. Als Beispiel mag die Vorgangsweise Herdlitzkas im Zusammenhang mit seiner Versetzung in den Ruhestand durch die nationalsozialistischen Machthaber im Jahre 1938 gelten. Im Nekrolog berichtet Waldstein über die Begebenheit. Obwohl in der Entscheidung, durch die dem Professor der Entschluss der Machthaber mitgeteilt wurde, im Sinne einer Rechtsmittelbelehrung ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass gegen den Beschluss keine Rechtsmittel zustanden, erhob Herdlitzka Rekurs. Ohne Zweifel war ihm klar, dass er in der Sache an sich keine Änderung erreichen können würde, doch verlangte sein juristisches Ehrgefühl es, dass er eine Gesetzeswidrigkeit gelten machte, die sich aus der Anwendung der von den Nationalsozialisten erlassenen Normen ergab. Aus diesen Bestimmungen ergab sich, dass seine Versetzung in den Ruhestand erst drei Monate später wirksam werden konnte, als dies in der Entschließung angegeben war. Waldstein bemerkt dazu: „Die Unerschrockenheit Herdlitzkas und die juristische Präzision seiner Argumente führten zu einem kleinen, gleichwohl aber nicht unbedeutenden Sieg des Rechts angesichts der damaligen Rechtslosigkeit politisch Verfolgter.“¹⁵ Bemerkenswert ist im Hinblick auf die Einordnung des wissenschaftlichen Werkes von Wolfgang Waldstein, dass Herdlitzka bereits in seiner Antrittsvorlesung in Innsbruck 1936 ausdrücklich auf das Naturrecht Bezug genommen hat. Für Herdlitzka war es wichtig, dass es „auch in der verwirrenden Fülle“ von Formen in der Rechtsentwicklung „ein Ewiges“ gibt, „eine Reihe gleichbleibender Gedanken, gegen die sich eine Rechtsordnung nicht versündigen darf, will sie Bestand haben“.¹⁶ Die Tatsache, dass Herdlitzka in dem Text „den Einfluß des Christentums in der europäischen Rechtsentwicklung positiv gewürdigt und sich am Ende uneingeschränkt zu Österreich bekannt“ hat, war ausschlaggebend dafür, dass er bei den neuen Machthaber in Ungnade gefallen ist.¹⁷ Herdlitzka wurde nach dem Ende der nationalsozialistischen Ära an die Universität Innsbruck zurückberufen, wo ihm im Laufe der Zeit zahlreiche Ämter übertragen worden sind. So übte er mehrere Male das Amt des Dekans aus und war auch Rektor seiner Universität. In einem Beitrag „Zur Reform des juristischen Studiums an den österreichischen Universitäten“ betrachtete er es als Aufgabe der Reform des juristischen Studiums, die im Anschluss an das NS-Unrechtsregim bestehende Enttäuschung und das mangelnde Vertrauen in die Rechtsordnung zu beseitigen. Zu den Zielen des Studiums gehörte es dabei in den künftigen Juristen die Verwirklichung der von dem römischen Juristen Ulpian (D. 1.1.10.1) formulierten *iuris praecepta* zu fördern.¹⁸ Herdlitzka ging somit von einer in der Praxis bestehenden

¹⁴ Wolfgang WALDSTEIN: In memoriam Arnold Rudolf Herdlitzka (1896 – 1984). Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 102/1985. 803.

¹⁵ Ibid. 797–798.

¹⁶ Zitiert nach WALDSTEIN, ibid. 801.

¹⁷ Ibid. 798.

¹⁸ Ibid. 803.

Verbindung des *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* aus. Eine Rechtsordnung, die sowohl bei der Allgemeinheit als auch bei dem Einzelnen das Gefühl von Vertrauen und Rechtssicherheit entstehen lässt, ist – so lässt sich zusammenfassend festhalten – vom Zusammenspiel zwischen einem vorgegebenen Naturrecht und der Einhaltung der Gebote des Rechts abhängig.

1.2. Wolfgang Kunkel

An zweiter Stelle erwähnt Waldstein im Vorwort seiner Habilitationsschrift Wolfgang Kunkel. Kunkel hat im Jahre 1956 in München das Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte an der an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität aufgebaut, das nach Helmut Coing eines „der großartigsten Institute“ der rechtsgeschichtlichen Forschung ist.¹⁹ In der Person Kunkels verwirklicht sich das Zusammenspiel zwischen althistorischer und rechtshistorischer Forschung in überaus glücklicher Weise. Er war Schüler des Althistorikers Matthias Gelzer und des Romanisten Ernst Levy. Levy war jüdischer Abstammung und emigrierte 1936 in die USA. Kunkel blieb in ständigem Briefkontakt mit ihm. Zur Zeit der nationalsozialistischen Machtübernahme war Kunkel in Göttingen tätig, wo er in einem offiziellen an das preußische Kultusministerium gerichteten Protest Beschwerde gegen den Ausschluss jüdischer Schüler und Studenten erhob.²⁰ Zu den charakteristischen Eigenschaften Kunkels gehörte seine Hilfsbereitschaft. Diese Bereitschaft anderen auf ihrem wissenschaftlichen Werdegang behilflich zu sein, stand auch am Beginn der Beziehung von Professor Waldstein mit Ungarn. Waldstein erzählt, dass er im Zusammenhang mit der Organisation des Rechtshistorikertages 1970 in Salzburg Rat bei Wolfgang Kunkel einholte und dieser ihm vorschlug den Ungarn János Zlinszky zu der angesehenen Fachtagung einzuladen. Zlinszky hielt dann auch tatsächlich einen viel beachteten Vortrag, der in der Festgabe für Herdliczka publiziert wurde. Die Begegnung von Waldstein und Zlinszky in Salzburg war der Beginn einer tiefen Freundschaft und engen wissenschaftlichen Zusammenarbeit. Nach der politischen Wende in Ungarn wurde Zlinszky als einer der ersten Richter an das neugegründete ungarische Verfassungsgericht berufen. Im Jahre 1995 wurde er erster Dekan der ebenfalls neuen Juristischen Fakultät der Katholischen Universität in Budapest.

Ein bedeutender Teil der wissenschaftlichen Arbeit Kunkels liegt auf dem Gebiet des römischen Staats- und Strafrecht. Dies lässt sich auch durch die Tatsache belegen, dass er das Projekt in Angriff genommen hat, ein Handbuch zum römischen Staatsrecht zu verfassen, das als Überarbeitung des monumentalen Handbuches von Theodor Mommsen gedacht ist. Der erste Band dieses Handbuches erschien im Jahre 1995 vierzehn Jahre nach Kunkels Tod unter der Betreuung von Roland Wittmann. Helmut Coing hat das Vorhaben Kunkels folgendermaßen formuliert: „Was Kunkel

¹⁹ Helmut COING: In memoriam Wolfgang Kunkel. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 98/1981. VI.

²⁰ Ibid. V.

unternahm war eine Revision des von Mommsen geschaffenen Systems des römischen Verfassungsrechts und damit ins Positive gewendet, die Herstellung eines echten, historisch-genetischen Bildes der Eigenart des römischen Verfassungslebens. Er wollte Mommsens formal-systematische Betrachtungsweise durch eine Analyse und Darstellung ersetzen, die sich um ein Verstehen der einzelnen Institutionen des römischen Staatswesens und ihres Werdens bemüht.²¹ Am Beginn seiner Rezension des Handbuches von Kunkel berichtet Waldstein, dass er im Zusammenhang mit den ersten Arbeiten an seiner Habilitationsschrift über das römische Begnadigungswesen den Eindruck gewonnen hatte, dass die Ansicht Mommsens, dass den Römern das den griechischen Vorbildern entsprechende Rechtsinstitut zwar nicht der Sache nach fehlte, aber man im antiken Rom über kein entsprechendes technisches Wort verfügte, unzutreffend sei. Waldstein hatte nun den Eindruck, dass dieser Befund auf „einer vorweg angenommenen Vorstellung beruht, die den Blick für die einschlägigen Quellen offenbar verschlossen hat.“ Kunkel hat diesen ersten Eindruck Waldsteins bestätigt.²² Im Gegensatz zu der Absicht Mommsens ein System des römischen Staatsrechts schaffen zu wollen, waren die Bemühungen Kunkels auf die Darstellung der römischen Verfassungswirklichkeit ausgerichtet. Waldstein hebt hervor: „Die Erschließung der Quellen selbst erfolgt mit der bekannten Präzision Kunkels, die durchwegs zu überzeugenden Ergebnissen führt und zu einem außerordentlich lebendigen Bild der römischen Verfassungswirklichkeit.“²³ Im Hinblick auf das IV. der Amtsführung der römischen Magistrate gewidmete Kapitel schreibt Waldstein, dass dieser Abschnitt „in einer faszinierenden Lebendigkeit die tatsächliche Handhabung der jeweiligen Amtsgewalt“ darstellt.²⁴ Es ist wohl gerade das Bestreben Kunkels, die Darstellung der römischen Verfassungspraxis mit dem auf die Darstellung des Rechtscharakters ausgerichteten institutionellen Denken in Einklang zu bringen, das den eigentlichen Wert des Handbuches ausmacht. Dieser Aspekt ist auch von Jochen Bleicken hervorgehoben worden, der dem von Kunkel gewählten institutionellen Ansatz gegenüber grundsätzlich kritisch eingestellt war.²⁵ Es ist wohl kein Zufall, dass Bleicken bei der Charakterisierung des Werkes von Kunkel vor dem Hintergrund anderer Arbeiten zur Staats- und Rechtsgeschichte das von Gerhard Dulckeit begonnene und auch von Wolfgang Waldstein bearbeitete Lehrbuch zur Rechtsgeschichte durchaus positiv bewertete. So formulierte Bleicken:

²¹ Ibid. XI.

²² Wolfgang WALDSTEIN: Wolfgang Kunkel, Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 116/199. 326.

²³ Ibid. 329.

²⁴ Ibid. 330.

²⁵ In seiner Rezension zu Kunkels Handbuch schreibt er: „Das zentrale Anliegen von Kunkel ist der sichtbare und für den Benutzer jederzeit nachvollziehbare Aufbau der staatlichen Ordnung aus den Quellen, und das macht auch den Wert seiner Darstellung und deren Abstand zu Mommsen aus“. Jochen BLEICKEN: Im Schatten Mommsens. Gedanken zu Wolfgang Kunkels Buch über die Magistratur in der römischen Republik. In: Jochen BLEICKEN: *Gesammelte Schriften I*. Stuttgart, Franz Steiner, 1998. 549.

„Sie [die „Rechtsgeschichte“], die sich an ein besonderes Publikum, nämlich an die Studenten der Jurisprudenz, richtet, stellt die Institution wieder in den Vordergrund, doch ist es ihr gelungen, diese in den Fluß der Zeit einzuordnen und auch den sozialen Hintergrund einzufangen.“²⁶

1.3. Max Kaser

In seinem Nachruf für Max Kaser schreibt Rolf Knütel, dass durch den Tod Kasers am 13. Jänner der 1997 „der letzte Stern des großen Dreigestirns“ erloschen ist. Diesem Dreigestirn ordnete Knütel neben Kaser Wolfgang Kunkel und Franz Wieacker zu. Auch in dem Vorwort zur Habilitationsschrift Waldsteins wird Kaser gemeinsam mit Kunkel und Wieacker genannt. Der wissenschaftliche Austausch zwischen Kaser und Waldstein war wohl für beide Teile besonders bereichernd.

Als Max Kaser sich 1971 früher als dies aufgrund der Altersbestimmungen notwendig gewesen wäre aus dem akademischen Leben zurückzog, setzte Waldstein sich gemeinsam mit Theo Mayer-Maly dafür ein, Kaser für die Universität Salzburg zu gewinnen.²⁷ Die zwischen den beiden Professoren bestehende Vertrautheit sollte viele Jahre später auch dadurch zum Ausdruck kommen, dass Waldstein Kaser bei der Abfassung seines letzten Werkes, dem Buch zum *ius gentium* behilflich war.²⁸ Im Hinblick auf diese Arbeit konnte Knütel schreiben, dass Kaser die mit dem „Einfluß der griechischen Philosophie verbundene Dimension erkannt“ hat. Knütel betont weiter, dass obwohl er [Kaser] der Ansicht war, dass ihm die „gewünschte Vertiefung nicht mehr gelungen sei, [...] hat er auch mit diesem Werk unseren Kenntnisstand durch die klare Herausarbeitung maßgeblicher Aspekte wesentlich gefördert, wie etwa zur im *ius gentium* erreichten Verbindung zum *ius naturale* oder zu den völkerrechtlichen Gehalten.“²⁹ Das Buch Kasers zum *ius gentium* gehört wohl zu den Werken in dem seine Verbundenheit mit Waldstein auch inhaltlich deutlich zum Vorschein tritt.³⁰ Die besondere Wertschätzung, die das Fachgebiet des Römischen

²⁶ Ibid. 534.

²⁷ Rolf KNÜTEL: Max Kaser (21.4.1906–13.1.1997). Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 115/1998. XXXVIII.

²⁸ Das Werk erschien beim Böhlau Verlag im Jahre 1993 als Kaser bereits 87 Jahre war. Zwei Jahre zuvor war seine Frau gestorben, der er innig verbunden gewesen ist. Diese Zeit war für den großen Wissenschaftler begreiflicherweise nicht leicht. Vgl. KNÜTEL aaO. XLI: „Für Max Kaser war die Welt damit sehr leer geworden. Er beklagte, seiner Frau nicht mehr helfen und der Wissenschaft nicht mehr dienen zu können. Doch fand er dann noch einmal mit großen Anstrengungen zur Arbeit am *Ius gentium* zurück, bei der er, der in allen seinen Publikationen jede Zeile selbst geschrieben hatte, die Unterstützung und Formulierungshilfe des Freundes Wolfgang Waldstein und die Unterstützungen des zum Freund gewordenen Schülers Karl Hackl dankbar entgegennahm“.

²⁹ Ibid. XL.

³⁰ Kaser widmet die Studie seinen „Freunden und Fachkollegen an der Universität Salzburg, den Professoren Wolfgang Waldstein, Theo Mayer-Maly, Heinrich Honsell und Karl Hackl. Was Waldstein betrifft schreibt er im Vorwort: „Besonders zu danken habe ich meinen Freund W. Waldstein, der beim letzten Abschnitt (Obligationenrecht) Stücke aus meinem Entwurf und aus weiteren Notizen

Rechts für Max Kaser empfindet, kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass in der Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte die Beiträge, die in dem „Symposium für Max Kaser“ gehalten Vorträge gemeinsam mit anderen auf die Vertiefung in sein Werk ausgerichteten Studien abgedruckt sind. Wolfgang Waldstein untersucht den Beitrag Max Kasers zur Erkenntnislehre.³¹ Im Zentrum seiner Aufmerksamkeit steht die von dem großen Professor für Römisches Recht 1962 formulierte These, dass bei der Entscheidungsgewinnung der römischen Juristen nicht die rationalen Methoden der Induktion und Deduktion im Vordergrund stehen. Waldstein betont insbesondere folgende Aussage Kasers: „Nach den Eindrücken, die die juristische Überlieferung zuverlässig vermittelt, steht vielmehr die Intuition im Vordergrund, also die Gewinnung der richtigen Entscheidung durch ein unmittelbares Erfassen, das des rationalen Argumentierens nicht bedarf“.³² Waldstein weist darauf hin, dass sich Max Kaser durchaus der Tatsache bewusst war, dass bei modernen Juristen „die Intuition als Mittel der Rechtserkenntnis weithin auf Skepsis“³³ stößt. Mit Entscheidungen, die ihre Grundlage in der Intuition der jeweiligen zur Entscheidungsfällung berufenen Organe haben, wird allgemein die Gefahr der Unklarheit, Unbestimmtheit und der mangelnden Rechtssicherheit verbunden. In der von Waldstein bearbeiteten Untersuchung zeigt Kaser auf, dass die Intuition bei den römischen Juristen ihre Grundlage in klar beschreibbaren Elementen hatte. Diese Merkmale haben den Juristen ein sicheres juristisches Sachgefühl vermittelt. So war das Rechtsempfinden auf der emotionalen Seite auch durch die Freude an Harmonie und Schönheit geprägt.³⁴ An erster Stelle nennt er den „Sinn der Römer für die Wirklichkeiten des Lebens“. Im Hinblick auf diesen Wirklichkeitssinn schreibt Kaser: „Dieser Realismus führte sie [die Römer] allenthalben zu den Lösungen, die der Natur der Dinge und damit der inneren Gesetzmäßigkeit der behandelten Materie am vollkommensten gerecht wurden“.³⁵ 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“³⁶ zu weisen. Dieses Herkommen war bestimmend für die Einrichtungen der Gesellschaft und ihre Grundlagen und wurde durch religiöse Vorschriften und auch durch den bäuerlichen Konservatismus der Römer getragen.³⁷ Was die persönlichen Eigenschaften der Juristen betrifft, so betont Kaser, dass sie

in die Maschine geschrieben hat“. Vgl. Kaser im Vorwort zu dem in der Reihe „Forschungen zum Römischen Recht“ erschienen Buch. Max KASER: *Ius Gentium*. Köln – Weimar – Wien, Böhlau, 1993.

³¹ Wolfgang WALDSTEIN: Max Kasers Beitrag zur Erkenntnislehre. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 115/1998. 203–213.

³² Ibid. 203.

³³ Max KASER: Zur Methode der römischen Rechtsfindung. In: Max KASER: *Ausgewählte Schriften I*. Napoli, Jovene Editore, 1976. 55.

³⁴ Vgl. Ibid. Anm. 32.

³⁵ Ibid. 56.

³⁶ Ibid. 56–57.

³⁷ Vgl. Ibid. 57.

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.³⁸ Zusammenfassen kann daher gesagt werden, dass die Intuition der Römer durch Freude an Harmonie, Realitätssinn, dem Streben nach Übereinstimmung mit dem Brauch der Väter und dem Bewusstsein der Zugehörigkeit zu einem einheitlichen Juristenstand geformt wurde. Kaser schreibt, dass diese Elemente zu einem Erfahrungswissen, das an immer neuen Fällen erprobt wurde und im Ergebnis zu der den „Klassikern kennzeichnende unerhörte Treffsicherheit“ geführt hat.³⁹ Diesen Erkenntnissen Kasers hat Waldstein voll und ganz zugestimmt. Für ihn war dabei insbesondere die Tatsache bemerkenswert, dass Kaser seine Einsichten nicht vor dem Hintergrund von wissenschaftstheoretischen Überlegungen, sondern durch die „jahrzehntelange Arbeit an den Quellen [des römischen Rechts] durch umfassendes Sammeln von Einzelbeobachtungen“ gewonnen hat.⁴⁰ Kasers Erkenntnisse haben bereits Anfang der Siebzigerjahre den Ausgangspunkt dafür gebildet, dass Waldstein der Frage der Intuition in der Festgabe für Herdliczka einen Abschnitt gewidmet hat. Dabei wendet er sich insbesondere der Frage des Verhältnisses zwischen Intuition und rationalen Methoden der antiken Philosophie zu. Waldstein geht bei seiner Untersuchung von dem Begriff der αἴσθησις bei Aristoteles aus, der in der deutschen Übersetzung durch den von Kaser und Waldstein behandelten Begriff Intuition wieder gegeben wird. In einem weiteren Schritt erläutert er auch den Terminus νοῦς. Waldstein stellt mit Aristoteles fest, dass der Verstand νοῦς die geistigen Gegebenheiten nur im Wege der Intuition, Wahrnehmung αἴσθησις erkennen kann. Der Terminus αἴσθησις wird im Sinne des Aristoteles als „Schau der Wahrheit“ verstanden. Aristoteles hat in der Nikomachischen Ethik die verschiedenen Perspektiven beschrieben unter denen der Geometer und der Zimmermann den rechten Winkel untersuchen. Er schreibt: „Der eine, soweit er ihm zur Arbeit nützlich ist, der andere dagegen untersucht sein Wesen oder die Wesenseigenschaften, denn der ist hingeeben an die Schau der Wahrheit“.⁴¹ Unter Wesenseigenschaften werden dabei die ἀρχαί, die Grundgegebenheiten einer Sache verstanden. In diesem Sinne ist Intuition die dem Gegenstand angemessene Methode, um die Grundgegebenheiten einer Wirklichkeit zu erfassen.⁴² Der Begriff νοῦς bezeichnet das Vermögen des Menschen, das auf das Erfassen der Wesenseigenschaften ausgerichtet ist. Ausgehend

³⁸ Vgl. Ibid. 58.

³⁹ Ibid. 58.

⁴⁰ WALDSTEIN (1998) a.a.O. 204.

⁴¹ Arist. Eth. Nik. I,7, 1098 a 29 ff.

⁴² WALDSTEIN (1985) a.a.O. 251.

von diesen grundlegenden Gegebenheiten können dann im Wege der schlussfolgernden Argumentation weitere Erkenntnisse gewonnen werden. Im Hinblick auf die dargestellten philosophischen Grundlagen schöpft Waldstein aus den Erkenntnissen von Dietrich von Hildebrand (vgl. II.a). Die Intuition als philosophische Erkenntnis wird dabei ausdrücklich von der Bedeutung abgegrenzt, die der allgemeine Sprachgebrauch dem Wort beilegt.“ Diese Intuition im Sinne eines geistigen rationalen Wahrnehmens oder Erfassens ist freilich davon abzugrenzen, was in den verschiedenen landläufigen Auffassungen unter Intuition verstanden wird. Meist versteht man darunter ein irrationales Gefühl, ein „Fingerspitzengefühl“ oder eine Art von sechstem Sinn, [...] 'eine mystische Schau' oder zumindest einen Weg, der jenseits des natürlichen Erkennens liege.“⁴³ Waldstein geht in diesem Zusammenhang noch auf zwei mit der Intuition als Erkenntnismethode verbundene Fragestellungen ein. Zum einen spricht er die Tatsache an, dass die Erkenntnis im Wege der Intuition wie jede andere Wahrnehmung auch eine Entsprechung zwischen dem Objekt und der Erkenntnis voraussetzt. Diese Interrelation zwischen Erkennenden und Erkanntem setzt „unter Umständen eine besondere Begabung“ voraus.⁴⁴ Waldstein sagt dann weiter: „Ein besonderes Problem ist die Frage der Intersubjektivität und damit der Überprüfbarkeit intuitiv gewonnener Erkenntnisse. Dazu ist zu sagen, daß die hier gemeinte Intuition ja auf Objekte der Erkenntnis gerichtet ist, die für jedermann der unmittelbaren Anschauung zugänglich sind. Vom Objekt der Erkenntnis her läßt sich auch die Richtigkeit der Erkenntnis überprüfen.“⁴⁵ Diese Ausführungen treffen sich mit den aus der historischen Wirklichkeit gewonnenen Feststellungen Kasers zu der besonderen Stellung des Juristenstandes in Rom. Vor diesem Hintergrund erhält auch die – in späteren Untersuchungen von Waldstein erörterte – Aussage des römischen Juristen Ulpian ihre eigentliche Bedeutung, dass die Juristen nach der wahren Philosophie streben.

1.4. Franz Wieacker

Rolf Knütel hatte Franz Wieacker als drittes Mitglied des großen Dreigestirns der Forscher zum Römischen Recht bezeichnet. Waldstein empfindet für Wieacker „große persönliche Wertschätzung“. Die aus vier Bänden bestehende Darstellung der römischen Rechtsgeschichte bezeichnet Waldstein als „einzigartige Gesamtdarstellung“.⁴⁶ Das wissenschaftliche Werk Wieackers unterscheidet sich

⁴³ Ibid. 254

⁴⁴ Ibid. 254–255.

⁴⁵ Ibid. 255.

⁴⁶ Wolfgang WALDSTEIN: Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, Erster Abschnitt. Besprechung. *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 242/1990/3., 4. Zu den vier Monographien, die das Gesamtwerk ausmachen gehören einerseits die „Römische Rechtsgeschichte“, deren zweiter Band in einem „Ausblick“ bereits im 1988 erschienenen ersten Band angekündigt wurde, aber erst 2006 posthum veröffentlicht wurde. Die beiden anderen Werke sind die „Textstufen klassischer Juristen“ (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1960) und die

in zahlreichen Aspekten in erkenntnistheoretischen Grundlagen und Ergebnissen von den Einsichten Waldsteins. Waldstein hält dies seiner Besprechung des ersten Bandes der „Römischen Rechtsgeschichte“ fest. Nachdem Waldstein die Bedeutung des Werkes für das Studium des römischen Rechts hervorgehoben hat schreibt er: „Dies gilt selbstverständlich unabhängig davon, ob man den von W[ieacker] angenommenen Prämissen und den daraus abgeleiteten Ergebnissen in allen Einzelheiten folgen kann. [...] Gerade die präzisierten „eigenen Standpunkte“ werden naturgemäß in der künftigen Forschung eine zentrale Rolle spielen, wenn es um die Beurteilung des Gegenstandes Recht in seinen vielfältigen historischen Erscheinungsformen geht.“⁴⁷ Wieacker war in all seinen Werken darum bemüht, den Wert der Rechtsgeschichte für die Wissenschaft vom Recht, insbesondere für jene vom deutschen Recht herauszuarbeiten. Sein Schüler Detlef Liebs hat den Lehrer folgendermaßen charakterisiert: „Seine Äußerungen sind durchweg hochkomplex und gehen Feinheiten und Nuancen nach, wie dies kein anderer seiner Kollegen tat. Zugleich erreichte er aber eine breitere Öffentlichkeit als alle seine deutschsprachigen Fachgenossen“. Der Dissens, den Waldstein im Hinblick auf das Werk Wieackers formuliert betrifft vor allem die „Frage nach dem vorausgesetzten Rechtsbegriff“.⁴⁸ Waldstein stellt fest, dass Wieacker „auf der Grundlage des herrschenden Wissenschafts- und Wirklichkeitsbegriffes“ im Hinblick auf die Grundlagen des Rechts von „Wertungen“ spricht, was „wohl impliziert, daß dies gedankliche Akte des wertenden Subjekts sind, denen nicht objektive Werte gegenüberstehen, auf die das Subjekt damit 'antwortet'“. Im Anschluss zieht er aus der Tatsache, dass Wieacker den Begriff „Wert“ nur in Verbindungen, wie etwa „Wertvorstellungen“, „moralischen Wertungen“ und dem „Wertungskonsens in Rom“ verwendet den Schluss, dass man [gemeint ist beim Lesen der Rechtsgeschichte Wieackers] „das Wort 'Wert' zumindest nicht im Sinne einer objektiven Gegebenheit überfordern darf. Waldstein schreibt dann weiter: „Gleichwohl kann man W[ieacker] im Gesamtzusammenhang der Ausführungen wohl auch nicht einfach dahin verstehen, daß er einen konsequenten Werts subjektivismus vertritt. Denn er anerkennt ganz offensichtlich Werte, auch wenn er sie nicht als solche bezeichnet. Das gesamte wissenschaftliche Ethos, das sein Werk auszeichnet, ist auf Erkenntnis historischer Wahrheit gerichtet, die damit auch als Wert anerkannt wird.“⁴⁹ Wieacker hat der Frage der Wertungen eine eigene Abhandlung gewidmet, die in der Savignyzeitschrift erschienen ist. Ganz zu Beginn führt er aus, wie er den Begriff „Wertung“ versteht. „Unter 'Wertung' soll hier verstanden werden die Begründung fachjuristischer Entscheidungen und Rechtsmeinungen durch moralische Urteile oder Zweckerwägungen, die außerhalb der positivierten römischen Rechtsordnung lagen und also Ziele verfolgten, die über die bloße Verwirklichung eines, dem *ius* entsprechenden Zustandes hinausgingen, somit

"Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2. Auflage 1967).

⁴⁷ Ibid. 198.

⁴⁸ Ibid. 207.

⁴⁹ Ibid. 208.

'heteronom' waren;⁵⁰ Der Begriff der Wertung wird somit in hohem Maße durch das wertende Organ bestimmt, im konkreten Fall der römischen Rechtswissenschaft durch die römischen Fachjuristen.

In einem weiteren Punkt hebt Waldstein ausdrücklich hervor, dass die Frage des *ius naturale* „ähnlich kontrovers“ wie das Wertproblem ist. Waldstein schreibt, dass Wieacker zwar eine „Rezeption vorrechtlicher Wertungen in Rechtsordnung und Rechtsanwendung“ kennt, hebt aber dann den Unterschied hervor, der zwischen einer bloßen „Rezeption vorrechtlicher Wertungen“ in die positive Rechtsordnung und der Anordnung seitens der Rechtsordnung einen Fall „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ zu entscheiden besteht, wie dies etwa § 7 des österreichischen ABGB tut. Der Unterschied zwischen den beiden Vorgangsweisen besteht darin, dass im ersten Fall „der Vorgang der Übernahme dieser Wertungen durch die an der Rechtsbildung beteiligten Personen oder Organe in deren Wertungsakte bei der Rechtssetzung im Vordergrund steht“. Im zweiten Fall geht es um die Anwendung – hier zitiert Waldstein § 16 ABGB – von angeborenen Rechten, die jeder Mensch hat und die schon durch die Vernunft einleuchten.⁵¹ Wie im Zusammenhang mit der Frage der „Wertungen“ kann auch hier festgehalten werden, dass im ersten Fall der Willensakt eines Organs übernommen wird, im zweiten Fall werden vorgegebene Rechte positiviert, die von jedem erkannt werden können. In den Fußnoten zu den entsprechenden Ausführungen führt Waldstein einerseits die „Reine Rechtslehre“ von Hans Kelsen an, andererseits verweist er auf seine Ausführungen in seinem Buch „Das Menschenrecht zum Leben“.

Okko Behrends hat das Bekenntnis Wieackers zur Gerechtigkeit und zur professionellen Seite des Rechts hervorgehoben. Dabei handelt es sich um zwei Aspekte, die auch im Werk Waldsteins eine hervorragende Stellung einnehmen. Diese beiden Elemente führen dazu, dass die Unterschiede in der Perspektive zwischen Waldstein und Wieacker im Ergebnis geringer sind, als dies nach der Meinungsverschiedenheit im Hinblick auf die Grundbegriffe zu vermuten gewesen wäre. Behrends schreibt in seiner Würdigung Wieackers: „Es macht Wieackers Größe aus, daß sein idealistischer Glaube an die Möglichkeit einer Gerechtigkeit, die sich in der Immanenz der Entscheidungssituation zeigt, seinen Blick und sein Interesse für die professionelle Seite des Rechts nicht geschwächt hat. Der existentielle Gerechtigkeitsglaube hat sein Gegengewicht in einem nicht minder intensiven Glauben an den Juristenstand, an die Möglichkeit, daß juristischer Professionalismus der beste Weg zur Gewährleistung gerechter Zustände ist.“⁵² In den letzten Abschnitten der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit wirft Wieacker grundsätzliche Fragen zu Recht und Gerechtigkeit auf und er tut dies bezeichnenderweise unter Bezugnahme auf die Schreckenherrschaft des Nationalsozialismus. Wieacker schreibt: „Daß

⁵⁰ Franz WIEACKER: Offene Wertungen bei den römischen Juristen. Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 1977/94. 1.

⁵¹ Ibid. 208–209.

⁵² Okko BEHREND (Hrsg.): Franz Wieacker. Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung* 112/1995. XXXVIII.

die Vernichtung anderer Rassen der „Herrenrasse“ nützt, die Ausmordung der Geisteskranken dem biologischen Haushalt der „Volksgemeinschaft“, die Sippenhaftung dem politischen Wohlverhalten der Familienväter, die Ermutigung des Denunzianten der Herrschaft des Diktators, die Hinrichtung des kleinen Metalldiebes der Aufbringung des Buntmetallbedarfs der Kriegswirtschaft: diese kurzbeinigen Wahrheiten, einem mißleitenden öffentlichen Bewußtsein eingepägt zu haben, das sind die Lorbeeren eines angewandten Naturalismus, der, des trockenen Tones statt, den Teufel spielte und von der wissenschaftlichen Erklärung der Rechtswirklichkeit frischweg zum Experimentieren im lebendigen Fleisch und Blut des Menschen schritt.“ Wieacker verurteilt in diesem Zitat einerseits das eigennützige Zweckdenken im Recht andererseits den Naturalismus. Dem stellt er die Forderung nach Gerechtigkeit gegenüber. Die Orientierung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung am Einzelzweck führt – so Wieacker – zur Selbsterstörung der Gesellschaft. Diese Konsequenz kann nur dann vermieden werden, wenn Rechtssetzung und Rechtsanwendung sich an „die Maximen einer praktikablen öffentlichen Moral bindet“. Unter Moral sei dabei nicht ein subjektivistisches Ideal oder ein indoktriniertes und verabsolutiertes metaphysisches Wertsystem verstanden werden, „sondern nicht mehr und nicht weniger als die Einsicht in die höchste Realität des konkreten Rechts, die wir mit einem großen Wort Gerechtigkeit und schlichter praktische Rechtsvernunft nennen.“⁵³ Die Berufung auf die praktische (Rechts)vernunft als Ordnungselement führt freilich wieder auf die Frage nach der Beziehung zwischen logos/ratio und nous/intelligentia hin.

1.5. Theo Mayer-Maly

Wolfgang Waldstein und Theo Mayer-Maly waren über Jahrzehnte hinweg durch eine tiefe Freundschaft und einen überaus intensiver wissenschaftlichen Austausch verbunden. Waldstein schreibt in der Gedächtnisschrift für Mayer-Maly, dass die „intensivste wissenschaftliche Begegnung“ um das Jahr 1962 stattfand, als er ihm das Manuskript seiner Habilitationsschrift zur Ansicht vorlegte.⁵⁴ Auf Waldsteins Initiative hat Mayer-Maly 1966 einen Ruf an die wiedererrichtete Juristische Fakultät in Salzburg erhalten und angenommen. Dieser Universität ist er bis zu seinem Tod treu geblieben. In seiner autobiographischen Skizze erzählt Mayer-Maly, dass für die Annahme des Rufes an die Universität Salzburg unter anderem auch der Gedanke an eine Zusammenarbeit mit Waldstein entscheidend war.⁵⁵ Zu Mayer-

⁵³ Franz WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. 586.

⁵⁴ Wolfgang WALDSTEIN: Evidenz und Intuition bei den Römischen Juristen. In: Friedrich HARRER – Heinrich HONSELL – Peter MADER (Hrsg.): *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*. Wien, Springer, 2011. 554.

⁵⁵ Vgl. Theo MAYER-MALY: Theo Mayer-Maly. In: Clemens JABLONER – Heinz MAYER (Hrsg.): *Österreichische Rechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*. Wien, Springer, 2003. 131. Wörtlich schreibt er dort: „Mich zog besonders die Aussicht auf enge Zusammenarbeit mit René Marcis und

Maly schreibt Honsell in seinem Nachruf zusammenfassend: „Mayer-Maly war einer der bedeutendsten Rechtsgelehrten des 20. Jahrhunderts. Wie nur wenige hat er die Rechtswissenschaft der Gegenwart geprägt und weit über die Grenzen Österreichs hinaus gewirkt. Er war einer der letzten großen Generalisten des Rechts, ein universeller Wissenschaftler, für die österreichische Rechtswissenschaft mit ihren traditionell schmalen Venien ganz untypisch.“ Die Vielseitigkeit war dabei nicht auf die Rechtswissenschaft beschränkt. Honsell weist darauf hin, Mayer-Maly zunächst Journalist, Regisseur oder Schauspieler werden wollte. Diese Neigung verleiht wohl auch seinem juristischen Werk eine besondere Lebendigkeit. Am Anfang seiner wissenschaftlichen Karriere stand im Jahr 1954 die überaus seltene Auszeichnung einer Promotion *sub auspiciis (praesidentis rei publicae)* im Hinblick auf herausragende Leistungen. Bei dieser Gelegenheit hat er in Anwesenheit des österreichischen Bundespräsidenten und des Wiener Kardinals eine Promotionsrede zum Thema „Freiheit und Recht in der Geschichte“ gehalten. Habilitiert wurde er 1956 mit knapp 25 Jahren von der Universität Wien mit einer Arbeit über die *Locatio-conductio*. Mayer-Malys Arbeitsweise lässt sich auch durch ein weiteres Zitat von Honsell verdeutlichen: „Es schien ganz so, wie Jhering in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz von sich behauptet hat, dass er sich nach zwei Zügen an seiner Havanna nach dem Essen auf dem Kanapee auf das Forum Romanum begeben und mit dem römischen Prätor unterhalten konnte.“ Das präzise Arbeiten Waldsteins und die überragende schöpferische Veranlagung Mayer-Malys waren wohl eine Kombination, die für die Wissenschaft in besonderer Weise bereichernd war.

Unter den zahlreichen Themen, bei denen sich Waldstein durch die Arbeiten von Mayer-Maly bestätigt sah, kann etwa die Untersuchung Mayer-Malys zum Eigentumsbegriff der Römer hervorgehoben werden. So sagt Waldstein ausdrücklich in seinem Buch zum Naturrecht. Theo Mayer-Maly hat jedoch bereits darauf hingewiesen, daß der angeblich römisch-rechtliche 'Eigentumsbegriff[...] ein Werk der späten Neuzeit' ist.⁵⁶ Waldstein selbst berichtet, dass es für das größte ihm übertragene Forschungsprojekt, der Aufarbeitung der Quellen zu den *Operae libertorum* „eine entscheidende Hilfe [...], im gemeinsamen Seminar mit Max Kaser, Mayer-Maly, Heinrich Honsell, Karl Hackl und anderen den gesamten Quellenbefund durcharbeiten zu dürfen.“⁵⁷ Waldstein hebt in der Monographie, die den Untertitel „Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven“ trägt, die Erkenntnis Mayer-Malys hervor, dass den „Texten zum antiken Freigelassenenrecht für die Anfänge einer rechtlichen Erfassung der Arbeit“ eine „eminente Bedeutung“ zu kommt.⁵⁸ Wenn Mayer-Maly in seiner Habilitationsschrift zur *Locatio-conductio* zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein „Sozialrecht im neuzeitlichen Sinne Rom wie der Antike überhaupt nach herrschender und kaum zu erschütternder Ansicht unbekannt“ war, stand am Ende

Wolfgang Waldstein an“.

⁵⁶ WALDSTEIN (2010) a.a.O. 122.

⁵⁷ WALDSTEIN (2011) a.a.O. 554.

⁵⁸ Wolfgang WALDSTEIN: *Operae libertorum, Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*. Stuttgart, Franz Steiner, 1986. 92.

der Untersuchung Waldsteins zu den Dienstpflichten von Freigelassenen der Befund, dass im Bereich der *operae libertorum* zwar auch kein 'Sozialrecht im neuzeitlichen Sinn' feststellbar ist, aber dennoch eine ganze Reihe von Schutzrechten.⁵⁹ In der Zusammenfassung führt Waldstein die Entscheidung an, dass „die Reisetage, die für die Reise zum Aufenthaltsort des Patrons zur Ableistung der *operae* erforderlich waren, als geleistete *operae* dem Patron verfielen“, auch lassen sich in den Regelungen zur Dienstpflicht Grundlagen der modernen Reisegebührenordnung erkennen und es findet sich die grundsätzliche Bestimmung wonach der Freigelassene einem Freilasser, der nicht als *vir bonus* und *diligens pater familias* auftrat, nicht zu folgen brauchte.⁶⁰ Auch lassen sich Schutzrechte für Krankheitsfälle ausmachen. Ein Zitat der abschließenden Überlegungen zur Untersuchung ist jedoch auch im Hinblick auf das Anliegen Waldsteins wichtig, das Streben der römischen Juristen nach Gerechtigkeit nachzuweisen. Gegen das allgemein verbreitete Postulat, wonach Juristen und Prätores Freigelassene vorwiegend als Objekt der Ausbeutung eines „sklavenhalterischen Staates“ angesehen haben und sich sogar der „sklavenhalterische Staat“ veranlasst gesehen hat, einzuschreiten, schreibt Waldstein: „Zunächst war es nicht der 'Staat', der gegen die bezeugten Mißbräuche einschritt. Es waren einzelne Träger von staatlicher Gewalt, die im Rahmen ihrer Kompetenz die Verantwortung auch für die *liberti* wahrnahmen. Den Hauptteil der Schutzrechte haben jedoch freie Juristen nach Maßgabe ihrer rechtlichen Überzeugung und der Forderungen der Gerechtigkeit in zahlreichen einzelnen Entscheidungen entwickelt. Die Untersuchung der einschlägigen Quellen allein im Bereich dieser Arbeit hat aber ferner klagemacht, daß der Begriff 'der sklavenhalterische Staat' selbst nicht dazu beitragen kann, die historische Wirklichkeit angemessen zu erfassen.⁶¹ Waldstein bringt hier ein wesentliches Argument gegen die These, dass das Verhältnis zwischen Staat und Arbeiter durch gegensätzliche Interessen bestimmt sein muß und dass es daher zu den Grundinteressen der Arbeiter gehört, dem Staat Gesetze zu ihrem Schutz abzuringen. Michael Rainer hebt in einer Untersuchung hervor, die als „Überlegungen im Anschluß“ an Wolfgang Waldsteins Monographie konzipiert ist, dass Waldstein durch diese Arbeit den humanitären Gedanken im Recht greifbar gemacht hat. Rainer unterstreicht, dass durch die Arbeit Waldsteins deutlich wird, dass ein „soziales Recht“ im modernen Sinne gerade durch das Zusammenspiel zwischen *humanitas* und hochentwickeltem juristischen Instrumentarium entstehen konnte.⁶² Besonders hervorzuheben gilt es, dass die Arbeit Waldsteins ein überaus reiches Quellenmaterial in die Untersuchung einbringt und so zahlreiche Fakten für eine weiterführende Diskussion zur Verfügung stellt. Hält man sich vor Augen, dass diese Arbeit – wie Waldstein hervorgehoben hat, auch als Frucht eines gemeinsamen

⁵⁹ Ibid. 397.

⁶⁰ Ibid. 397 und Anm.1.

⁶¹ Ibid. 398.

⁶² Johann Michael RAINER: Humanität und Arbeit im römischen Recht. Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. *Romanistische Abteilung*, 105/1988. 768.

Seminars der wohl bedeutendsten Professoren für Römisches Recht im Deutschen Sprachraum entstanden ist, so kann ihre Bedeutung wohl kaum überschätzt werden.⁶³

2. Nichtjuristische Autoren

Die bisherigen Ausführungen waren der Darstellung des persönlichen und wissenschaftlichen Austausches zwischen Wolfgang Waldstein und einigen juristischen Fachkollegen gewidmet. Im Folgenden soll die Beziehung zu einem Philosophen und zwei Theologen dargestellt werden. Unter den zahlreichen Autoren der Nachbardisziplinen muss notgedrungen eine Auswahl getroffen werden. Dietrich von Hildebrand kann wohl als Lehrer Waldsteins bezeichnet werden. Waldstein hat bei ihm im Jahre 1957 an der Fordham University in New York studiert. Johannes Messner ist der einzige Theologe, dem Waldstein in dem neunten Kapitel seines Buches zur Methodenlehre „Teoria Generale del Diritto“ einen eigenen Abschnitt widmet. Ein Eingehen auf den wissenschaftlichen Austausch mit Joseph Ratzinger ist wohl von der Sache her geboten. Die Bezugnahme auf die Arbeiten eines Professors für Römisches Recht in einer Rede die Joseph Ratzinger als Papst vor dem Deutschen Bundestag gehalten hat, kann wohl als Bekenntnis zum Wert der europäischen Rechtstradition seit der Antike im Hinblick auf die moderne Gesetzgebung gewertet werden. Auf der anderen Seite spiegelt die Rede des Papstes vor dem Parlament seines Heimatlandes wohl auch in besonderer Weise seinen persönlichen wissenschaftlichen Werdegang wieder. Hier lassen sich zahlreiche Parallelen zu dem Lebensweg Waldsteins ausmachen.

2.1. Dietrich von Hildebrand

Dietrich von Hildebrand wurde 1889 in Florenz als Sohn eines Bildhauers in Florenz geboren. Sein Elternhaus war tief von der Liebe zu Kunst, Kultur und Schönheit geprägt. Was die Religion betrifft, so waren seine Eltern liberal gesinnte Protestanten. Von Hildebrand studierte Philosophie in München und Göttingen. In München traf er mit Max Scheler zusammen, mit dem ihn zeitlebens eine tiefe Freundschaft verbinden sollte. Durch Scheler lernte er den katholischen Glauben kennen. Als Argument gegen die Vorurteile seines Freundes in Bezug gegenüber der katholischen Kirche führte Max Scheler das Leben der Heiligen an. Der brillante Philosoph führte seinem Freund vor Augen, dass ein Leben wie jenes des Franz von Assisi nicht durch bloß natürliche Maßstäbe erklärt werden konnte. In Göttingen studierte von Hildebrand bei Edmund Husserl. Als seinen wahren Lehrer bezeichnete er jedoch den im ersten Weltkrieg gefallenen Adolf Reinach. Reinach zählte zu den ganz großen Hoffnungen der auf Husserl zurückgehenden phänomenologischen Schule, der neben Dietrich von

⁶³ In diesem Sinn schreibt auch Rainer abschließend: „Es kann den Romanisten mit einigem Stolz erfüllen, daß ein Mitglied unserer Zunft über die reine Institutionengeschichte hinaus die Diskussion zu grundlegenden Problemen der antiken Kultur, wie Humanität und Arbeit, auf eine neue Basis gestellt hat. RAINER a.a.O. 770.“

Hildebrand auch Edith Stein angehörte.⁶⁴ Von Hildebrand wandte sich bereits in den zwanziger Jahren gegen Adolf Hitler und den Nationalsozialismus. Ein erster Schritt führte den Philosophen nach Österreich. In Wien begründete er die Wochenschrift „Der Christliche Ständestaat“. In dieser Zeitschrift führte er eine umfassende grundsätzlich-theoretische und aktuell-politische Auseinandersetzung mit dem Totalitarismus durch.⁶⁵ Nach dem Anschluss musste er sich vor der Verfolgung durch Hitler in die Tschechoslowakei, die Schweiz, Frankreich, Portugal und Brasilien absetzen. Im Jahr 1940 emigrierte er in die Vereinigten Staaten von Amerika.

Wolfgang Waldstein studierte – wie erwähnt – bei von Hildebrand in New York. Im vorliegenden Zusammenhang gilt es vor allem von Hildebrands Beitrag zur Erkenntnislehre hervorzuheben, der einen entscheidenden Einfluss auf die Arbeiten von Waldstein haben sollte. In seinem Hauptwerk „Was ist Philosophie“ legt Dietrich von Hildebrand eine eigenständige realistische Philosophie auf phänomenologischer Grundlage vor. Erkenntnis ist – gemäß von Hildebrand – wesentlich durch eine Subjekt-Objekt-Struktur geprägt. Der Akt der Erkenntnis hat eine rezeptive den eigenen Akt transzendierende Grundstruktur. Dieser Akt besteht in einem Sehenkönnen der Dinge, wie sie sind. Josef Seifert schreibt in einer Besprechung des Werkes im Hinblick darauf, dass Erkenntnis vom Wesen des Erkannten bestimmt ist: „Dieser Grundgestus des Erkennens in seiner seins-hinnehmenden beziehungsweise seins-entdeckenden Struktur gehört ferner zu jenen unzurückführbaren Urgegebenheiten, die man unmöglich leugnen kann, ohne sie vorauszusetzen. Denn auch jede Erklärung des Erkennens als Schaffen oder Hervorbringen ihrer Gegenstände setzt notwendig voraus, man erkenne diesen schöpferischen Charakter des Erkennens so wie er wirklich ist und in diesem Akt des Erkennens schafft man nichts, sondern findet etwas vor so wie es wirklich ist“. Die Arbeiten von Dietrich von Hildebrand stellen somit einerseits ein Gegenstück zu David Hums Skeptizismus und andererseits zu Kants erkenntnistheoretischem Agnostizismus dar. Seifert fasst zusammen: „Die objektive Wesensnotwendigkeit in den Sachen selbst tritt bei Hildebrand an die Stelle des (kantischen) subjektiven Apriori. Hildebrand zeigt, dass dieses objektive Apriori beziehungsweise diese Wesensnotwendigkeit nicht auf ein paar wenige erste Prinzipien oder formale Bedingungen der Möglichkeit der Erfahrung beschränkt ist, sondern ein weites Feld eines materialen (inhaltlichen) Apriori umfasst.“⁶⁶

Wolfgang Waldstein hat sich in einem der Philosophie von Hildebrands gewidmeten Band erschienen Beitrag mit dem Naturrecht bei Dietrich von Hildebrand auseinandergesetzt. In der Einleitung weist Waldstein auf die parallelen Erkenntnisse von Hildebrands und Max Kasers zur Bedeutung der Intuition hin.

⁶⁴ Wolfgang WALDSTEIN: *Teoria generale del diritto, Dall'antichità ad oggi*. Roma, Pontificia Università Lateranense, 2001. 213.

⁶⁵ Vgl. zur Zeitschrift die Monographie von Rudolf Ebnet. Rudolf EBNET: *Die österreichische Wochenschrift „Der christliche Staendestaat“. Deutsche Emigration in Österreich 1933–1938*. Mainz, Schönigh, 1976.

⁶⁶ Josef SEIFERT: *Dietrich von Hildebrand: „Was ist Philosophie“*. *Die Sache selbst*. Zitiert nach <http://www.zenit.org/article-16839>.

Einen eigenen Abschnitt widmet er der „Widerlegung eines Haupteinwandes gegen das Naturrecht“. Dabei bezieht er sich auf den von David Hume formulierten und George Edward Moore als „naturalistischen Fehlschluß“ bezeichneten Satz, „daß von einem Seinsurteil kein Sollensurteil abzuleiten sei“. Waldstein hält dabei zunächst fest, dass es sich bei diesem Satz um „eine logische Selbstverständlichkeit“ handelt, betont dann aber, dass durch diese Aussage nicht bewiesen werden kann, dass „es kein Seiendes mit normativem Gehalt gebe.“ Waldstein hebt hervor, dass die Aussage, dass diese Annahme „[...] an der Wirklichkeit der Entwicklung rechtlicher Ordnungen völlig vorbei geht“ und dass der Ablehnung der Existenz von einem normativen Sein ein positivistischer Natur- oder Wirklichkeitsbegriff zugrunde liegt. Auch wenn Waldstein dies an dieser Stelle nicht ausdrücklich sagt, verwendet er hier ein Argument, auf dessen Beleg sein gesamtes Lebenswerk ausgerichtet ist. Es handelt sich um das Aufzeigen der Tatsache, dass die Rechtstradition seit der Antike eine aus einer vorgegebenen und erkennbaren Ordnung ausgerichtete Formulierung von Normen war. Der durch Hume und Moore in die Rechtswissenschaft eingebrachte Wirklichkeitsbegriff versteht Natur als „ein Aggregat von als Ursache und Wirkung miteinander verbundenen Seinstatsachen“ und entzieht ihr durch diese Annahme ihren durch die Vernunft erkennbaren Bedeutungsinhalt. Ein solcher Wirklichkeitsbegriff war auch für den österreichischen Rechtstheoretiker Hans Kelsen bestimmend. Für Kelsen war dabei sein atheistisches Weltbild maßgebend. Da Kelsen davon überzeugt war, dass Normen immer „der Sinn eines Willensaktes“ sein müssen, konnte er auch ein Naturrecht nur als Ausdruck des Willens Gottes in der von ihm geschaffenen Natur verstehen. Da Kelsen nun meinte nicht an Gott glauben zu können, war für ihn auch die Annahme der Existenz eines Naturrechts nicht möglich. Waldstein weist darauf hin, dass Kelsen hier die „Entscheidung der Frage nach der Existenz normativer Gegebenheiten in der Natur [...] von der Frage nach dem Glauben an ihre logische Voraussetzung abhängig gemacht [wird].“ Waldstein legt unter Berufung auf Aristoteles dar, dass auch die „empirisch-rationale Erkenntnis“ zur Frage nach einer sinngebenden Erstursache führen würde, die „empirisch-rationale“ Wissenschaften sich dieser Frage oftmals aus rein pragmatischen Gründen nicht stellen. Sie meinen „sich wegen der ‚Handgreiflichkeit‘ ihres Materials der Frage nach der logischen Voraussetzung der Existenz dieses Materials „entziehen zu können.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der Erkenntnis von nichtmateriellen Gegebenheiten ist gerade auch im Zusammenhang mit der Bearbeitung des Lebenswerkes von Dietrich von Hildebrand auf die Bedeutung des Schönen hingewiesen worden. Die Erkenntnis von Wahrheit und Schönheit sind oftmals eng miteinander verknüpft. Die Schönheit der Natur und die Schönheit der Musik bereiten oftmals den Weg zur Erkenntnis von Wahrheit. Auch hier lässt sich durchaus eine Parallele zur Biographie Waldsteins ausmachen. Der Vater Waldsteins war Pianist. Als bei der Feierlichkeit zur Überreichung des Ehrendoktorats im Rahmen des Begleitprogramms Liszt gespielt wurde, hat der Professor für Römisches Recht dies zum Anlass genommen, um in der Einleitung zu seinem Festvortrag daran zu erinnern, dass er während seiner Kindheit oftmals seinen Vater diese Melodien spielen gehört hatte.

2.2. Johannes Messner

In der „Teoría Generale del Diritto“ bietet Wolfgang Waldstein einen kurzen Einblick in das Werk von Johannes Messner. Auch in dem Buch „Ins Herz geschrieben“ nimmt Waldstein ausführlich auf die Arbeiten von Messner Bezug. An den Beginn seiner Überlegungen stellt er folgenden Satz aus der überaus umfangreichen Monographie Messners: „Die Entwicklungslinie der traditionellen Naturrechtslehre wieder aufzunehmen hat auf den ersten Blick schon den ungeheuren Vorteil, daß sie auf ein ununterbrochenes Bemühen des menschlichen Geistes durch eine Zeit von mehr als zweitausend Jahren begründet ist, und zwar auch auf ein selbstkritisches wie keines der anderen Systeme der Ethik.“⁶⁷

In einem Beitrag, der in der Gedächtnisschrift für Johannes Messner erschienen ist und in dem Waldstein gleichfalls auf diese Aussagen des großen Theologen hinweist verwendet er den Begriff des „Meinungsklimas“. Diesen Begriff hat Waldstein auch im Hinblick auf die Bewertung, dass das Naturrecht heute allgemein erfährt an den Beginn seines Buches „Ins Herz geschrieben“ gestellt. Die Übersetzung ins Ungarische hat die Übersetzer beschäftigt und zwar deshalb, weil er sich auf eine gesellschaftliche Erscheinung bezieht, mit der sich die moderne Wissenschaft zum Naturrecht zweifellos auseinandersetzen muss. In der Gedächtnisschrift für Messner verweist Waldstein bei der Verwendung des Begriffes auf eine Arbeit von Eric Voegelin. Voegelin war zunächst ein Schüler von Hans Kelsen, emigrierte nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich in die USA, wo er an verschiedenen Universitäten unterrichtete. 1959 wurde er auf den Lehrstuhl Max Webers nach München berufen, wo er bis zu seiner Emeritierung unterrichtete. Nach seiner Emeritierung kehrte er in die USA zurück. Im Hinblick auf die Antike sieht Voegelin das „Meinungsklima“ vor allem durch den Satz des Protagoras verkörpert, wonach der Mensch der Maßstab aller Dinge ist. Im Zusammenhang mit der neuzeitlichen Entwicklung spielt der Begriff auf die Verabsolutierung eines Wissenschaftsbegriffes, der von positivistischen Voraussetzungen ausgeht. Waldstein zitiert die scharfe Formulierung Voegelins: „Die Freiheit des Denkens erwacht dann wieder zum Leben, wenn das ‚Meinungsklima‘ nicht länger eine in ihren parteilichen Bestrebungen zum Mitläufertum drängende, massive soziale Realität ist, sondern wenn es an den Ort einer pathologischen Entstellung des Daseins gewiesen wird, die man mit den Kriterien der Vernunft erforschen sollte“.⁶⁸ Geht man dieser scharfen Formulierung auf den Grund, so lässt sich festhalten, dass als Gegenstück der Beeinflussung durch das Meinungsklima die Freiheit des Denkens steht.

Insbesondere übernimmt er auch von Messner die Überzeugung, dass das „natürliche Gewissen [...] nicht nur Pflicht- und Wertegewissen, sondern auch im eigentlichsten Sinn Rechtsgewissen“ ist. Dem Bereich des Rechtsgewissens zählt er Sätze wie „Gib jedem das Seine (*suum cuique tribuere*); tue anderen nicht, was

⁶⁷ WALDSTEIN (2010) a.a.O. 8.

⁶⁸ Wolfgang WALDSTEIN: Vom sittlichen Wesen des Rechts. In: Alfred KLOSE – Herbert SCHAMBECK – Rudolf WEILER: *Gedächtnisschrift für Johannes Messner*. Berlin, Duncker & Humblot. 1985. 112.

du nicht willst, daß man dir tue; der rechtmäßigen Obrigkeit ist zu gehorchen; die gesellschaftlichen Übeltäter sind zu bestrafen; Verträge sind zu halten (*pacta sunt servanda*)". Als drittes Element führt er an, dass auch Messner der Ansicht war, dass diese Rechtsprinzipien im Wege von unmittelbarer Einsicht erkannt werden können. Wiederum zitiert Waldstein aus Messners Monographie: „Unmittelbar einsichtig ist, erstens, für den Menschen mit vollentwickelter Vernunft, daß es sittlich verfehlt ist, unzweifelhafte Rechte anderer zu verletzen; unmittelbar einsichtig ist, zweitens, für jedermann, daß er, wenn er im Besitz von Rechten ist, einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten anderer hat, das nicht nur von deren gutem Willen abhängig ist. Die Zahlung einer Geldschuld kann erzwungen werden, nicht aber der Beitrag zu einem caritativen Werk. Das rechtliche Apriori läßt keinen Zweifel darüber, daß in diesem Sinne Rechte Berechtigungen bedeuten.“ Den allgemein formulierten Sätzen des Rechtsgewissens stehen konkrete Handlungsaufträge gegenüber. Die Gerechtigkeit verlangt auf der einen Seite, dass die Rechte anderer nicht verletzt werden. Sie erfordert es aber auch, dass einmal eingegangene Verpflichtungen eingehalten werden.

2.3. Joseph Ratzinger

Joseph Ratzinger wurde am 19. April 2005 zum 265. Nachfolger des Apostol Petrus gewählt und regiert seit dem unter dem Namen Benedikt XVI. die katholische Kirche. Mit ihm ist ein Intellektueller auf den Stuhl Petri gewählt worden. In einem Interview anlässlich des Papstbesuches 2007 in Österreich charakterisiert sein Schüler der Wiener Kardinal Christoph Schönborn Benedikt XVI. als besonders begabten und intelligenten Theologen, einen der letzten großen Konzilstheologen (namentlich nennt er Henri Lubac, Yves Congar, Karl Rahner und Hans Urs von Balthasar). Ratzinger war – so Schönborn – einer der jüngsten Theologen, die einen entscheidenden Einfluss auf das Zweite Vatikanische Konzil hatten und von seinen geistlichen und theologischen Fähigkeiten her gesehen einer der wichtigsten Ratgeber der Konzilsväter.⁶⁹ Ratzinger hatte sich als Theologe und auch als Papst verschiedentlich zu den Grundlagen von Recht und Moral geäußert. So hat er etwa im Jahre 2004 in einem Dialog mit dem italienischen Senatspräsidenten Marcello Pera auf das Grundanliegen hingewiesen, dass auch in der Rede vor dem Bundestag angesprochen wird. Der damalige Präfekt der Glaubenskongregation schrieb: „Wir leben in einer Stunde großer Gefahren und großer Möglichkeiten für den Menschen und die Welt. So ist dies zugleich eine Stunde, die uns allen eine große Verantwortung auferlegt“.⁷⁰ Der Präfekt der Kongregation für die Glaubenslehre hält fest, dass der Moralismus der siebziger Jahre keine tragfähige Antwort auf die anstehenden Probleme zu geben vermocht hat. Das Scheitern der Bewegung führt Ratzinger darauf zurück, dass diese „die politische Utopie über die Würde des einzelnen

⁶⁹ Cardinal Christoph SCHÖNBORN on the Pope in Austria (Part 1) www.zenit.org/article-20426.

⁷⁰ Marcello PERA – Joseph RATZINGER: *Ohne Wurzeln. Der Relativismus und die Krise der Europäischen Kultur*. Augsburg, Sankt Ulrich, 2005.62.

Menschen“ gestellt hatte.⁷¹ Der Präfekt weist darauf hin, dass die Welt in zweifacher Weise von der europäischen Kultur geprägt worden ist. Auf der einen Seite steht die Verbindung zwischen griechischer Philosophie, römischem Recht und Christentum, auf der anderen Seite verleihen die Freiheitsrechte und das rationalistische Denken der Aufklärung Europa eine entscheidende Prägung.⁷² Es ist nun gerade dieses Spannungsfeld, das auch in der Rede des Papstes vor dem Bundestag angesprochen wird und zwar in der Form, wie sie für das moderne staatsrechtliche Denken bestimmend geworden ist.

Die Ansprache des römischen Oberhirten trägt den Titel „Grundlagen des freiheitlichen Rechtsstaates“. Die Wendung „freiheitlicher Rechtsstaat“ ist untrennbar mit dem Rechtsstaatsbegriff des 19. Jahrhunderts verbunden, wie er auch den modernen Verfassungen und der gesamten Wissenschaft vom Staatsrecht zugrunde liegt. Vor diesem Hintergrund könnte es zunächst anachronistisch wirken, dass der Papst sich zur Klärung eines modernen Begriffes auf Erkenntnisse aus der Antike stützt. Wolfgang Waldstein hat sich in seiner im Jahr 1968 gehaltenen Inaugurationsrede als Rektor der Universität Salzburg gehaltenen Rede einer ähnlichen Frage gestellt. Das Jahr 1968 war ein bewegtes Jahr. Waldstein deutet dies in seiner Rede an: „Auch wir stehen in einer Zeit großer Umbrüche. [...] Es gibt heute viele sehr berechtigte Reformanliegen sowohl im Bereiche der Hochschulen wie der Gesellschaft. Sie erfordern den verantwortungsbewußten Einsatz aller Kräfte, um ihnen sachgerecht entsprechen zu können“.⁷³ Zu den berechtigten Anliegen, die immer wieder kehren und immer wieder neue Anforderungen an die Verantwortungsträger stellen gehört auch der Freiheitsgedanke. Was nun die akademische Freiheit betrifft, führt Waldstein in seiner Rektoratsrede zunächst vor Augen, dass dieser Begriff nach „herrschender Auffassung mit dem deutschen Idealismus“ beginnt.⁷⁴ Entgegen dieser herrschenden Meinung vertritt Waldstein jedoch die Meinung, dass die akademische Freiheit „im Wesen jeder Wissenschaft begründet [ist], der es um die Erkenntnis von Wahrheit geht.“ Waldstein sagt weiter: „Sie begleitet daher die menschliche Wissenschaft, seit es eine solche gibt. Nur Differenzierungen in der Auffassung dieser Freiheit, gewisse Akzentverlagerungen und schließlich die rechtliche Fundierung sind einerseits durch den Wandel der Struktur wissenschaftlicher Einrichtungen, andererseits durch besondere geistige Strömungen oder politische Konstellationen bedingt. Der wesentliche Inhalt dieser Freiheit unterliegt jedoch nicht dem historischen Wandel [hier zitiert Waldstein Mayer-Maly, der im Hinblick auf die Sinngebung der Freiheitsidee festgehalten hatte: „Es ist falsch, daß die Freiheit bald dies, bald das bedeutet“ hat].⁷⁵ Im Hinblick auf den Begriff des freiheitlichen Rechtsstaates kann gesagt werden, dass der Begriff der

⁷¹ Ibid. 64.

⁷² Ibid. 69–71.

⁷³ Wolfgang WALDSTEIN: *Akademische Freiheit und humane Ordnung*. Salzburg, Pustet, 1969. 5.

⁷⁴ Ibid. 6.

⁷⁵ Ibid. 7.

Freiheit und die Idee eines auf Recht und Gerechtigkeit gegründeten Staates zutiefst miteinander verbunden sind. Die konkrete Ausgestaltung, die diese Idee durch die modernen rechtsstaatlichen Institutionen erhalten hat, sind ohne Zweifel ein Verdienst der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts. Waldstein hat in seiner Rede auf eine Wissenschaft Bezug genommen, bei der es um die „Erkenntnis von Wahrheit“ geht. Das Streben nach Wahrheit wird somit zu einer wesentlichen Voraussetzung von Freiheit. Joseph Ratzinger hat als Bischof von München Freising das Motto „Mitarbeiter der Wahrheit“ gewählt. Das Ausgerichtetsein auf Wahrheit kann als Konstante im Leben des Theologen Ratzinger bezeichnet werden. Die Wahrheit ist dabei einerseits im Ursprung des Lebens, der Welt und des Menschen verwurzelt. Für den Christen wird die Wahrheit zudem in der Person Jesu Christi greifbar. Zwischen der Wahrheit und der Geschichte der Menschheit besteht eine Wechselbeziehung, in dem einerseits die Wahrheit fortwährend konkretisiert wird, andererseits empfängt auch der Lauf der Geschichte gerade durch die Wahrheit sein Licht und seinen tiefen Sinngehalt. In diesem Sinne hat der Mensch die Wahrheit niemals ganz erreicht, er muss sie sich in den verschiedenen Situationen seines Lebens immer aufs Neue erobern. Die Wahrheit erfährt somit durch zwei Elemente ihre Ausprägung. Zum einen ist sie ein dynamischer Begriff, was nicht mit relativistisch gleichzusetzen ist. Zum anderen hat sie auch einen außerhalb der durch den Menschen bestimmten Sphäre vorgegebenen Maßstab und Bezugspunkt.

In seiner Zeit als Präfekt der Glaubenskongregation hat Ratzinger auf das Spannungsfeld hingewiesen, das zwischen Wahrheit und Kultur besteht. Angesichts der Verschiedenheit der Kulturen stellt sich – auch insbesondere in einer globalisierten Welt – die Frage, welches Element zur Erzeugung der notwendigen Einheit in der Vielfalt herangezogen werden kann. Hier kommt der Theologe zu dem Schluss, dass es die Wahrheit „über den Menschen, über Gott, über die Wirklichkeit im Ganzen“ ist. Sieht man im Christentum einen Weg zur Wahrheit, dann führt es aus der Entfremdung und aus dem Trennenden heraus. Gleichzeitig betont der spätere Papst auch in diesem Zusammenhang, dass es sich bei dem Glauben nicht um ein „abstraktes Wort“ handelt, sondern um ein Wort, das „in einer langen Geschichte und in vielfältigen interkulturellen Verschmelzungen gereift [...]“ ist. Anders als dies bei anderen Hochkulturen der Fall ist, erhebt der christliche Glaube keinen Anspruch auf Ausschließlichkeit. Der Mensch bleibt auch nachdem er sich dem Glauben zugewendet hat, Mitglied seiner eigenen Kultur. Dies bedeutet aber nicht, dass der Glaube als solcher sich in der menschlich-historischen Kultur auflösen würde, sondern auch er bleibt weiterhin als eigenständige Größe bestehen. Das Zusammentreffen von Glaube und Kultur ist für beide Teile befruchtend. Ratzinger weist jedoch auch darauf hin, dass die Glaubensgeschichte mit einem Kulturbruch, dem Auszug Abrahams aus seinem Land, aus seinem Vaterhaus, beginnt. Auch am Beginn des Christentums steht ein Bruch. Das Kreuz Christi war Folge von Ablehnung, Abschließung und Verweigerung. Das Hinwendung zum Glauben im Leben eines Menschen immer auch einen Einschnitt bedeutet, hängt mit der Natur des Glaubens als konkreter historischer Wirklichkeit zusammen. Als eigenständige materielle Realität fordert

der Glaube immer auch eine bewusste positive Hinwendung, die auch Forderung sich von anderen Realitäten abwenden zu müssen, miteinschließen kann.⁷⁶

Dass dieses Streben nach Wahrheit für Joseph Ratzinger nicht immer ein leichter Weg war und dass er sich durchaus der Schwierigkeiten bewusst war, bekennt der Präfekt in einem Interview mit Peter Seewald: „Ich muß sagen, daß ich in den Jahrzehnten meiner Lehrtätigkeit als Professor die Krise des Wahrheitsanspruches bei mir selbst stark empfunden habe. Meine Befürchtung war, daß es eigentlich Anmaßung ist, wie wir mit dem Begriff der Wahrheit des Christentums umgehen, ja, auch Respektlosigkeit den anderen gegenüber. Die Frage war, wieweit dürfen wir das noch gebrauchen? Ich habe diese Frage sehr eingehend durchwandert. Letztlich konnte ich dann doch sehen, wenn wir von dem Begriff der Wahrheit abgehen, dann gehen wir gerade von den Grundlagen ab“.⁷⁷ Der Theologe Ratzinger hat festgestellt: „Je menschlicher eine Kultur ist, je höher sie steht, desto mehr wird sie auf Wahrheit ansprechen, die ihr bisher verschlossen geblieben war; desto mehr wird sie fähig sein, solche Wahrheit sich zu assimilieren und sich ihr zu assimilieren.“⁷⁸ Es ist bemerkenswert, dass Ratzinger sowohl als Erzbischof von München als auch als Präfekt der Glaubenskongregation dem „Glauben der einfachen Leute“ im Hinblick auf das Streben nach Wahrheit eine besondere Stellung zugemessen hat.

Im Zentrum vieler Arbeiten von Wolfgang Waldstein steht die Bemühung, den Nachweis dafür zu erbringen, dass die römischen Denker und Juristen, so vor allem Cicero und Ulpian, das Naturrecht als universelle Realität erkannt und praktisch umgesetzt haben. Durch diese Arbeit haben sie die gesamte Rechtsentwicklung Europas entscheidend geformt. Das Naturrecht als objektive Größe setzt das Streben nach Wahrheit voraus. Waldstein hat die Bedeutung der Aussage Ulpians in D. 1.1.1.1 hervorgehoben, wonach die Juristen nach der wahren Philosophie streben.⁷⁹ Der Professor für Römisches Recht weist auf diesen Text auch in seinem Beitrag in der Festschrift für Papst Benedikt XVI. zu seinem 80. Geburtstag hin.⁸⁰ Es war Waldsteins Anliegen als Jurist den Nachweis dafür zu erbringen, dass die [vorchristliche] Rechtsordnung Roms eine historische Grundlage für die durch das Streben nach Wahrheit geprägte europäische Rechtstradition gewesen ist. Der empirisch-positivistische Rechtsbegriff der Neuzeit hat einen Bruch in dieser Tradition bedeutet. Benedikt XVI. hat diesen Gedankengang in seiner Rede vor dem Bundestag übernommen. Im Sinne einer Zusammenfassung sollen nun einige Stellen

⁷⁶ Joseph RATZINGER: *Glaube, Wahrheit und Toleranz*. Freiburg, Herder, 2005⁴. 55–58.

⁷⁷ Joseph RATZINGER: *Gott und die Welt, Glauben und Leben in unserer Zeit. Ein Gespräch mit Peter Seewald*. Stuttgart, München, Deutsche Verlagsanstalt, 2000². 225.

⁷⁸ Joseph RATZINGER: *Glaube, Wahrheit und Toleranz*. Freiburg, Herder, 2003. 55.

⁷⁹ Wolfgang WALDSTEIN: Römische Rechtswissenschaft und wahre Philosophie. *Index*, 1994/22. 31–45.

⁸⁰ Wolfgang WALDSTEIN: Zur Bedeutung der „Verantwortung für den rechten Gebrauch der Vernunft“ bei Papst Benedikt XVI. für die Frage des Naturrechts. In: Albrecht Graf von BRANDENSTEIN-ZEPPELIN – Alma von STOCKHAUSEN – J. Hans BENIRSCHKE (Hrsg.): *Die göttliche Vernunft und die inkarnierte Liebe. Festschrift zum 80. Geburtstag Seiner Heiligkeit Papst Benedikts XVI.* Weilheim-Bierbronn, Gustav-Siewerth-Akademie, 2007. 567.

dieser Rede wiedergegeben werden. Sowohl Waldstein als auch Joseph Ratzinger wollen belegen, dass das Streben nach Wahrheit eine tatsächliche Gegebenheit war, die ihren Niederschlag in den europäischen Rechtsordnungen gefunden hat.

Am Beginn seiner Rede im Bundestag stellt Benedikt XVI. klar, dass er seine Ansprache vor dem deutschen Parlament „als Papst, als Bischof von Rom, der die oberste Verantwortung für die katholische Christenheit trägt“, hält. Er möchte von seiner „internationalen Verantwortung her [...] einige Gedanken über die Grundlagen des freiheitlichen Rechtsstaates vorlegen“. Vor dem Hintergrund der dargelegten Ausführungen kann diese Einleitung wohl dahin ausgelegt werden, dass der Papst ein weiteres Bekenntnis zur universellen Bedeutung des Christentums als Weg zur Wahrheit ablegt und dass er der Meinung ist, dass das Christentum ein geeignetes Medium ist, um die Grundlagen für den freiheitlichen Rechtsstaat nachzuzeichnen, für den Deutschland – auch historisch – ein Musterbeispiel ist. Der Papst stellt die Geschichte des jungen König Salomon an den Anfang seiner Rede, der Gott um ein hörendes Herz bittet, damit er [sein] Volk zu regieren und das Gute vom Bösen zu unterscheiden versteht (1 Kön3,9). Diese Bitte des jungen Königs soll dem Politiker zeigen, worauf es „letztlich ankommen muss“. [...] Die Politik muss Mühen um Gerechtigkeit sein und so die Grundvoraussetzung für Frieden schaffen.“ Der Politiker darf, ja muss sogar den Erfolg suchen. Sein Erfolg muss aber immer dem „Maßstab der Gerechtigkeit, dem Willen zum Recht und dem Verstehen für das Recht untergeordnet [sein].“ Das Streben nach Erfolg ist somit der Tugend der Gerechtigkeit untergeordnet. Darüberhinaus sollen Wille und Verstand sich dem Recht öffnen. Damit wird die anthropologische Gegebenheit angesprochen, dass der Mensch über Verstand und freien Willen verfügt. Die Bemühung um tugendhaftes Leben ist eine Voraussetzung dafür, dass Verstand und Wille sich an dem Recht ausrichten können.

Der Papst belegt seine Ausführungen mit einem berühmten Text des heiligen Augustinus, in dem der große Kirchenlehrer sagt, dass wenn man das Recht wegnimmt, der Staat nichts anderes als eine große Räuberbande ist. Diese Erfahrung gehört aber nicht nur der weit zurückliegenden Vergangenheit an, sondern wurde noch von der Generation, deren wissenschaftliches Werk in dem vorliegenden Beitrag dargestellt wird, aus nächster Nähe erfahren. Benedikt XVI. sagt im Bundesrat: „Wir haben erlebt, dass Macht von Recht getrennt wurde, dass Macht gegen Recht stand, das Recht zertreten hat und dass der Staat zum Instrument der Rechtszerstörung wurde – zu einer sehr gut organisierten Räuberbande, die die ganze Welt bedrohen und an den Rand des Abgrunds treiben konnte“. Mit diesem Satz spricht der Papst die Perspektive der Vergangenheit an. Der Blick in die Zukunft weist auf eine andere Gefahr hin, auf die Bedrohung, die durch technisches Können entsteht: „In einer historischen Stunde, in der dem Menschen Macht zugefallen ist, die bisher nicht vorstellbar war, wird diese Aufgabe [die Ausrichtung des politischen Tuns an Gerechtigkeit und Recht] besonders dringlich. Der Mensch kann die Welt zerstören. Er kann sich selbst manipulieren. Er kann sozusagen Menschen machen und Menschen vom Menschsein ausschließen“. Der römische Oberhirte hebt hervor, dass für einen Großteil der Materien das Mehrheitskriterium ein ausreichendes Kriterium ist. Dies gilt jedoch nicht für jene Bereiche, die denen es um die „Würde

des Menschen und der Menschheit" geht. An dieser Stelle ruft der Papst die Entscheidungsträger auf nach Orientierung für die Kriterien bei der Rechtsbildung zu suchen. Dass diese Kriterien dem Menschen zugänglich sind belegt Benedikt XVI. durch das Beispiel der Widerstandskämpfer. „Für diese Menschen war es unbestreitbar evident, dass geltendes Recht in Wirklichkeit Unrecht war.“ Der Papst formuliert dann nochmals die Frage nach der Erkennbarkeit des Rechts und beantwortet sie durch den Hinweis darauf, dass das Christentum den Menschen nie ein Offenbarungsrecht vorgeschrieben hat. „Es hat stattdessen auf Natur und Vernunft als die wahren Rechtsquellen verwiesen – auf den Zusammenhang von objektiver und subjektiver Vernunft, der freilich das Gegründetsein beider Sphären in der schöpferischen Vernunft Gottes voraussetzt.“

Hier nimmt der Professor für Theologie, der Papst wurde, auf den Professor für Römisches Recht Bezug: „Die christlichen Theologen haben sich damit einer philosophischen und juristischen Bewegung angeschlossen, die sich seit dem 2. Jahrhundert v. Chr. gebildet hatte. In der ersten Hälfte des vorchristlichen Jahrhunderts kam es zu einer Begegnung zwischen dem von stoischen Philosophen entwickelten sozialen Naturrecht und verantwortlichen Lehrern des römischen Rechts“. Der Papst weist darauf hin, dass die vorchristliche Verbindung von stoischer Philosophie und römisches Recht am Anfang einer Entwicklung stand, die über das christliche Mittelalter in die Rechtsentfaltung der Neuzeit bis hin zur Erklärung der Menschenrechte nach den Schrecken des Zweiten Weltkrieges und zum deutschen Grundgesetz führt. Von Waldstein übernimmt Benedikt XVI. auch den Nachweis, dass diese Sicht durch das positivistische Verständnis von Natur und Vernunft, wie es im Hinblick auf die Rechtswissenschaft Hans Kelsen nachdrücklich formuliert hat, die Verbindung zwischen Moral und Recht aufgelöst und damit gleichzeitig Ethos und Moral in den Bereich des Subjektiven verwiesen hat. Zusammenfassend sagt der Papst: „Wo die alleinige Herrschaft der positivistischen Vernunft gilt – und das ist in unserem öffentlichen Bewusstsein weithin der Fall –, da sind die klassischen Erkenntnisquellen für Ethos und Recht außer Kraft gesetzt. Dies ist eine dramatische Situation, die alle angeht und über die eine öffentliche Diskussion notwendig ist, zu der dringend einzuladen eine wesentliche Absicht dieser Rede ist. Ein persönlicher Beitrag des römischen Oberhirten zu dieser Diskussion besteht in dem Hinweis auf die ökologische Bewegung. Da die Bedeutung der Ökologie allgemein anerkannt ist, könnte gerade dies ein Ausgangspunkt dafür sein, die Diskussion nach objektiven allgemeinen Werten anzufachen. Der Begriff der Ökologie umfasst, in der Auslegung, die ihm Joseph Ratzinger bereits in den Achtzigerjahren gegeben hat, auch den Menschen. Der Mensch ist kein autonomes Wesen, aber seine Abhängigkeit ist von der Liebe getragen.“

Am Ende der Ansprache nimmt der Papst nochmals auf Hans Kelsen Bezug und auch hier schöpft er aus dem Buch Waldsteins. Kelsen hat gegen Ende seines Lebens den Dualismus von Sein und Sollen aufgegeben. Konnte aber nicht davon abgehen, dass Normen immer nur Ausdruck eines Willensaktes sein können. Die Akzeptanz von objektiv vorgegebenen Normen ist – so Kelsen – mit der Annahme des Glaubens „an einen Schöpfergott“ untrennbar verbunden. Kelsen war der Ansicht, dass es „völlig aussichtslos“ ist über die Wahrheit eines solchen Glaubens zu diskutieren.

An dieser Stelle widerspricht der Papst dem großen Rechtstheoretiker. Grundlage für das Studium der Frage, ob „die objektive Vernunft, die sich in der Natur zeigt, nicht eine schöpferische Vernunft, einen Creator Spiritus voraussetzt, könnte dabei das kulturelle Erbe Europas sein. Es ist gerade der Glaube an einen Schöpfergott gewesen – so sagt der Papst –, der zu jenen Erkenntnissen der Vernunft geführt hat, die die Grundlage für die kulturelle Identität Europas ausmachen.

Die Suche nach einem objektiven Maßstab zur Lösung der vielfältigen Herausforderungen der Gegenwart ist nach wie vor aktuell. Der Rückgriff auf die Grundlagen der europäischen Kultur, der sich nach dem Zweiten Weltkrieg anzubahnen schien, kann auch im 21. Jahrhundert einen wertvollen Beitrag leisten. Wolfgang Waldstein hat seine Erkenntnisse im wissenschaftlichen Austausch mit einer großen Zahl der bedeutendsten Wissenschaftlern des Römischen Rechts gewonnen. Auch das Werk des großen Konzilstheologen und des dialogfreudigen und tiefgläubigen gelehrten Papstes stellt ein überreiches Material zur Verfügung. Das Aufeinandertreffen der beiden Lebenswerke in der Rede des Papstes scheint so nicht nur durch die persönliche Affinität der Forscherpersönlichkeiten, sondern auch durch die Sache selbst bestimmt gewesen zu sein. Die Sicht von Recht, Wahrheit und Gerechtigkeit, die Wolfgang Waldstein und Benedikt XVI. vorzeichnen, wird so für künftige Forschergenerationen einen wertvollen Bezugspunkt darstellen.

LAUDATIO ANLÄSSLICH DER ÜBERREICHUNG
DER EHRENDOKTORWÜRDE AN
EM. PROF. DR. DR. HC. WOLFGANG WALDSTEIN

Balázs SCHANDA
Katholische Universität Pázmány Péter

Wolfgang Waldstein hat im Jahr 2010 sein bislang letztes Buch zum Naturrecht mit dem Titel „*Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*“ publiziert. Das Buch liegt nunmehr auch in ungarischer Sprache vor. Dieses Buch entstand auf Ersuchen des Sankt Ulrich Verlages und sollte die Lehre zum Naturrecht einem breiteren Publikum zugänglich machen. Professor Waldstein war sich zunächst nicht sicher, ob er diese neue Arbeit in Angriff nehmen sollte, entschied sich dann aber doch zur Übernahme des Auftrages. Dem Buch sollte ein unerwarteter Erfolg beschieden sein. Papst Benedikt XVI. hat in seiner Ansprache zu den Grundlagen des freiheitlichen Rechtsstaates vor dem deutschen Bundestag am 22. September dieses Jahres grundlegende Gedanken Waldsteins aus dem Buch aufgegriffen. Der Papst schlägt vor sich bei dem Bemühen um die Unterscheidung zwischen Gut und Böse auf die „abendländische Rechtskultur zu stützen, die für die Rechtskultur der Menschheit von entscheidender Bedeutung war und ist“. Der römische Oberhirte weist darauf hin, dass das Christentum sich nie auf ein Offenbarungsrecht gestützt, sondern auf „Natur und Vernunft als die wahren Rechtsquellen“ und damit auf den „Zusammenklang von objektiver und subjektiver Vernunft“ verwiesen hat. Beide Sphären finden ihre Grundlage – so Benedikt XVI. „in der schöpferischen Vernunft Gottes“.¹ Eine breite Akzeptanz dieser Sicht der Dinge ist nicht immer leicht zu erreichen, wie wohl auch die Diskussionen um das neue ungarische Grundgesetz zeigen. Diese Tatsache ist auf ein allgemein verbreitetes positivistischen Verständnis von Natur und Vernunft zurückzuführen, dessen Überwindung mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden ist. Die Darstellung eines objektiven Naturrechts und dem Streben der Vernunft nach einer für sie

¹ Ansprache von Papst Benedikt XVI. vor dem deutschen Bundestag am 22. September 2011.

erkennbaren Wahrheit standen während eines halben Jahrhunderts im Zentrum der wissenschaftlichen Arbeiten von Professor Waldstein. Eine große Stütze für seine Arbeit hat Waldstein dabei immer in seiner Frau gefunden. Das Ehepaar ist seit mehr als fünfzig Jahren verheiratet und hat sechs Kinder. Wir freuen uns sehr heute bei diesem Festakt auch Frau Waldstein begrüßen zu dürfen.

Wolfgang Waldstein hat 1963 bei Arnold Herdlitzka in Innsbruck mit einer Arbeit zum römischen Begnadigungsrecht habilitiert. Zwei Jahre später wurde er anlässlich der Wiedererrichtung der Universität Salzburg an den Lehrstuhl für Römisches Recht gerufen und zum ersten Dekan der juristischen Fakultät bestellt. Von Beginn seiner Forschungs- und Lehrtätigkeit an hat Wolfgang Waldstein auf die Bedeutung von Ordnungselementen wie der Natur der Sache, der römischen *fides* – verstanden als Redlichkeit –, der *aequitas*, des Gerechten und der Gerechtigkeit hingewiesen.² Im Studienjahr 1968/69 war er Rektor der Universität Salzburg. In den Jahren 1969 bis 1972 war er österreichischer Delegierter im Ständigen Komitee der Europäischen Rektorenkonferenz und im Europarats-Komitee für Hochschulbildung und Forschung. In den Jahren 1971 bis 1972 war er Vorsitzender dieses Komitees. Das Rektorat Waldsteins und seine Tätigkeit im Bereich der Hochschulorganisation fielen in eine bewegte Epoche der Geschichte der Universität. Die Universität Salzburg befand sich im Wiederaufbau und das gesamte europäische Hochschulwesen war durch einen Wunsch nach grundlegenden Reformen auf universitärer, gesellschaftlicher und politischer Ebene gekennzeichnet. Waldstein hat diesen Anliegen in seiner Inaugurationsrede Rechnung getragen. Die Rede ist durch den für Waldstein charakteristischen Mut gekennzeichnet, sich den Herausforderungen der Zeit zu stellen, etwaiger Kritik nicht auszuweichen und Missdeutungen in Kauf zu nehmen. Bereits in den einleitenden Worten zu dieser Rede hat er auf die Pflicht eines Akademikers zur Ergründung der Wahrheit hingewiesen, ohne sich dabei von „Schlagwort-Schablonen wie konservativ – progressiv, links – rechts, autoritär und demokratisch“ beeinflussen zu lassen.³ Im Mittelpunkt der Rede standen sodann der Inhalt und die Grenzen der akademischen Freiheit. Den Ausführungen Waldsteins vor mehr als vierzig Jahren kommt auch heute eine hohe Aktualität zu. Akademische Freiheit wird als ein durch „das Wesen wissenschaftlicher Erkenntnis bestimmtes Phänomen“ definiert. Unter anderem hebt Waldstein hervor, dass Lehr- und Lernfreiheit von ihrem Wesen her auf „wissenschaftliche Erkenntnis und Lehre der Wahrheit“ ausgerichtet sind.⁴

Das Spannungsfeld zwischen auf Erkenntnis gegründetem Streben nach Wahrheit und der Auslegung des Freiheitsbegriffes kehrt in einem Thema wieder, dem sich Waldstein seit Beginn der siebziger Jahre mit von der Sache selbst geforderter Leidenschaft und Energie widmet: Der Verteidigung des Menschenrechts zum

² Vgl. Die Antrittsvorlesung von Wolfgang Waldstein veröffentlicht unter dem Titel „*Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht*“, Pustet, Salzburg-München, 1966.

³ Vgl. Wolfgang WALDSTEIN: *Akademische Freiheit und humane Ordnung*. Inaugurationsrede gehalten am 22. Oktober 1968 an der Universität Salzburg, Pustet, Salzburg-München, 1969. 6.

⁴ Vgl. WALDSTEIN (1969) aoO. 8.

Leben. Mit dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches im Jahre 1974 wurde in Österreich die sogenannte Fristenlösung eingeführt, durch die der unbedingte Schutz des menschlichen Lebens für die ersten drei Monate der Schwangerschaft aufgegeben wurde. Die Salzburger Landesregierung hat im März 1974 einen Antrag auf Aufhebung der entsprechenden Bestimmungen beim österreichischen Verfassungsgerichtshof gestellt. Der Verfassungsgerichtshof ist jedoch zu dem Ergebnis gekommen, dass die in dem Antrag vorgebrachten Bedenken nicht zutreffen. Waldstein, der maßgeblich an der Formulierung des Antrages beteiligt gewesen ist, hat im Hinblick auf das Erkenntnis die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens einer kritischen Untersuchung unterzogen und im Gegensatz dazu die Interpretationsregeln, die die europäische Rechtskultur seit der Antike kennzeichnen herausgestellt.⁵ Im Zusammenhang mit der Stellung des ungeborenen Kindes im römischen Recht hat Waldstein wiederholt auf die verhängnisvollen Folgen der Übersetzung einer Formulierung aufmerksam gemacht, die der römische Jurist Ulpian im Rahmen der Erörterung eines Rechtsfalles gebraucht hat. Ulpian hat im dritten nachchristlichen Jahrhundert den Ausdruck verwendet, wonach die Leibesfrucht als *portio mulieris* bezeichnet wurde, das heißt ein bloßer Teil des Mutterleibes gewesen sein soll. Unermüdlich weist Waldstein darauf hin, dass diese Äußerung in einem Rechtsstreit zwischen einem Mann und seiner geschiedenen Ehefrau gefallen ist und nichts anderes bedeutet, als dass das ungeborene Kind, wenn es darum geht es entweder der Sphäre des Vaters oder der Mutter zuzuordnen, eindeutig jener der Mutter zuzuordnen ist, wobei das Kind sich eben noch nicht außerhalb des Mutterleibes, sondern im Leib der Mutter befindet.

Ab dem Jahr 1975 hat Waldstein die Betreuung der Herausgabe des Kurzlehrbuches zur „Römischen Rechtsgeschichte“ von der sechsten bis zur neunten Auflage im Jahr 1994 betreut. Wie der Verfasser der zehnten Auflage, Michael Rainer, schreibt bietet das Buch einen umfassenden Überblick über die Geschichte des Römischen Rechts von den Anfängen bis zu Kaiser Justinian. In diesem Buch hat Waldstein auch die Erkenntnis einfließen lassen, dass das Römische Recht seine Grundlagen vielfach in der Griechischen Philosophie hat. Diese Überzeugung führt im Gegensatz zu den systematischen Ansätzen der Pandektistik immer auch zu dem Bestreben die Quellenzeugnisse zu den tatsächlichen historischen Ereignissen zurückzuführen. Diese Bemühung hat das auf Waldstein zurückgehende Buch zur Rechtsgeschichte auch zu einem Verbindungsglied zwischen Rechtsgeschichte und den Fachleuten der Alten Geschichte werden lassen.

In die siebziger Jahre fallen auch Waldsteins Kontakte zu Ungarn, insbesondere auch der Beginn seiner Freundschaft mit János Zlinszky. Wie Waldstein selbst anlässlich des 80. Geburtstags von Zlinszky - hier in diesem Festsaal – erzählt hat, war er mit der Organisation des 18. Deutschen Rechtshistorikertages, der im Jahr 1970 in Salzburg stattfinden sollte, betraut worden. Auf Anraten des bekannten

⁵ Vgl. Rechtserkenntnis und Rechtssprechung. Bemerkungen zum Erkenntnis des VfGH über die Fristenlösung. In: Wolfgang WALDSTEIN: *Das Menschenrecht zum Leben*. Duncker & Humblot, Berlin 1982. 35 f.

Professors für Römisches Recht, Wolfgang Kunkel, hat Waldstein Zlinszky nach Salzburg eingeladen. Der Rechtshistorikertag sollte so zum Beginn einer tiefen Freundschaft zwischen den beiden Professoren für Römisches Recht werden. In weiterer Folge hat Waldstein die Gründung und die Entwicklung der juristischen Fakultät unserer Universität mit Rat und Tat unterstützt. Dies hat auch in Vorträgen anlässlich verschiedener vom Lehrstuhl für Römisches Recht organisierten Veranstaltungen und in verschiedenen Publikationen in den von der Fakultät herausgegebenen wissenschaftlichen Zeitschriften seinen Niederschlag gefunden. Zuletzt hat Professor Waldstein großzügig eine Mitgliedschaft im wissenschaftlichen Beirat der im Entstehen begriffenen Zeitschrift *Pázmány Law Review* übernommen.

In die achtziger Jahre fällt Waldsteins Arbeit an seiner Monographie *Operae libertorum*, zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven. Das Werk ist eine erschöpfende Untersuchung aller zu diesem Thema vorhandenen Quellen. Im Ergebnis kommt Waldstein zu dem Schluss, dass das römische Recht durch die Regelungen im Zusammenhang mit jenen Pflichten, die der Freigelassene nach der Freilassung auf Verlangen seines Freilassers zu leisten hatte, Grundlagen für ein modernes Sozialrecht gelegt hat.

Wolfgang Waldstein ist im Zusammenhang mit seinen Arbeiten zum römischen Recht immer wieder zu Schlussfolgerungen gekommen, die auf den ersten Blick überraschen mögen und dem Leser vielfach ein Bild vom römischen Recht vor Augen stellen, das von der herkömmlichen Betrachtungsweise abweicht. Seine Arbeiten sind dabei immer durch die Bemühung gekennzeichnet, jene grundlegenden Elemente der römischen Rechtswissenschaft hervorzuheben, die zur Gestaltung einer europäischen Rechtsordnung herangezogen werden können. Nicht selten ist damit eine Überwindung von Klischees verbunden. In diesem Zusammenhang können etwa seine Ausführungen zur Dankbarkeit im römischen Recht,⁶ oder auch seine Arbeit zur Stellung der Frau im römischen Recht hervorgehoben werden.⁷ Besonders interessant sind auch seine Studien zu Eigentum und Gemeinwohl im Römischen Recht.⁸ Waldstein konnte im Jahr 1992 einen Vortrag zu diesem Thema an der Russischen Akademie der Wissenschaften in Moskau halten. Wie Waldstein berichtet, hat ihm im Anschluss an seinen Vortrag, einer der Professoren der Akademie der Wissenschaften, der gleichzeitig Mitglied der Kommission der Duma war, in der die Wiederezulassung von Privateigentum beraten wurde, gesagt, dass er seinen Vortrag zur Gänze in die Beratungen der Kommission einbringen würde. Weiß man, dass Waldsteins Vater, der als Sohn eines österreichischen Offiziers 1918 in St. Petersburg lebte, angesichts der Revolution gezwungen war, nach Finnland

⁶ Wolfgang WALDSTEIN: „Ingrati accusatio“ im Römischen Recht. In: Josef SEIFERT: *Danken und Dankbarkeit. Eine universale Dimension des Menschseins*. Carl Winter, Heidelberg, 1992.

⁷ Wolfgang WALDSTEIN: Zur Stellung der Frau im Römischen Recht. In: Paul HÄNDEL – Wolfgang MEID (Hrsg.): *Festschrift für Robert Muth: zum 65. Geburtstag am 1. Januar 1981*. Amoe, Innsbruck, 1983. 559 ff.

⁸ Wolfgang WALDSTEIN: Eigentum und Gemeinwohl im Römischen Recht. In: Johannes HENGESCHLÄGER (Hrsg.): *Für Staat und Recht. Festschrift für Herbert Schambeck*. Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

zu fliehen und dabei sein gesamtes Eigentum verlor, kann man sich vorstellen, dass die Tatsache, dass sein Vortrag im Zusammenhang mit der Wiedereinführung des Privateigentums in Russland bearbeitet werden sollte, ein Grund zur tiefen Freude gewesen sein musste.

Waldstein war stets darum bemüht all diese Überzeugen auch in den Unterricht einfließen zu lassen. Es ist eine Freude für uns, dass einer seiner ersten Assistenten, Zoltan Végh, heute an der Überreichung der Ehrendoktorwürde teilnehmen kann. Als Lehrer war Waldstein darum bemüht, auch über den akademischen Unterricht hinaus, ein freundschaftliches Verhältnis zu seinen Schülern zu pflegen. Berühmt sind in diesem Zusammenhang die Besteigungen des Dachsteins und so mancher Skiausflug.

Im Jahr 1992 hat Waldstein Abschied vom akademischen Alltag in Salzburg genommen. Neben anderen Vorhaben wollte er sich der umfassenden Untersuchung des Einflusses der antiken Philosophie auf das römische Recht und auf die römische Rechtswissenschaft zuwenden. Dieses Vorhaben wurde durch einen Ruf an die römische Lateranuniversität im Jahr 1996 unterbrochen. Ergebnis seiner Lehrtätigkeit in Rom ist sein Buch *Teoria Generale del Diritto* mit dem er als Frucht des Studiums der römischen Quellen während mehr als drei Jahrzehnten eine eigenständige rechtstheoretische Methode auf der Grundlage des römischen Rechts entwickelt hat. Seit 1994 ist Waldstein ordentliches Mitglied der Päpstlichen Akademie für das Leben, wo er sich beharrlich für dieses grundlegendste aller Menschenrechte einsetzt. Auch bei dieser Arbeit stützt er sich auf aus dem römischen Recht gewonnene Erkenntnisse und Methoden. Immer ist er darum bemüht, der Definition des Rechts als *ars boni et aequi* – als Kunst des Guten und Gerechten zu entsprechen. Nach Beendigung seiner Tätigkeit an der Lateranuniversität ist Waldstein Italien treu geblieben, wie etwa seine Mitarbeit am *Collegio di Diritto Romano* in Pavia zeigt. Daneben hat er großzügig zahlreiche Vorträge in Europa und Amerika übernommen, was oftmals auch mit Beschwerden verbunden war. All diesen Herausforderungen ist Professor Waldstein mit bewundernswerter Kraft gerecht geworden.

Im Hinblick auf all diese Verdienste freue ich mich, Professor Wolfgang Waldstein als neuen *Doctor honoris causa* der Katholischen Universität begrüßen zu dürfen und bitte den Großkanzler der Universität, seine Eminenz Kardinal Péter Erdő, die Überreichung der Ehrendoktorwürde vorzunehmen.

FÄLLE, IN DENEN DAS NATURRECHT ÜBER DIE NÜTZLICHKEIT GESIEGT HAT

Wolfgang WALDSTEIN
Universität Salzburg

Eure Eminenz, Magnifizenz, Herr Dekan, verehrte Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren.

Ich stehe heute vor Ihnen etwas verlegen. Mir fehlen die angemessenen Worte, um für diese Feier zu danken. Vor allem habe ich natürlich der Pázmány Péter Universität herzlichst zu danken für die mich völlig überraschende Verleihung des Ehrendoktorats. Danken muss ich aber auch allen, die an dieser Feier teilnehmen. Besonders danken möchte Seiner Eminenz Kardinal Erdő für die Leitung dieser Feier und dem Herrn Dekan für seine überaus freundlichen Worte. Sehr danken möchte ich aber auch János Zlinszky, mit dem mich seit dem Deutschen Rechtshistorikertag 1970 in Salzburg eine tiefe Freundschaft verbindet. Dadurch fühle ich mich auch dieser Universität seit ihrer Gründung sehr verbunden. Allen also mein herzlichster Dank.

Was nun mein heutiges Thema betrifft, nämlich „Fälle, in denen das Naturrecht über die Nützlichkeit gesiegt hat“, möchte ich zwei bemerkenswerte Fälle aus der vorchristlichen römischen Antike herausgreifen, die belegen, wie das Bewusstsein von der Existenz eines dem Menschen vorgegeben Naturrechts in schweren Situationen richtige Entscheidungen möglich machte. Diese Entscheidungen sind, wie viele andere auch, deswegen so wichtig, weil heute vielfach die Meinung vertreten wird, Naturrecht sei eine Erfindung der Katholischen Kirche, die damit ihre Macht stützen wolle, was natürlich völlig absurd ist.

Der römische Historiker Livius berichtet im Zusammenhang mit der Belagerung der etwa 50 km nördlich von Rom gelegenen Stadt Falerii, die sich mit Veii gegen Rom verbündet hatte, für das Jahr 394 v. Chr.¹ über ein Ereignis, bei dem eine

¹ Liv. 5, 27, 1–15

societas ... quam ingeneravit natura, also eine Gemeinschaft, welche die Natur unter allen Völkern begründet hat, eine zentrale Rolle spielt. Diese relativ frühe Bezugnahme auf ein allen Völkern gemeinsames Recht erfolgt in einer Weise, die dieses Recht als ganz selbstverständlich dem Menschen bekannt erscheinen lässt. Die Unkenntnis oder Missachtung dieses Rechts kann, wie der Text bei Livius zeigt, zu Schändlichkeiten und Verbrechen führen.

Im Jahre 395 v. Chr. wurde die Führung des Krieges Roms gegen Falerii dem Militärtribunen M. Furius Camillus übertragen. Unter seinem Kommando erfolgte „die Einschließung der Stadt und die Befestigung der Stellungen“². Zunächst schildert Livius die Schwierigkeit dieser Belagerung, die wenig Hoffnung auf eine rasche Lösung gab³. Er sagt sogar: „Und es schien, als würde die Mühe ebensolange dauern wie bei Veji“⁴. Wie Livius berichtet, wurde Veii „zehn Sommer und Winter ununterbrochen belagert“⁴. Man kann sich daher vorstellen, was für Camillus die Befürchtung bedeuten musste, dass es bei Falerii ähnlich lang werden könnte. Nun berichtet Livius weiter, dass diese Befürchtung begründet war, „hätte nicht das Schicksal dem römischen Feldherrn Gelegenheit gegeben, seine Vorzüge auf militärischem Gebiet, die man schon kannte, unter Beweis zu stellen, und ihm zugleich einen raschen Sieg beschert“⁵.

Das Ereignis, das zum raschen Sieg führte, hängt mit einer Gewohnheit der Falisker zusammen, „ein und denselben Mann als Lehrer und Begleiter (für Schüler) zu verwenden“. Der Obhut dieses Mannes wurden mehrere Jungen gleichzeitig anvertraut, der die Kinder der angesehensten Familien unterrichtete. Er hatte im Frieden damit begonnen, die Jungen zum Spielen und Trainieren vor die Stadt zu führen und hatte diese Gewohnheit auch während der Kriegszeit nicht unterbrochen. Er führte die Jungen dabei bald kürzere, bald weitere Strecken vom Stadttor weg. Als sich die Gelegenheit ergab, ging er unter mancherlei Spielen und Gesprächen weiter fort als gewöhnlich und brachte die Kinder zwischen die Posten der Feinde und dann in das römische Lager ins Feldherrnzelt zu Camillus.“ Und Livius sagt weiter: „Dort (vor Camillus) fügte er seiner schändlichen Tat noch schändlichere Worte hinzu: Er habe Falerii den Römern in die Hände gespielt, da er diese Jungen, deren Väter dort die wichtigsten Leute im Staat seien, in ihre Gewalt gegeben habe“. Er erwartete sich offenbar reiche Belohnung von den Römern dafür, dass er ihnen die Möglichkeit gab, die Übergabe der Stadt durch diese Geiseln zu erpressen.

Die Reaktion des Camillus war jedoch eine andere. Er antwortete: „Du bist nicht zu einem dir ähnlichen Volk und Feldherrn gekommen, du Schurke mit deinem schändlichen Geschenk. Wir haben mit den Faliskern keine Gemeinschaft, wie sie aus Abkommen zwischen Menschen zustande kommt; aber die Gemeinschaft, die die Natur beiden Völkern mitgegeben hat, besteht und wird bestehen“. Camillus hat

² Liv. 5, 26, 9.

³ Liv. 5, 26, 3–10.

⁴ Liv. 5, 22, 8.

⁵ Liv. 5, 26, 10.

diesem „schändlichen Geschenk“ dann die gebührende Antwort erteilt. „Völlig entblößt, die Hände auf den Rücken gebunden, übergab er ihn ... den Jungen, damit sie ihn nach Falerii zurückführten sollten“⁶.

Livius berichtet dann, welche Wirkung dieses Vorgehen des Camillus bei den Faliskern ausgelöst hatte. Er sagt, wie die deutsche Übersetzung des Text wiedergibt, folgendes: „Bei diesem Schauspiel kam es zunächst zu einem Volksauflauf, dann wurde von den Beamten wegen des ungewöhnlichen Vorfalls der Senat einberufen, und es trat ein solcher Umschwung der Stimmung ein, dass bei ihnen, die eben noch, von Haß und Zorn wie von Sinnen, fast lieber wie Veii untergehen als wie Capena Frieden schließen zu wollen, die ganze Bürgerschaft Frieden forderte. Die Redlichkeit der Römer, die Gerechtigkeit des Feldherrn wurde auf dem Forum und im Senatsgebäude gepriesen, und mit Zustimmung aller brachen Gesandte, die Falerii übergeben sollten, zu Camillus ins Lager auf und von dort mit Erlaubnis des Camillus zum Senat nach Rom. Sie wurden in den Senat geführt und sagten dort, wie es heißt, folgendes: »Senatoren, von euch und eurem Feldherrn durch einen Sieg bezwungen, den weder ein Gott noch ein Mensch euch neiden möge, ergeben wir uns euch, weil wir glauben, – das Schönste, was es für einen Sieger gibt – daß wir unter eurer Herrschaft besser leben werden als nach unseren Gesetzen. Der Ausgang dieses Krieges liefert dem Menschengeschlecht zwei heilsame Beispiele: Ihr habt Redlichkeit im Kriege einem sofortigen Sieg vorgezogen; wir, durch eure Redlichkeit herausgefordert, haben euch den Sieg freiwillig zuerkannt«⁷.

Wie weit diese Schilderung historischen Tatsachen entspricht, braucht hier nicht erörtert zu werden. Das Wichtige, das dieser Text bezeugt, ist jedenfalls die Überzeugung, dass ein Handeln, das dem von Natur gegebenen Recht widerspricht und damit unredlich und schändlich ist, auf keinen Fall in Frage kommt, auch wenn es noch so nützlich wäre. Vielmehr kann auch in schwierigsten Situationen ein redliches Verhalten sogar dadurch, dass der Gegner durch die Redlichkeit herausgefordert ist, zu einem weit besseren Ergebnis führen als der Einsatz schändlicher Mittel durch die mögliche Erpressung. Für Camillus wäre es in der schwierigen, Zeit und Opfer fordernden Belagerung überaus nützlich gewesen, die Übergabe der Stadt mit Hilfe der Geiseln zu erpressen. Der fundamentale Widerspruch mit der natürlichen Ordnung, die alle Völker verbindet, hatte jedoch damals die Kraft, eine Verletzung dieser Ordnung als schändlich erkennen zu lassen, was eine Handlung gegen diese Ordnung für Camillus ausschloss. Die Bedeutung dieses Verhaltens des Camillus würdigen die Falisker daher durchaus richtig, wenn sie sagen: „Der Ausgang dieses Krieges liefert dem Menschengeschlecht zwei heilsame Beispiele: Ihr habt Redlichkeit im Kriege einem sofortigen Sieg vorgezogen; wir, durch eure Redlichkeit herausgefordert, haben euch den Sieg freiwillig zuerkannt“.

Wieviel menschliches Leid könnte der Menschheit erspart bleiben, wenn die für alle Zeiten dem ganzen „Menschengeschlecht“ gelieferten heilsamen Beispiele befolgt würden. Stattdessen gehören die schändlichen und verbrecherischen Taten der

⁶ Liv. 5, 27, 9 in der Übersetzung von *Hillen*, H. J., Sammlung Tusculum, 1991.

⁷ Liv. 5, 27, 13.

Entführung und Erpressung zum Zwecke der eigenen Bereicherung oder aus politischen Gründen bis heute zum Alltag. Selbst die heute kodifizierten Menschenrechte haben nicht die Kraft, schändlichste Entführungen und Erpressungen zu verhindern. Daher ist auch wichtig, was Livius weiter berichtet: „Camillus erntete bei seiner Rückkehr in die Stadt, nachdem er die Feinde durch seine Gerechtigkeit und Redlichkeit bezwungen hatte, weit größeres Lob als damals, da ihn weiße Pferde im Triumphzug in die Stadt gezogen hatten“.⁸

Aber gleich die Fortsetzung des Berichts des Livius bringt ein Gegenbeispiel. Der römische Senat wollte (nach dem Krieg gegen Veii) unverzüglich das im Krieg gemachte Gelübde einlösen, wonach ein goldener Mischkrug „als Weihegeschenk aus der Beute von Veii nach Delphi“ gebracht werden sollte.⁹ „Die Gesandten L. Valerius, L. Sergius und A. Manlius, die den goldenen Mischkrug als Geschenk für Apollon nach Delphi bringen sollten, wurden auf einem Kriegsschiff ausgeschiedt, aber nicht weit von der Meerenge von Sizilien von liparischen Seeräubern aufgebracht und nach Liparae verschleppt.“ Wie Livius weiter sagt, hatte die Bürgerschaft von Liparae die Gewohnheit, die „Beute aufzuteilen, als sei sie auf einer Piratenfahrt im Dienst des Staates gewonnen worden.“ Damit schien die Gewalt unter Missachtung des Naturrechts wieder die Oberhand zu gewinnen.

Aber dann geschieht etwas, das dem Vorbild des Camillus entspricht. Livius sagt weiter: „Doch zufällig hatte in diesem Jahr ein gewisser Timasitheos das höchste Amt inne, ein Mann, der den Römern ähnlicher war als seinen Landsleuten. Er hatte Achtung vor dem Gesandtentitel, dem Geschenk und dem Gott, dem es überbracht werden sollte, sowie vor dem Anlaß des Geschenks und erfüllte auch die Menge, die fast immer dem leitenden Mann ähnlich ist, mit der geziemenden Scheu, behandelte die Gesandten als Staatsgäste, geleitete sie unter dem Schutz seiner Schiffe nach Delphi und brachte sie wohlbehalten nach Rom zurück. Auf Senatsbeschluß wurde mit ihm Gastfreundschaft geschlossen, und er erhielt im Namen des Staates Geschenk.“¹⁰ Hier hatte sogar eine ganze Bürgerschaft von Liparae die Gewohnheit, Piratenfahrten als im Dienst des Staates durchzuführen und dann die „Beute aufzuteilen“. Ein Mann, der gegen diese Gewohnheit rechtlich dachte, vermochte jedoch, diese Mentalität der Seeräuberei zu durchbrechen und im Sinne des Naturrechts rechtmäßig zu handeln.

Auf diesen Grundlagen konnte die römische Rechtswissenschaft seit dem 2. Jahrhundert v. Chr. in ihrem Bemühen um gerechte Lösungen von Rechtsfällen Naturrecht praktisch anwenden. Die darauf aufbauende Rechtsentwicklung Europas darzustellen, war das Anliegen meines Buches. Ich kann jetzt nur hoffen, dass sich die in der Europäischen Union zur Zeit entwickelnden naturrechtswidrigen Tendenzen in Europa nicht zu

⁸ Liv. 5, 28, 1.

⁹ Dazu Hans Georg GUNDEL in: Konrat ZIEGLER – Walther SONTHEIMER (Hrsg): *Der kleine Pauly. Lexikon der Antike auf der Grundlage von Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*. Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1975. 839.

¹⁰ Liv. 5, 28, 1–5.

einem Totalitarismus des Liberalismus¹¹ führen, den gerade Ungarn jetzt schon zu spüren bekommen hat. In dieser Lage hat die Neubesinnung auf das Naturrecht für eine menschenwürdige Zukunft Europas eine existenzielle Bedeutung. Es ist für mich eine überaus große Freude, dass dieses Buch zum Anlass der heutigen Feier werden konnte. Ich danke dafür aus ganzem Herzen.

¹¹ Vgl. dazu Stephan BAIER: Abtreibung als Menschenrecht? *Die Tagespost*, 15. März 2012. 2., der alarmierende Vorgänge im Europäischen Parlament berichtet. Er fasst dies am Ende seines Beitrages folgendermaßen zusammen: „Wird die Religionsfreiheit der ‚liberalen‘ Manipulation von Hirnen und Gesetzen standhalten? Oder wird bald mit harten Geld-, vielleicht sogar Gefängnisstrafen rechnen müssen, wer zu Ehe, Familie und Lebensschutz offen sagt, was Katholiken eben glauben und denken?“ Ich würde sagen: was dem Naturrecht entspricht und für jedermann gültig ist. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) sagt heute noch im § 16: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“. Im § 17 wird von den „angeborenen natürlichen Rechten“ gesprochen. Diese werden heute auch in Österreich bereits weitgehend missachtet.

ZUM BUCH VON WOLFGANG WALDSTEIN: INS HERZ GESCHRIEBEN

Andreas LAUN
Salzburger Weihbischof

In Berlin hat Papst Benedikt XVI. über die Grundlagen eines Staates gesprochen, in dem Freiheit und Gerechtigkeit herrschen! Er hätte nicht darüber gesprochen, wäre er der Meinung gewesen: Europa steht auf dem Fundament dieser Werte! Mit anderen Worten, offenbar ist der Papst in Sorge um Freiheit und Gerechtigkeit in Europa und diese Sorge muss die Sorge jedes denkenden Menschen sein: Ist es so, steht Europa auf dem Fundament der Anerkennung von Freiheit und Gerechtigkeit? Europa hat die grauenhaften Diktaturen Hitlers und Stalins hinter sich, wie könnte es einen Menschen gleichgültig sein, wenn Gefahr besteht, dass die Fundamente für Freiheit und Gerechtigkeit nochmals verloren gehen, gerade jetzt, wo sich Europa voll Zuversicht geeinigt hat? Die Sorge, ja, die Angst verstärken sich, wenn man die ungeheueren technischen Kontroll-Möglichkeiten bedenkt, die neuen Diktatoren zur Verfügung stünden!

Der Papst hat über die Fundamente von Freiheit und Gerechtigkeit gesprochen und dabei stützt er sich ganz wesentlich auf das hier vorliegende Buch von Wolfgang Waldstein. Offensichtlich hat er es genau gelesen, sonst könnte er es nicht zitieren: dreimal und ausführlich, so wichtig scheint es ihm zu sein! Waldstein erklärt das Naturrecht, und in diesem Naturrecht sieht der Papst das „Fundament“ eines Rechtsstaates, in dem Freiheit und Gerechtigkeit geachtet werden! Darum, weil dieses Fundament niemandem, der in dem „Haus Europa“ leben will, nicht gleichgültig sein können, ist es von höchster Bedeutung, dass das Buch Waldsteins in die Hände vor allem der politischen und auch kirchlichen Führungskräfte kommt, gelesen, studiert, verstanden wird. Waldstein hat mit diesem Werk, das vielleicht nur er so schreiben konnte, Europa und der ganzen Welt einen kostbaren Dienst erwiesen! Es geht um den Menschen und sein Wohl, und der Papst hat mit seiner Autorität die Stimme Waldsteins nochmals verstärkt. Man kann nur hoffen, dass es wirklich gelesen werden wird und das Handeln derer, die die Macht verwalten, bestimmen

wird! Der große Europäer Otto von Habsburg hat geschrieben: „Die Erkenntnis, dass alle Macht von oben kommt, dass sie daher nicht unbeschränkt sein kann, weil sie sich stets auf die obersten sittlichen Grundsätze, auf das göttliche Naturrecht beziehen muß und diesem unterworfen ist. Ist das Fundament jeder legitimen Macht. Noch mehr als dies, das Naturrecht ist der sicherste Schutz jener, die der Macht unterworfen, ist die stärkste Garantie, die ein Staatsbürger haben kann.“ Es ist und bleibt, wie der Papst, wie Waldstein, wie Otto von Habsburg gesagt haben: Nicht nur Europa, die ganze Welt brauchen das Naturrecht, es muss im Herzen der Menschen lesbar bleiben, gelesen und befolgt werden!

Damit das gelingt, brauchen wir Philosophen, Theologen, Juristen, die das Thema durchdenken und so die „Weisheit Gottes in der Schöpfung“ (Papst Benedikt XVI.) neu entdecken und verstehen lernen.