

INSTITUTIONELLE RECHTSLEHRE UND KANONISCHES RECHT

LÜDGER MÜLLER
INSTITUT FÜR KANONISCHES RECHT DER UNIVERSITÄT WIEN

I. FRAGESTELLUNG

Seit der Mitte des 20. Jahrhunderts beschäftigen sich katholische Kanonisten, insbesondere solche, die der sogenannten "Münchener Schule"¹ zuzurechnen sind oder ihr nahestehen, mit dem Problem der Grundlegung kirchlichen Rechts. Die Frage: "Rechtsphilosophie oder Rechtstheologie?" wurde bei dieser Diskussion eindeutig in Richtung einer Rechtstheologie entschieden, wofür vor allem auf die Arbeiten des heutigen Erzbischofs von Madrid Antonio María Kardinal Rouco Varela hinzuweisen ist². Eben derselbe Rouco Varela vertrat aber schon 1967 die Ansicht, daß es gar nicht schwer sei, Verbindungslinien zwischen der Theologie des kirchlichen Rechts und der Rechtsphilosophie zu ziehen³. Hierbei sah Rouco Varela als Ansprechpartner offensichtlich in erster Linie die italienische Laien-

¹ Vgl. hierzu L. MÜLLER, "Die Münchener Schule. Charakteristika und wissenschaftliches Anliegen": *AfkKR* 166 (1997) 85–118.

² Vgl. vor allem A. M. ROUCO VARELA, "Rechtsphilosophie oder Rechtstheologie? Versuch einer Antwort vom kanonischen Recht her", in: W. AYMANS-L. GEROSA-L. MÜLLER (Hrsg.), *Antonio María Rouco Varela, Schriften zur Theologie des Kirchenrechts und zur Kirchenverfassung* (Paderborn–München–Wien–Zürich 2000) 15–58; DERS., *Was ist "katholische" Rechtstheologie. Gedanken zu dem Buch von B. Schüller: Die Herrschaft Christi und das weltliche Recht*, o. c., 3-14.

³ Vgl. DERS., *Rechtsphilosophie oder Rechtstheologie?*, o. c., 53.

tenschule an⁴, die auf der Lehre vom “ordinamento giuridico” aufbaut, also auf einem Begriff, der aus der institutionellen Rechtslehre hervorgegangen ist.

Auch bei der weiteren Diskussion um die Grundlagen des Kirchenrechts war die Überzeugung im Grundsatz weiterhin gegenwärtig und wurde immer klarer: Wenn die kirchliche Rechtsordnung als Rechtsordnung im strikten Sinn ernstgenommen werden soll, ist “eine Vorerwägung über das Recht”⁵ erforderlich. Die Kirchenrechtswissenschaft muß sich an der Diskussion um die grundlegenden Fragen des Rechts beteiligen und ins Gespräch mit der Rechtsphilosophie kommen. Sie muß Entwicklungen in der Rechtstheorie zur Kenntnis nehmen und auf ihre Bedeutung für das Kirchenrecht hin überprüfen. Im Sinne dieses Anliegens soll hier überlegt werden, ob die institutionelle Rechtslehre etwas zur Klärung der kirchenrechtlichen Grundlagenfragen beitragen kann.

Mit dem Titel “institutionelle Rechtslehre” wird eine Theorie bezeichnet, die gegen Ende des 19. Jahrhunderts entstanden ist und von verschiedenen Juristen vertreten wurde. Hierzu zählen vor allem der französische Verwaltungsrechtler Maurice Hauriou (1856-1929) und der italienische Professor für öffentliches Recht Santi Romano (1875-1947). Daneben hat auch eine Vielzahl anderer Juristen eine ähnliche Auffassung vertreten. Ausdrücklich genannt werden müssen vor allem Georges Renard, “der bedeutendste Schüler und Fortsetzer Haurious”⁶, und der nicht unumstrittene deutsche Jurist Carl Schmitt, der mit seinem “konkreten Ordnungsdenken” an die Lehre Santi Romanos von der Rechtsordnung angeknüpft hat⁷. Die Lehre von Carl Schmitt hatte wiederum Einfluß auf das Denken der katholischen Kanonisten

⁴ Vgl. 55.

⁵ W. AYMANS–K. MÖRSDORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici*, Bd. I: Einleitende Grundfragen und Allgemeine Normen (Paderborn–München–Wien–Zürich 11 1991) 1; vgl. auch P. KRÄMER, “Katholische Versuche einer theologischen Begründung des Kirchenrechts”, in: J. PFAMMATTER–F. FURGER (Hrsg.), *Theologische Berichte XV: Die Kirche und ihr Recht* (Zürich–Einsiedeln–Köln 1986) 11–37, hier: 35 f.

⁶ Vgl. O. WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie* (Stuttgart 1987) 162; zur Lehre von Renard vgl. ebd. 162–164.

⁷ Vgl. zu diesem besonders H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (Politica. Abhandlungen und Texte zur politischen Wissenschaft 19; Neuwied–Berlin 1964); B. WACKER (Hrsg.), *Die eigentliche katholische Verschärfung Konfession, Theologie und Politik im Werk Carl Schmitts* (München 1994).

Hans Barion und Joseph Klein, welche für die Diskussion über die Grundlagen des kanonischen Rechts von nicht geringer Bedeutung waren⁸.

Das Kennzeichen einer "institutionellen Rechtslehre" ist im Wesentlichen schon dieser Bezeichnung selbst zu entnehmen: Es geht um eine Rechtslehre, die vom Begriff der Institution ausgeht. Die Institution stellt die "Quelle der Rechtsnormen" dar; sie ist ein ideales Gebilde, das auf Relationen zwischen "real existierenden" Personen aufbaut⁹.

Angesichts der z. T. recht weit divergierenden Ansichten der verschiedenen Autoren kann hier nicht das institutionelle Rechtsdenken in seiner ganzen Breite dargestellt und auf seine Bedeutung für die kirchliche Rechtsordnung befragt werden. Es soll nur darum gehen, vor allem am Beispiel der Institutionenlehre des italienischen Juristen Santi Romano einige Anregungen aus diesem bislang oftmals übersehenen¹⁰ Ansatz einer Rechtstheorie für das kanonische Recht deutlich zu machen. Romano hat seine Lehre zwar weitgehend unabhängig von den französischen Vertretern eines institutionellen Rechtsdenkens, aber in Kenntnis ihrer Schriften entwickelt. Seine Schriften sind heranzuziehen, weil er das institutionelle Rechtsdenken am weitesten entwickelt hat¹¹. Zudem hat der von Romano entwickelte Rechtsbegriff den Vorteil einer großen Offenheit. Im Unterschied zu ihm geht z. B. Maurice Hauriou von einem im Blick auf staatliches Recht entwickelten Rechtsbegriff aus¹², weswegen es problematisch ist, diesen Rechtsbegriff auf

⁸ Vgl. die Hinweise bei P. KRÄMER, *Theologische Grundlegung des kirchlichen Rechts. Die rechtstheologische Auseinandersetzung zwischen Hans Barion und Joseph Klein im Licht des II. Vatikanischen Konzils* (Trierer Theologische Studien 33; Trier 1977) 28 (zu Klein) und 86, Anm. 162 (zu Barion); zu letzterem ausführlicher: M. KLEINWÄCHTER, *Das System des göttlichen Kirchenrechts. Der Beitrag des Kanonisten Hans Barion (1899–1973) zur Diskussion über Grundlegung und Grenzen des kanonischen Rechts* (forschungen zur kirchenrechtswissenschaft 26; Würzburg 1996) 52–90.

⁹ Ähnlich, in wichtigen Aspekten aber abweichend: WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik, o. c.* (Anm. 6), 159.

¹⁰ Vgl. M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos* (Schriften zur Rechtstheorie 86; Berlin 1979) 7.

¹¹ So auch R. MONACO, "Solidarismus und Institutionentheorie in der Lehre vom Völkerrecht", in: R. SCHNUR (Hrsg.), *Institution und Recht* (Wege der Forschung 172; Darmstadt 1968) 73–98, hier: 97.

¹² Vgl. M. HAURIOU, "Sozialordnung, Gerechtigkeit und Recht", in: R. SCHNUR (Hrsg.), M. Hauriou, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze* (Schriften zur Rechtstheorie 5; Berlin 1965) 67–95, hier: 91. Für das Recht ist nach Hauriou "die Rechtsschöpfung durch eine politische Macht kraft einer gewissen Autonomie" notwendig (M. HAURIOU, *Macht, Ordnung, Freiheit und die Verirrungen der objektivistischen Systeme*, ebd. 96–110, hier: 98).

das kanonische Recht anzuwenden. Santi Romano dagegen vertritt eindeutig die Ansicht, es sei keineswegs begriffsnotwendig, daß das Recht vom Staat ausgeht¹³. Auch das legt es nahe, bei der Behandlung des institutionellen Rechtsdenkens aus kanonistischer Perspektive in erster Linie das Werk von Santi Romano zugrunde zu legen.

II. INSTITUTION UND RECHTSORDNUNG

1. *Der Ursprung des Rechtsbegriffs*

Die institutionelle Rechtslehre sieht sich in der Spannung zwischen Objektivismus und Subjektivismus. Während nach einer subjektivistischen Rechtsauffassung die Person, d. h. die Rechtsfähigkeit des Subjekts, als entscheidender Träger des Rechts aufgefaßt wird, zeigt sich in einer objektivistischen Rechtslehre umgekehrt die soziale Umwelt als Ursprung jeder rechtlichen Ordnung, was eine vorrangige Bedeutung der Rechtsnorm mit sich bringt¹⁴. Das institutionelle Rechtsdenken versteht sich dagegen als ein Weg, der beide Extreme, individuellen Subjektivismus ebenso wie sozialen Objektivismus, überwinden kann. Weder ein Rechtsbegriff, der vom Gedanken des Rechtsanspruchs des Einzelnen ausgeht, der also dem subjektiven Recht die erste Stelle einräumt, noch ein Rechtsbegriff, der in erster Linie das Recht mit der Norm identifiziert, also ein objektivistisches Rechtsdenken, kann als ausreichende Grundlage einer Rechtstheorie angesehen werden.

Das Charakteristische des Rechts kann nur gefunden werden, wenn man das Recht -mit den Worten Santi Romanos: die Rechtsordnung- als eine Einheit auffaßt¹⁵. Hieraus ergibt sich klar die Unmöglichkeit, von den einzelnen Rechtsnormen auszugehen, um das Wesen des Rechts zu erfassen. Das wäre identisch mit der Definition der Rechtsordnung als "Gesamtheit ihrer Teile", was -um es vorsichtig zu sagen- eine inhaltsarme Aussage wäre¹⁶. Es

¹³ Vgl. S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, hrsg. von Roman Schnur (Schriften zur Rechtstheorie 44; Berlin 1975) 92.

¹⁴ Vgl. M. HAURIOU, *Die Theorie der Institution und der Gründung*, in: SCHNUR, *Die Theorie der Institution*, o. c. (Anm. 12), 27-66, hier: 29-32; vgl. W. FIKENTSCHER, "Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre", in: F. BAUR (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, (Tübingen 1974) 559-575, hier: 562 f.

¹⁵ Vgl. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 22.

¹⁶ *Ibid.*, 20.

wäre aber aus mehreren Gründen wenig hilfreich, wenn die Rechtsordnung als die Summe der einzelnen Rechtsnormen definiert würde. Zum einen würde sich in diesem Fall die Frage stellen, was denn nun die einzelnen Normen zu "Rechtsnormen" macht – die Zugehörigkeit zur Rechtsordnung kann hier nicht genannt werden, da ja sonst ein Zirkelschluß vorläge¹⁷. Zum anderen liegt der Verdacht nahe, daß es hierbei nicht um den *Normbegriff* in seiner Abstraktion von allen *Normgehalten* geht, sondern daß mit der Formulierung "Inbegriff der Normen" der Inhalt der jeweiligen Rechtsordnung gemeint ist. Schon das Faktum, daß zur Umschreibung des Begriffs des Rechts auf die Formulierung "Inbegriff", "Summe" oder "Gesamtheit" der Normen zurückgegriffen wird, zeigt daher, daß der Rechtsbegriff, also sozusagen das Wesen der Rechtsordnung "an sich", auf diese Art und Weise nicht erfaßt werden kann. Der Rechtsbegriff ist sicher nicht die Summe der Normgehalte.

Der Rechtsbegriff kann aber auch nicht zutreffend abgeleitet werden, wenn man vom Begriff des subjektiven Rechts, des Rechtsanspruchs, des Rechtsverhältnisses zwischen zwei Personen oder zwischen einer Person und einem Rechtsobjekt ausgeht. Auf diese Weise kann ebenfalls keine einheitliche Auffassung vom Recht erreicht werden, denn das Rechtsverhältnis setzt wenigstens "zwei Pole als Bezugspunkte" voraus. "Das Rechtsverhältnis stellt somit keine selbständige eigene Einheit dar, sondern eine Beziehung zwischen verschiedenen Einheiten"¹⁸. Die Rechtsordnung ist nach Santi Romano vielmehr ein ursprüngliches Ganzes, "eine komplexe Ordnung, ein organisches Ganzes, das objektiv besteht und das Normen hervorbringt, welche die Bewegung dieses organischen Systems regulieren"¹⁹. Das heißt: Die Rechtsordnung besteht vor der Norm. "Noch bevor es [das Recht] Norm wird, noch bevor es sich auf einzelnes oder eine Reihe von Lebensverhältnissen bezieht, ist es *Organisation, Struktur* und *Grundlage* eben jener Gesellschaft, in der es sich verwirklicht und die es seinerseits als ein autonomes Gebilde, als Einheit konstituiert"²⁰.

Dieses objektiv bestehende ursprüngliche Ganze nennt Romano die Institution. Recht ist somit nicht die Summe der einzelnen Normen und

¹⁷ Auch nach Maurice Hauriou kann die Norm nicht als Ursprung des Rechts angesehen werden, denn Rechtsnormen sind nicht schöpferisch, sondern beschränkend; sie können deshalb nur eine sekundäre Rolle im Rechtssystem einnehmen (vgl. HAURIOU, *Die Theorie der Institution*, o. c. [Anm. 14], 65; FIKENTSCHER, *Maurice Hauriou*, o. c. [Anm. 14], 564 f.).

¹⁸ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 61.

¹⁹ WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, o. c. (Anm. 6), 164.

²⁰ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 32.

ebensowenig das Verhältnis der einzelnen Rechtssubjekte und ihrer Ansprüche zueinander. Recht ist vielmehr die Ordnung selbst, die in einer Gemeinschaft herrscht, also die verbindliche Ordnung (in) einer Gemeinschaft. Diese Rechtsordnung identifiziert Santi Romano mit der Institution: "Jede Rechtsordnung ist Institution, und, umgekehrt, jede Institution ist Rechtsordnung: die Gleichung zwischen beiden Begriffen ist notwendig und absolut"²¹. In der Identifikation von Institution und Rechtsordnung liegt das Charakteristikum der Lehre Romanos²².

Das weite Verständnis, das die hier verwendeten Begriffe ermöglichen, insbesondere der Begriff der Institution, der sich -wie Romano selbst bemerkt- "für die verschiedenartigsten Verständnismöglichkeiten geradezu anbietet"²³, bringt allerdings die Gefahr einer Ausdehnung des Rechtsbegriffs bis zur Konturlosigkeit mit sich. Eine solche exzessive Ausweitung der Auffassung Romanos kritisiert der italienische Jurist Massimo Severo Giannini mit folgenden Worten: "Man riskiert, an jeder Straßenecke Rechtsordnungen zu finden, beispielsweise Rechtsordnungen der zufälligen Gemeinschaft der Passagiere eines Bootes oder der Teilnehmer an einer Rock-and-Roll-Veranstaltung, nur deshalb, weil die technischen Erfordernisse des Verkehrsmittels oder die besondere Art der Veranstaltung die Beachtung von Regeln auferlegen, die von Personen außerhalb einer solchen Situation sicher nicht befolgt werden"²⁴. Daher muß die Frage gestellt werden, welche Gemeinschaft überhaupt eine Rechtsordnung haben kann oder –anders gesagt– was Santi Romano unter einer Institution versteht.

2. *Recht, Gesellschaft, Institution*

Nach der Auffassung von Santi Romano gibt es eine notwendige Bindung von Recht an irgendeine Gesellschaft. Genauer gesagt gilt diese Beziehung in beiderseitiger Richtung: "was die rein individuelle Sphäre nicht verläßt, was über das Leben des einzelnen nicht hinausgeht, das ist nicht Recht (*ubi ius ibi societas*); zum andern gibt es keine Gesellschaft im echten Sinn, ohne

²¹ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 32.

²² Vgl. auch W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. I: *Frühe und religiöse Rechte - Romanischer Rechtskreis* (Tübingen 1975) 520.

²³ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 32.

²⁴ M. S. GIANNINI, "Gli elementi degli ordinamenti giuridici": *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 8 (1958) 221.

daß sich in ihr das Phänomen Recht manifestierte (*ubi societas ibi ius*)²⁵. Offensichtlich hat Romano hier aber einen bestimmten Begriff von Gesellschaft im Auge; er spricht von der "Gesellschaft im echten Sinn". Diesen Begriff erläutert er im unmittelbaren Anschluß an den soeben zitierten Satz in folgender Art und Weise: "Freilich setzt jener letzte Satz einen Begriff von Gesellschaft voraus, der an dieser Stelle unbedingt klargestellt werden muß: Unter Gesellschaft ist nicht nur irgendeine, jedes rechtlichen Elements ermangelnde Beziehung zwischen verschiedenen Individuen zu verstehen - beispielsweise Freundschaft-, sondern ein Ganzes, das vor allem auch formal und vom äußeren Erscheinungsbild her eine eigene konkrete Einheit bildet, die sich von den von ihr umfaßten Individuen unterscheidet. Dabei muß es sich um eine in der Wirklichkeit bereits verfaßte Einheit handeln. Um dazu nur ein Beispiel anzuführen: die Angehörigen einer Klasse oder Schicht, die als solche nicht organisiert ist, bilden keine Gesellschaft im eigentlichen Sinne"²⁶.

Den Begriff der Institution umreißt er zunächst mit knappen Worten: "Unter Institution verstehen wir jedes konkrete soziale Etwas, jede reale soziale Erscheinung"²⁷. Diese Aussage empfindet er selbst aber offensichtlich als so weit, daß er an die soeben zitierte Kurzdefinition einen "etwas längeren Kommentar" anschließt. Hiernach sind als wesentliche Merkmale der Institution anzusehen:

- ihre objektive, reale Existenz,
- die Gesellschaftsbezogenheit,
- die eigene Individualität der Institution und
- ihre Dauerhaftigkeit²⁸.

Was eine Realität zur Institution macht, wird aus dem folgenden definitionsähnlichen Satz deutlich: "Die Institution ist eine feste, auf Dauer angelegte Einheit, die ihre Identität grundsätzlich auch dann nicht verliert, wenn sich ihre einzelnen Elemente ändern -ihre Mitglieder beispielsweise, ihr Vermögen, ihre Mittel, ihre Ziele, die von ihr Begünstigten, ihre Normen usw. Sie kann sich auch erneuern und bleibt doch sie selbst, bewahrt ihre eigene Individualität. Und daraus ergibt sich die Möglichkeit, sie als eigenständig zu betrachten und sie nicht etwa mit dem zu identifizieren, woraus sie

²⁵ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 30 f.

²⁶ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 31.

²⁷ Ebd. 38. Zum Begriff der Institution bei Hauriou vgl. FIKENTSCHER, *Maurice Hauriou*, o. c. (Anm. 14), 567-569.

²⁸ Vgl. ROMANO, ebd. 38-41.

entsteht"²⁹. Das heißt: Gesellschaft im strengen Sinn, also Institution, ist eine Organisation, der eine dauerhafte, individuelle und objektive Existenz zukommt. Auf diese Weise sind zufällige menschliche Vergemeinschaftungen aus dem Kreis der Institutionen, d. h. der Rechtsordnungen, herausgenommen. Das gilt auch für die von Giannini genannten Beispiele der Passagiere eines Bootes oder der Teilnehmer an einer Rock-and-Roll-Veranstaltung: Beide zufälligen Vergemeinschaftungen stellen keine Institution dar, weil ihnen keine dauerhafte, individuelle und objektive Existenz zukommt³⁰.

Ein grundsätzliches Anliegen Romanos liegt darin, jeder Engführung zu entgehen und die Begriffe "Recht", "Institution", "Rechtsordnung" und "Gesellschaft" möglichst weit zu fassen. Deshalb lehnt er auch die von Rudolph Sohm vertretene Ansicht ab, daß nur eine "sittlich notwendige Gesellschaft" in der Lage sei, Recht hervorzubringen³¹. Als Argument dagegen macht Romano geltend: "Auf diese Weise würde die Existenz des positiven Rechts von einem außerrechtlichen Kriterium abhängig gemacht, das sich an der Ethik zu orientieren hätte"³². Eine Einschränkung des Begriffs der Institution auf solche Organisationen, die eine gewisse Vollkommenheit erreicht haben, lehnt er ausdrücklich ab. Diese bei Maurice Hauriou festgestellte Auffassung führt er ebenso wie andere Begriffsmerkmale der Institution, die er bei ihm findet, - nämlich: repräsentative Organisation, Garantie politischer Freiheit für die Mitglieder, eine Art von Gewaltenteilung, Hinausgehen über den privaten Bereich und verfassungsmäßige Satzung- darauf zurück, daß sich Hauriou

²⁹ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 41.

³⁰ Wenn daher von Cesarini Sforza und Guido Fassò der Einwand einer mangelnden Bestimmtheit des Institutions-Begriffs bei Santi Romano vorgebracht wird, der dazu führe, daß selbst die Menschenschlange vor einem Schalter als Institution anzusehen sei, muß -trotz der eher ausweichenden Antwort, die Romano selbst gibt (vgl. ebd. 38, Anm. 29b)- darauf hingewiesen werden, daß auch eine solche Gemeinschaft nicht dem Kriterium der Dauerhaftigkeit, der individuellen und objektiven Existenz entspricht, mithin auch nicht als Institution mit einer eigenen Rechtsordnung anzusehen ist. Unbefriedigend ist auch die Auseinandersetzung von Maximilian Fuchs mit diesen Einwänden; vgl. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie*, o. c. (Anm. 10), 133 f.

³¹ Vgl. ebd. 107. Romano zitiert hier R. SOHM, *Weltliches und geistliches Recht*. Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding (München-Leipzig 1914) 10 f., jetzt abgedruckt in: H.-M. PAWLOWSKI (Hrsg.), R. SOHM, *Staat und Kirche als Ordnung von Macht und Geist. Ausgewählte Texte zum Verhältnis von Staat und Kirche* (Freiburg-Berlin 1996) 142–215, hier: 148 f.

³² ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 108. Diese Bemerkung kann als Beleg dafür angesehen werden, daß Santi Romano eine Verbindung zwischen Recht und Moral und vor allem eine Abhängigkeit des Rechts von der Moral ablehnt und insofern eher einer positivistischen Grundhaltung nahe zu stehen scheint.

vom Bild des modernen Staates habe leiten lassen³³. Es geht beim Begriff der Institution jedoch darum, eine "ganz allgemeine Figur" zu entwerfen, "deren konkretes Erscheinungsbild in der *Wirklichkeit* unendlich viele Formen annehmen kann"³⁴.

Angesichts dieser Aussage zeigt sich, daß die Funktion der Institution keineswegs identifiziert werden kann mit jener der *societas perfecta* nach der Lehre der kanonistischen Schule des *Ius Publicum Ecclesiasticum*—und dies, obwohl Santi Romano ebenso wie diese Schule den Grundsatz *ubi societas ibi ius* als (zumindest zum Teil) zutreffend ansieht. Nicht nur eine rechtlich vollkommene, also eine souveräne Gesellschaft ist Urheber einer eigenen Rechtsordnung; vielmehr ist *jede* feste, auf Dauer angelegte und durch eine eigene Individualität charakterisierte soziale Einheit zugleich eine Rechtsordnung. Hierbei ist es unerheblich, ob diese Institution souverän ist oder nicht.

Das Verhältnis zwischen verschiedenen Institutionen bzw. —was damit identisch ist — das Verhältnis zwischen verschiedenen Rechtsordnungen kann sehr unterschiedlich sein. Institutionen können souverän sein, also unabhängig von anderen Rechtsordnungen, wie beispielsweise zwei Staaten im Verhältnis zueinander; sie können aber auch abhängig von anderen Institutionen sein, wie es Vereine innerhalb der staatlichen oder kirchlichen Rechtsordnung sind³⁵, oder gar Teil einer anderen Institution, wie die politische Gemeinde —als "abgeleitete" Institution³⁶— Teil des Staates ist. Die eine Rechtsordnung kann für eine andere relevant sein oder auch irrelevant, sie kann unter- oder übergeordnet sein usw. Alle diese Verhältnisse ändern aber nichts daran, daß jede Institution zugleich eine Rechtsordnung ist.

III. DAS CHARAKTERISTIKUM DES RECHTSBEGRIFFS

³³ Vgl. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 36.

³⁴ Ebd. 37.

³⁵ Im institutionellen Rechtsdenken ist daher durchaus Platz für eine Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Rechtsordnung; vgl. hierzu AYMANS—MÖRSDORF, *KanR I* (Anm. 5) 217–219; W. AYMANS, *Das konsoziative Element in der Kirche—Gesamtwürdigung*, in: W. AYMANS-K.-TH. GERINGER-H. SCHMITZ (Hrsg.), *Das konsoziative Element in der Kirche*. Akten des VI. Internationalen Kongresses für kanonisches Recht (St. Ottilien 1989) 1029–1057, hier: 1041 f. Dieser Unterscheidung kommt im Rechtsdenken Santi Romanos aber keine prinzipielle Bedeutung zu.

³⁶ Vgl. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 113.

1. Die Bedeutung der richterlichen Tätigkeit

Wenn man danach fragt, was das Recht zu "Recht" macht, findet man bei Santi Romano zunächst eine negative Antwort: Es ist nicht die Normierung, aus welcher der Rechtscharakter einer Rechtsordnung hervorgeht. Es gibt vielmehr auch Rechtsordnungen, "in denen geschriebene oder ungeschriebene echte ‚Normen‘ fehlen"³⁷. Da die Norm nicht kennzeichnend für das Rechtliche einer Rechtsordnung ist, gilt entsprechendes auch für den Gesetzgeber: Maßgeblich für die Existenz einer Rechtsordnung ist nicht der Erlaß von Normen, also nicht der Gesetzgeber, sondern die Entscheidung über Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit eines Handelns, also der Richter. Dieser benötigt für seine Entscheidungen aber keine Rechtsnormen; sein Urteil kann vielmehr schlicht von der Einzelfallgerechtigkeit, von der Billigkeit oder von anderen Elementen bestimmt sein, die keine "echten Rechtsnormen" darstellen. Santi Romano nennt zunächst Einzelfallgerechtigkeit und Billigkeit als Entscheidungskriterien des Richters. Sein System scheint aber auch dann Geltung beanspruchen zu können, wenn die richterliche Entscheidung lediglich auf Nützlichkeitsabwägungen oder anderen Kriterien aufbaut.

Santi Romano selbst hat die Absicht geäußert, daß er "strikt auf dem Boden des positiven Rechts bleiben und alle naturrechtlichen Vorstellungen vermeiden"³⁸ wolle. So kann man Santi Romano mit einem gewissen Recht als "Positivisten" bezeichnen³⁹. Wenn man diese Ansicht vertritt, muß man sich aber bewußt sein, daß sein "Positivismus" jedenfalls keinen "Normativismus" beinhaltet. Nicht die Norm steht in seinem Rechtsdenken an erster Stelle, sondern die reale, lebendige, oder besser: gelebte Rechtsordnung, in der durchaus auch das Gewohnheitsrecht einen breiten Raum hat. Romano leugnet also die Notwendigkeit von Normen für die Existenz einer Rechtsordnung. Ob allerdings Romano in seinem Rechtsdenken tatsächlich "strikt auf dem Boden des positiven Rechts" geblieben ist, ist eine andere Frage, die hier nicht zu beantworten ist.

³⁷ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 47.

³⁸ Ebd. 82.

³⁹ Vgl. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, o. c. (Anm. 22), 521; J. STONE, *Die Abhängigkeit des Rechts: Die Institutionenlehre*, in: SCHNUR (Hrsg.), *Institution und Recht*, o. c. (Anm. 11), 312–369, hier: 319–324.

2. Soziale Organisation als spezifische Funktion des Rechts

Es ist also festzuhalten, daß das typisch Rechtliche nach der Lehre von Santi Romano nicht in der Normierung liegt. So stellt sich aber nochmals die Frage: Worin liegt das Spezifikum des Rechts? Die Antwort findet sich im Blick auf die Institution. Zuvor ist jedoch wiederum etwas in negativer Weise einzuräumen: In einer Institution prägen sich "auch andere Kräfte" aus "als nur das Recht... -bei ihnen aber handelt es sich nur um rein individuelle oder zumindest unorganisierte Kräfte. Jede wirkliche soziale Kraft steht, weil sie 'soziale Kraft' ist, in einem Organisationsprozeß und wird dadurch zu Recht"⁴⁰. Negativ gewendet "ist all das -und nur das-, dem eine *soziale Organisation* fehlt, kein Recht"⁴¹. Was also das Recht kennzeichnet, ist die Funktion der sozialen Organisation.

Es gibt kein materiales Unterscheidungsmerkmal des Rechts gegenüber ähnlichen Phänomenen, sondern nur ein formales: die soziale Organisation. Santi Romano pflichtet daher der Lehre vom Recht als bloßer Form bei, wie sie im Gefolge Kants weit verbreitet war und auch von Rudolf Stammler vertreten wurde⁴². Hierzu führt Romano aus: „Es gibt kein soziales Element, keine soziale Kraft und keine soziale Norm, die dem Recht notwendig und absolut antithetisch oder auch nur von ihm verschieden sein müßte; die Antithese oder zumindest der Gegensatz zum Recht ist lediglich das unüberbrückbar Anti-Soziale oder das, was seiner Natur nach rein individuell ist“⁴³. Allerdings läßt es Romano an begrifflicher Schärfe mangeln, wenn er im folgenden ausführt: "Es ist deshalb vergeblich, wenn man sich, wie dies häufig geschieht, vornimmt, die Unterschiede des Phänomens Recht von der Religion, von der Moral, von der Sitte, von den sogenannten Konventionen, von der Wirtschaft, von den Regeln der Technik usw. bestimmen zu wollen. Jede dieser Schöpfungen des menschlichen Geistes kann nämlich ganz oder teilweise in die juristische Welt integriert werden und sie ausfüllen -und zwar stets, wenn sie in den Anziehungsbereich einer Institution eintritt"⁴⁴. Wenn man einmal davon absieht, daß man Religion, Moral und wohl auch die Regeln der Technik nicht als "Schöpfungen" des menschlichen Geistes bezeich-

⁴⁰ Ebd. 44.

⁴¹ Ebd. 45.

⁴² Vgl. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (Berlin–Leipzig ²1923) 4-6.

⁴³ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 45.

⁴⁴ Ebd.

nen kann, sind zu der zitierten Äußerung von Santi Romano zumindest zwei kritische Anmerkungen zu machen:

a) Anders als er ausdrücklich sagt, setzt Romano bei diesem Gedankengang voraus, daß man das Recht sehr wohl von Religion, Moral usw. unterscheiden kann, anderenfalls diese letztgenannten Phänomene nicht in die juristische Welt *integriert* werden könnten, sondern immer schon dazugehörten. Was er meint, ist, daß man Recht, Religion, Moral usw. nicht einfach *in materieller Hinsicht* voneinander unterscheiden kann. Der Unterschied liegt vielmehr in der Funktion für die Institution.

b) Es reicht nicht aus, wenn man diesen Unterschied als "Eintreten in den Anziehungsbereich einer Institution" bezeichnet. Es muß deutlicher von der Funktion der "sozialen Organisation" für die betreffende Institution die Rede sein. Und selbst diese Umschreibung ist noch sehr vage und bedarf weiterer Präzisierung.

3. Nachprüfbarkeit und Erzwingbarkeit des rechtlich Normierten

Aufschlußreich hinsichtlich der genaueren Erfassung des Spezifikums des Rechts ist eine Andeutung, die Santi Romano im Zusammenhang mit dem Kirchenrecht macht: "Bezeichnend in dieser Richtung ist auch das Kirchenrecht, in dem neben rein liturgischen zahlreiche ethische und religiöse Prinzipien Rechtscharakter gewonnen haben. Nach herkömmlicher und herrschender Lehre gehören zum Kirchenrecht sogar die Vorschriften über rein innerliche, gewissensmäßige Vorgänge –wobei nur insoweit Streit besteht, ob dies nur gilt, wenn sie sich irgendwie nach außen kundtun, oder auch dann, wenn es an einer solchen Außenbeziehung fehlt. Die Einbeziehung dieser Vorgänge ergibt sich aus der Tatsache, daß in der Kirche bestimmte Organe bestehen, die die Einhaltung dieser Vorschriften überwachen"⁴⁵.

⁴⁵ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 45 f. Angemerkt sei an dieser Stelle wiederum zunächst eine gewisse mangelnde begriffliche Präzision, insofern Romano z. B. zwar von "rein innerlichen, gewissensmäßigen Vorgängen" spricht, danach aber die Möglichkeit erwägt, daß diese "sich irgendwie nach außen kundtun" -in diesem Fall aber handelt es sich natürlich nicht mehr um "rein innerliche, gewissensmäßige Vorgänge". Und wenn er von kirchlichen Organen zur Überwachung der Einhaltung religiöser und ethischer Vorschriften spricht, scheint er die Frage implizit beantwortet zu haben, ob auch rein innere Vorgänge kirchenrechtlicher Normierung unterliegen können. "Überwacht" werden kann ja wohl nur etwas, das nach außen hin greifbar, erkennbar ist; anderenfalls müßte das Gewissen als ein "in der Institution Kirche bestehendes Organ" verstanden werden. Ist aber das Gewissen nicht etwas, das sich der Institution entzieht?

Entscheidend an dem zitierten Gedankengang ist der Hinweis darauf, daß sich die Einbeziehung innerer Vorgänge in den Bereich des kirchenrechtlich Regierten daraus ergibt, daß es Organe gibt, welche die Einhaltung der betreffenden Vorschriften überwachen. Daraus kann geschlossen werden: Rechtlich wird ein Phänomen dadurch, daß es *in nachprüfbarer Weise* an der sozialen Organisation in einer Institution mitwirkt. Auf diese Weise wird nochmals die Bedeutung des richterlichen Elements für das Bestehen einer Rechtsordnung klar. Entscheidend dafür, daß von einer Rechtsordnung gesprochen werden kann, ist nicht ein Organ zur Normgebung (der Gesetzgeber), sondern ein Organ zur Überprüfung der Einhaltung der in der betreffenden Institution geltenden, als verbindlich gewußten und gelebten Ordnung (der Richter)⁴⁶.

Ein weiterer Aspekt, der zur Feststellung des Spezifikums rechtlicher Ordnung angesprochen werden muß, ist die Sanktion, die unter der Bezeichnung "Zwang" oder "Erzwingbarkeit" oftmals als das entscheidende Merkmal des Rechts angesehen wird. So definierte bekanntlich der Jurist Rudolf von Ihering das Recht als den "Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen"⁴⁷. Gegen eine solche Auffassung wurde, wie Santi Romano referiert, von verschiedener Seite argumentiert, daß es so zu einem *regressus in infinitum* käme: Jedem Rechtsgebot müßte ein Zwangsrecht beigefügt werden, das aber nur dann rechtlich durchgesetzt werden könnte, wenn es selbst wiederum durch eine Zwangsnorm garantiert würde⁴⁸. Diese Argumentation kann nach Romano aber nicht beweisen, daß der Zwang kein Wesenselement des Rechts ist, sondern nur deutlich machen, daß man das Recht nicht als ein System von Normen definieren kann. Das Element der Sanktion, das er lieber als "Garantie" bezeichnet wissen will⁴⁹, ist ein Element

⁴⁶ Damit soll nicht gesagt sein, daß jede Rechtsordnung über ein ausgebautes Gerichts- und Prozeßwesen verfügen muß, und erst recht nicht, daß dieses nach dem Muster des römisch-kanonischen Prozesses gestaltet sein muß. Notwendig ist nur eine Instanz, die in einem geordneten Verfahren feststellen kann, was Recht ist und was Unrecht; vgl. L. MÜLLER, *Kirchenrecht – analoges Recht? Über den Rechtscharakter der kirchlichen Rechtsordnung* (Dissertationen. Kanonistische Reihe 6; St. Ottilien 1991) 79; DERS., "Streben nach Heiligkeit – eine Rechtspflicht? Über Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Ordnung in der Kirche": *AfkKR* 166 (1997) 468–480, hier: 475.

⁴⁷ R. VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd. I (Leipzig 1904) 249.

⁴⁸ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 28 f. mit Berufung auf D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale* (Firenze 1902) und H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig 1899) (Neudruck: Aalen 1958).

⁴⁹ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 28.

des Rechts, aber eben nicht selbst nur "Norm". Die Sanktion ist ein Element, das den Normen vorgeht, "die Basis und Wurzel, auf die jene sich gründen"⁵⁰. Dadurch wird die Sanktion, "die Garantie der Rechtsordnung", aber nicht zu etwas Außerrechtlichem; wenn man die Einführung des Rechtsbegriffs auf den Begriff des Normsystems vermeidet, erweist sich eine solche Auffassung als unnötig⁵¹. Die Rechtsordnung ist das objektive, lebendige, gelebte Recht; hier können Normen eine wichtige Rolle spielen; die Rechtsordnung ist aber nicht mit der Norm identisch. Die Sanktion ist Teil der lebendigen Rechtsordnung; sie kann auch in Normen geregelt sein, sie ist aber nicht eine weitere Norm.

4. Die Moralfreiheit des Rechts

Es wurde bereits angedeutet, daß das Recht nach Santi Romano nicht von der moralischen Ordnung abhängig ist. Dies gilt genauer gesagt in juristischer Hinsicht. In philosophischer Hinsicht mag es nötig sein, eine Entsprechung von Recht und Moral zu fordern; für den Rechtsbegriff spielt die Frage der Moralität nach Romano aber keine Rolle⁵². Das hängt damit zusammen, daß Romano die Funktion der sozialen Organisation als entscheidendes Merkmal des Rechts ansieht. Das gilt auch dann, wenn eine "soziale Kraft" aus der Sicht einer anderen Institution als unjuristisch oder gar "antirechtlich" angesehen wird. "Betrachtet man sie jedoch für sich allein, unabhängig von jeder Beziehung, nur unter dem Gesichtspunkt, daß auch sie rein tatsächlich sich ordnet und gliedert, dann ist auch sie eine Rechtsordnung"⁵³. Auf andere Kriterien kommt es offensichtlich nicht an, auch nicht auf die Frage, ob in der betreffenden Rechtsordnung die Kriterien der Gerechtigkeit zur Geltung kommen sollen oder nicht. Auch eine revolutionäre Organisation oder eine Verbrecherbande ist –für sich genommen– als Institution und damit als Rechtsordnung zu betrachten, wie Santi Romano wiederholt sagt⁵⁴.

Auch "verbotene Organisationen" entsprechen den begrifflichen Kriterien, die Romano für eine Rechtsordnung aufstellt. Deshalb sagt er ausdrücklich: "Wollte man den verbotenen Organisationen den Rechtscharakter absprechen, so wäre dies lediglich als Folge einer ethisch-moralischen Bewertung

⁵⁰ Ebd. 29.

⁵¹ Vgl. auch ebd. 75.

⁵² Vgl. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milano 21953) 64-75.

⁵³ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 44.

⁵⁴ Vgl. ebd. 44 f., 99-101; DERS., *Frammenti*, o. c. (Anm. 52), 72 f.

möglich, da diese Gebilde häufig gesetzwidrig⁵⁵ oder unmoralisch sind. Ein solches Vorgehen wäre nur dann zulässig, wenn ein enger und unmittelbarer Zusammenhang zwischen positivem Recht und Moral bewiesen wäre, was unserer Auffassung nach nicht der Fall ist, jedenfalls nicht in einer derart naiven Form⁵⁶. Aus der Lehre vom rein formalen Charakter des Rechts ergibt sich nach Santi Romano, daß der Inhalt des Rechts für seinen Rechtscharakter unerheblich ist. Alles, "was sich in eine Institution eingliedern läßt, in deren Form, Struktur, Regime, einfügen läßt, das kann so in das ‚Recht‘ einbezogen werden"⁵⁷. Das gilt zwar auch für die Moral, auch diese kann in das Recht integriert werden – "entscheidend ist für Romano jedoch, daß die rechtliche Relevanz, die auf diese Weise der Moral verliehen wird, nicht dieser innerlich (*intrinseca*) ist und nicht von ihrer Wirksamkeit abhängt, sondern ausschließlich von der Ordnung abhängt, die auf sie verwiesen hat"⁵⁸. Eine begriffsnotwendige Verwiesenheit des Rechts auf die moralische Ordnung besteht also nach Santi Romano nicht; das Recht ist "moral-frei", es ist nicht unbedingt "un-moralisch", kann dies aber sein, ohne seinen Charakter als Recht zu verlieren. Eine ungerechte Rechtsordnung verliert nach dieser Auffassung also nicht ihre rechtliche Verbindlichkeit. Daß eine solche Rechtsauffassung mißbraucht werden konnte, um ein Unrechtsregime zu stützen, liegt auf der Hand⁵⁹.

IV. DIE KIRCHE ALS INSTITUTION

Kann angesichts eines solchen Befundes ein "institutionelles Rechtsdenken" überhaupt einen Beitrag zu den Grundlagenfragen des Kirchenrechts leisten?

Aufschlußreich hinsichtlich dieser Frage sind zwei Beobachtungen: Zum einen hat Santi Romano einige Grundzüge seiner Lehre von der Rechtsordnung bereits wenige Jahre vor dem Erscheinen der ersten Auflage seines

⁵⁵ Dies gilt natürlich aus dem Blickwinkel einer anderen Rechtsordnung, vor allem des Staates.

⁵⁶ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 100 f.

⁵⁷ Ebd. (Anm. 13), 45.

⁵⁸ FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie* (Anm. 10) 51.

⁵⁹ Vgl. die Beziehung zwischen einem anderen Vertreter eines institutionellen Rechtsdenkens, Carl Schmitt, und dem Nationalsozialismus. Zur "Instrumentalisierung der Institutionentheorie" durch Carl Schmitt vgl. ebd. 152–154.

Werkes "Die Rechtsordnung" (1918), nämlich 1912 in seinen "Lezioni di diritto ecclesiastico"⁶⁰ entwickelt, also gerade im Zusammenhang mit dem Kirchenrecht. Zum anderen spricht er auffälligerweise an zwei verschiedenen Stellen seines Buches "Die Rechtsordnung" ausdrücklich das Kirchenrecht an. Wenn auch nicht notwendig damit zu rechnen ist, daß das Interesse des Juristen am Kirchenrecht mit dem Interesse deckungsgleich ist, das der Kanonist an der Rechtstheorie dieses Juristen hat, ist zumindest für die bessere Erfassung des rechtstheoretischen Gedankengebäudes von Santi Romano die Frage nichtsdestoweniger von Interesse, in welchen Zusammenhängen und in welchem Sinn er auf das Kirchenrecht zu sprechen kommt.

1. Die Offenheit des Rechtsbegriffs

Der Blick auf das Kirchenrecht dient Romano zunächst zum Beleg für seine These vom rein formalen Charakter des Rechts. Es steht nach seiner Ansicht keineswegs mit dem Rechtsbegriff in Widerspruch, wenn liturgische, religiöse und ethische Prinzipien dadurch Rechtscharakter gewinnen, daß sie innerhalb der Kirche eine Funktion der sozialen Organisation ausüben, sofern nur die Möglichkeit besteht, "die Einhaltung dieser Vorschriften zu überwachen"⁶¹. Es widerspricht nicht der "Reinheit" einer Rechtsordnung, wenn sie Elemente von Moral und Religion in sich aufnimmt; hierbei handelt es sich nicht um eine unzulässige "Vermengung oder fehlende Unterscheidung von Elementen, die an sich von Natur aus voneinander getrennt bleiben müßten"⁶², sondern um eine Anreicherung.

Die institutionelle Rechtslehre, insbesondere die Offenheit des von ihr vertretenen Rechtsbegriffs, ist geeignet, dem Kirchenrecht seinen "Ort in der Rechtskultur" zuzuweisen. Was aber vermag das institutionelle Rechtsdenken in dieser Hinsicht zu leisten, was nicht schon von der kirchenrechtlichen Schule des *Ius Publicum Ecclesiasticum* geleistet worden ist? Macht es einen bedeutsamen Unterschied aus, ob die Kirche als *societas perfecta* oder als "Institution" bezeichnet wird?

Der erste wichtige Unterschied liegt darin, daß die *societas-perfecta*-Lehre des *Ius Publicum Ecclesiasticum* im Gegenüber zum Staat und damit auch in

⁶⁰ S. ROMANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, raccolte per cura dello studente V. Mungoli (Pisa 1912). Vgl. hierzu vor allem: FRANCESCO FINOCCHIARO, "Santi Romano e il diritto ecclesiastico": *Il diritto ecclesiastico* 86 (1975) 173–187.

⁶¹ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 46; vgl. auch oben, S. 318.

⁶² Ebd. 46.

begrifflicher Anlehnung an den Begriff des Staates entwickelt worden ist. Die Kirche wurde zunächst in einen "Staat eigener Art" uminterpretiert⁶³, um einen "Ort" für die kirchliche Rechtsordnung finden zu können. Das brachte eine vorrangig rezeptive Haltung der Kirchenrechtswissenschaft gegenüber der weltlichen Rechtswissenschaft mit sich, so daß Recht fast deckungsgleich mit weltlichem, genauer gesagt mit staatlichem Recht erscheint. Kirchliches Rechtsdenken gerät so in eine apologetische Haltung, und das bringt mit sich, daß seine Themen von außen her diktiert werden. Deshalb ließ eine von der *societas-perfecta*-Lehre ausgehende Kirchenrechtswissenschaft keinen bedeutsamen Beitrag im Gespräch über das Recht erwarten.

Nach der institutionellen Rechtslehre ergibt sich das Kirchenrecht jedoch schon daraus, daß die Kirche eine Institution darstellt, also daraus, daß die Kirche durch objektive, reale Existenz, Gesellschaftsbezogenheit, eigene Individualität und Dauerhaftigkeit gekennzeichnet ist. Recht gibt es hiernach in vielerlei Gestalt; das Recht des Staates hat keinerlei prinzipiellen Vorrang. Ein Anschluß an die Institutionenlehre, wie sie von Santi Romano vertreten wurde, kann daher die Kirchenrechtswissenschaft aus ihrer rezeptiv-apologetischen Haltung gegenüber der weltlichen Rechtswissenschaft befreien und ermöglicht so eine fruchtbare Beteiligung am gemeinsamen Gespräch über das Recht.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen "*societas-perfecta*-Lehre" und institutionellem Rechtsdenken liegt mithin in der größeren Offenheit des zugrundeliegenden Begriffs. Es gibt außer der staatlichen und der kirchlichen noch eine Vielzahl von Rechtsordnungen. Dadurch kann die Frage nach dem Wesen des Rechts ohne eine Engführung auf die Beziehung zwischen Kirche und Staat behandelt werden.

2. Die Pluralität rechtlicher Ordnungen

Ausführlicher befaßt sich Romano mit dem Kirchenrecht im Zusammenhang mit der Vielfalt der Rechtsordnungen und ihren Beziehungen untereinander. Hier hat er einen eigenen Paragraphen dem Kirchenrecht gewidmet. Das Kirchenrecht stellt neben dem Völkerrecht ein klassisches Beispiel für eine nicht-staatliche Rechtsordnung dar. Santi Romano widerspricht daher der zu seiner Zeit gelegentlich vertretenen Lehre, daß alles Recht, also

⁶³ So der Vorwurf von R. SOBĄŃSKI, "Erwägungen zum Ort des Kirchenrechts in der Rechtskultur": *AfkKR* 155 (1986) 3-15, 14.

auch das Kirchenrecht, vom Staat ausgehe⁶⁴. Da die Kirche eine Institution ist, hat sie eine eigene Rechtsordnung. Dem widerspricht nicht, daß auch der Staat ein Kirchenrecht erläßt. Es gibt eben nicht nur einen Rechtsbereich, der als "Kirchenrecht" bezeichnet werden kann, sondern mehrere: "Die von der Kirche aufgestellte Ordnung und die jeweilige staatliche Ordnung in Kirchengdingen sind zwei voneinander völlig getrennte und unterschiedliche Bereiche; jedem von ihnen kommt seine eigene Sphäre zu, eigene Quellen, eine eigene Organisation, eigene Sanktionen"⁶⁵. Es handelt sich genau genommen nicht nur um zwei verschiedene Arten von Kirchenrecht, sondern um mehrere: Es gibt "eine ganze Anzahl von Kirchenrechten: jenes der Kirche und das des jeweiligen Staates. Zwischen beiden kann es Übereinstimmungen geben, genausogut aber auch Gegensätze. Beide können sich ergänzen, aufeinander aufbauen, sich gegenseitig anerkennen oder auch bekämpfen"⁶⁶.

Nochmals genauer wird man im Sinne Santi Romanos sagen können: Es gibt auch von mehreren Kirchen ausgehende Kirchenrechte. Auch die Ordnungen der anderen christlichen Glaubensgemeinschaften sind als Rechtsordnungen anzusehen, sofern sie der sozialen Organisation dieser Gemeinschaften dienen; das gilt auch dann, wenn diese sie nicht als "Recht" ansehen, sondern Bezeichnungen wie "Kirchenordnung" bevorzugen. Entsprechendes gilt natürlich für die Rechtsordnungen nichtchristlicher Religionsgemeinschaften, was hier nur erwähnt werden soll.

Zwischen allen diesen "Kirchenrechten" können Beziehungen unterschiedlicher Art bestehen; sie können aber auch einander außer Acht lassen. "Jede von ihnen arbeitet für eigene Rechnung, für ihre eigenen Ziele, in ihrem Bereich und mit den ihr von ihrer Organisation und ihrer eigenen Struktur her zugewiesenen Mitteln und Kräften"⁶⁷. Rechtliche Regelungen der einen Kir-

⁶⁴ Romano nennt als Vertreter einer solchen Lehre Iginio Petrone, Gino Dallari, Vincenzo del Giudice, Friedrich Thudichum, Rudolf von Ihering, Georg Jellinek, Oreste Ranelletti und Domenico Schiappoli. Auf Seiten der katholischen Kirchenrechtswissenschaft im deutschen Sprachraum war diese Ansicht jedoch kaum, und auch in der deutschsprachigen evangelischen Kirchenrechtswissenschaft dieser Zeit nur wenig verbreitet; vgl. hierzu: L. MÜLLER, *Der Rechtsbegriff im Kirchenrecht. Zur Abgrenzung von Recht und Moral in der deutschsprachigen Kirchenrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts* (Münchener Theologische Studien III. Kanonistische Abteilung 52; St. Ottilien 1999) 322 f. Von einer „verbreiteten Ansicht“ in der kirchen- und staatsrechtlichen Literatur zur Zeit Romanos spricht dagegen FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie* (Anm. 10) 63.

⁶⁵ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 98.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13).

chenrechtsordnung können von der anderen berücksichtigt werden, müssen es aber nicht. Es gibt sowohl die Möglichkeit der Berücksichtigung staatlichen Rechts im Bereich des Kirchenrechts als auch die Berücksichtigung kirchlicher Rechtsnormen im staatlichen Bereich⁶⁸.

Das Verständnis von Kirche(n) und Staat(en) als voneinander unabhängiger Institutionen ermöglicht auch die Ausgestaltung der wechselseitigen Beziehungen mit dem Mittel der Vereinbarung. Gerade in dieser Hinsicht, bezüglich des Konkordats- bzw. Kirchenvertragsrechts, scheint das institutionelle Rechtsdenken einen erheblichen Fortschritt in rechtstheoretischer Hinsicht zu bieten. Es waren nicht nur "Pragmatismus" und die "Beachtung historischer und sozialer Gegebenheiten"⁶⁹, die Santi Romano zu der Überzeugung brachten, daß Konkordate ein geeignetes Mittel zur Regelung der Beziehungen zwischen Kirche und Staat darstellten; diese Ansicht stand vielmehr in unmittelbarer Übereinstimmung mit seiner Lehre von der Vielfalt der Rechtsordnungen. Unter den vielfältigen Möglichkeiten, wie verschiedene Institutionen -und das heißt: Rechtsordnungen- miteinander in Kontakt treten können, gibt es eben auch die Möglichkeit des Vertrages.

Die heutige staatskirchenrechtliche Lehre geht davon aus, daß Konkordate, also Verträge zwischen dem Apostolischen Stuhl und einem Staat, völkerrechtliche Verträge darstellen⁷⁰. Konkordate gelten jedoch als völkerrechtliche Verträge eigener Art, insofern einer der Vertragspartner nicht ein Staat, sondern der Apostolische Stuhl ist. Der Papst, der ein Konkordat abschließt, handelt dabei nicht etwa als der weltliche Souverän des Kirchensstaates, sondern als Oberhaupt der Kirche⁷¹, als der Vertreter des Aposto-

⁶⁸ Vgl. die Rechtsfiguren der "lex canonizata" und der "civilizatio", also der Übernahme kirchlicher Rechtsnormen in das weltliche Recht; zur "lex canonizata" vgl. AYMANS-MÖRSDORF, *KanR*, o. c. (Anm. 5), 171 f.; S. HAERING, *Rezeption weltlichen Rechts im kanonischen Recht. Studien zur kanonischen Rezeption, Anerkennung und Berücksichtigung des weltlichen Rechts im kirchlichen Rechtsbereich aufgrund des Codex Iuris Canonici von 1983* (Münchener Theologische Studien III. Kanonistische Abteilung 53; St. Ottilien 1998).

⁶⁹ So jedoch die Formulierung von FINOCCHIARO, *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, o. c. (Anm. 60), 177.

⁷⁰ Vgl. z. B. J. LISTL, "Konkordat": *LThK*³ 6 (1997) 263–268, 265; U. SCHEUNER, "Die internationalen Beziehungen der Kirchen und das Recht auf freien Verkehr", in: E. FRIESENHAHN-U. SCHEUNER (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2 (Berlin 1975) 299–344, 332 f.; A. HOLLERBACH, *Konkordat*, in: *Staatslexikon. Recht – Wirtschaft – Gesellschaft*, Bd. 3 (Freiburg–Basel–Wien 7 1987) 620–625, 623.

⁷¹ Vgl. K. MÖRSDORF, "Konkordat": *LThK*² 6 (1961) 454–459, 456; J. LISTL, "Konkordate und Kirchenverträge", in: J. LISTL, *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis*, Bd. 1 (Berlin 1987) 1–23, 6 f.

lischen Stuhls, dem ebenso wie dem Kirchenstaat Völkerrechtssubjektivität zukommt⁷². Es ist aber kaum von der Hand zu weisen, daß "in den Konkordaten, ungeachtet der Qualität des Hl. Stuhls als Völkerrechtssubjekt, nicht solche Angelegenheiten traktiert werden, um derentwillen sich eine Völkerrechtsordnung entwickelt hat"⁷³. Deshalb schlägt Dietrich Pirson vor, "die Bindung von Staat und Kirche an die Verträge aus einer besonderen Rechtsbeziehung abzuleiten, die durch die historische Zuordnung beider geschichtlichen Größen begründet worden ist und sich gewissermaßen als Residuum der früheren gemeinschaftlichen Einordnung in eine Rechtsgemeinschaft erweist, die in der Anerkennung des *ius utrumque* ihren Ausdruck fand"⁷⁴.

In der Völkerrechtssubjektivität des Apostolischen Stuhls aber ist eine Ungleichbehandlung verschiedener Staatskirchenverträge begründet. Nur die Verträge mit dem Apostolischen Stuhl stellen völkerrechtliche Verträge dar, nicht aber die Verträge mit den nichtkatholischen Kirchen⁷⁵ und ebensowenig die Verträge mit den katholischen Diözesen, die sog. Bistumsverträge. Von der Sache her scheint eine solche unterschiedliche Bewertung verschiedener Staatskirchenverträge nicht notwendig, ja nicht gerechtfertigt zu sein. Es ist daher notwendig, für die Rechtsinstitute von zwischenstaatlichen Verträgen, Staatskirchenverträgen und anderen Verträgen zwischen verschiedenen Institutionen eine übergreifende, einheitliche Theorie zu entwickeln. Ausgehend von der Lehre Santi Romanos über die Pluralität der Rechtsordnungen können Konkordat, Kirchenvertrag, völkerrechtlicher Vertrag usw. jeweils schlicht als Verträge zwischen verschiedenen Rechtsordnungen angesehen werden.

3. Institutionelles Rechtsdenken und Grundlegung des kirchlichen Rechts

Die Offenheit des von der institutionellen Rechtslehre vertretenen Rechtsbegriffs machte es möglich, daß sich die italienischen Laienkanonisten der Rechtstheorie Santi Romanos bedienten, um eine fundamentale Theorie des

⁷² Vgl. O. KIMMINICH, "Die internationalen Beziehungen der Kirchen und das Recht auf freien Verkehr", in: J. LISTL-D. PIRSON (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2 (Berlin ²1995) 217–250, 227 f. Völkerrechtssubjektivität kommt nicht nur souveränen Staaten zu, es gibt vielmehr einige Ausnahmen; vgl. ebd. 219 f.

⁷³ D. PIRSON, "Vertragsstaatskirchenrecht", in: *Evangelisches Staatslexikon*, Bd. II (Stuttgart ³1987) 3814–3827, 3822 f.

⁷⁴ PIRSON, *Vertragsstaatskirchenrecht*, o. c., 3823.

⁷⁵ Vgl. D. PIRSON, "Evangelische Kirchenverträge", in: *Staatslexikon. Recht–Wirtschaft–Gesellschaft*, Bd. 2 (Freiburg–Basel–Wien ⁷1986) 494–500, 498.

Kirchenrechts zu erarbeiten⁷⁶. Aufgrund der Lehren von Santi Romano⁷⁷ wurde in der italienischen Laienkanonistenschule der zentrale Begriff „ordinamento giuridico primario“ entwickelt. Pietro Agostino D’Avack verstand ihn allerdings als in seinen Grundzügen deckungsgleich mit dem Grundbegriff der kanonistischen Schule des *Ius Publicum Ecclesiasticum*, mit dem Begriff der *societas perfecta*⁷⁸. Diese Annäherung der institutionellen Rechtslehre und der Schule des *Ius Publicum Ecclesiasticum*, diese Uminterpretation des Begriffs der „primären Rechtsordnung“ im Sinne einer „vollkommenen Gesellschaft“ war einer der Faktoren, der es dem institutionellen Rechtsdenken erschwert hat, seinen Beitrag zur kanonistischen Grundlagendiskussion zu leisten. Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, daß in der Auseinandersetzung mit der italienischen Laienkanonistenschule gerade dieser Zusammenhang mit der „*societas-perfecta*-Lehre“ in den Vordergrund getreten ist.

Ein aufschlußreiches Beispiel für die Auseinandersetzung mit der italienischen Laienkanonistik findet sich in dem Gespräch von Antonio María Rouco Varela und Eugenio Corecco über die Grundfragen des kanonischen Rechts, das erstmals im Jahr 1971 veröffentlicht wurde unter dem Titel: „Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa?“ Hier wurde vor allem als Verdienst der Schule der italienischen Laienkanonisten hervorgehoben, „daß sie dem Kanonisten einen Rechtsbegriff in die Hände gelegt hat, der fachtechnisch einwandfrei erarbeitet und somit für die rechtlich sichere und verständliche Analyse des zum Wesen der Kirche gehörenden Rechtscharakters höchst brauchbar ist“⁷⁹. Der Rechtsbegriff ist nicht aus der Offenbarung abzuleiten; er geht Offenbarung und Theologie voraus. Über die Entwicklung eines geeigneten Rechtsbegriffs kann ein Rechtsdenken jedoch nicht hinausführen,

⁷⁶ Vgl. V. DEL GIUDICE, „Contributi di Santi Romano nello studio di problemi di Diritto canonico e di Diritto ecclesiastico“, in: *Il diritto ecclesiastico* 58 (1947) 277–291; FINOCCHIARO, *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, o. c. (Anm. 60), 183 mit Anm. 32; R. SOBANSKI, *Grundlagenproblematik des katholischen Kirchenrechts* (Wien–Köln 1987) 117.

⁷⁷ Vgl. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, o. c. (Anm. 13), 112 f.

⁷⁸ Vgl. P. AGOSTINO D’AVACK, *Corso di diritto canonico I: Introduzione sistematica al diritto della Chiesa* (Milano 1956) 130 ff. Wenn Remigiusz Sobanski die Lehre von Santi Romano so darstellt, daß er „das Recht der Kirche nach staatlichem Vorbild“ zu erfassen versucht habe (R. SOBANSKI, *Grundlagenproblematik*, o. c., 117), gibt er eher das wieder, was in der Schule der italienischen Laienkanonisten gelehrt wurde, als das, was sich in Romanos Hauptwerk „Die Rechtsordnung“ findet. Vgl. auch ebd. 119, wonach sich der Begriff des „ordinamento giuridico primario“ mit jenem der *societas perfecta* deckt.

⁷⁹ A. R. VARELA–E. CORECCO, *Sakrament und Recht–Antinomie in der Kirche?* (Kirchenrecht im Dialog 1; Paderborn 1998) 66 (Rouco Varela).

das seinen Gegenstand, das kanonische Recht, also das innerkirchliche Recht, ohne Heranziehung der typisch theologischen Quellen, nämlich der christlichen Offenbarung, betrachtet.

Deshalb konnte es dieser juristischen Schule nicht gelingen, den Nachweis zu führen, "daß das kanonische Recht eine echte Rechtsform ist, die sich nicht in einer rein moralischen Verpflichtung erschöpft"⁸⁰. Denn die Frage nach der Legitimität von Recht in der Kirche "hängt ausschließlich von der Offenbarung selbst und ihrem zentralen Inhalt ab, vom übernatürlichen Mysterium des Heils in Christus"⁸¹. In dieser Frage hat daher nach Rouco Varela "nicht die Philosophie oder die Geschichts- und die Rechtswissenschaft das letzte Wort, sondern die Theologie der Kirche. Dies ist meinem Urteil nach das, was die italienischen Laienkanonisten in methodologischer Hinsicht nicht genügend beachtet haben"⁸². Gerade durch den Vergleich mit Formen weltlichen Rechts ist es aber der italienischen Laienkanonistenschule gelungen, die typische Eigenart kirchlicher Rechtsinstitute wie *aequitas canonica*, Epikie, Dispens, Toleranz und Dissimulation deutlich zu machen. Dieses Verdienst erkennen Rouco Varela und Corecco vorbehaltlos an⁸³; der entscheidende ekklesiologische Hintergrund dieser Rechtsinstitute wie des kanonischen Rechts insgesamt kann aber gerade wegen des gewählten methodologischen Ausgangspunkts, nämlich des Ansatzes bei einer allgemeinen Rechtstheorie, nicht deutlich werden.

Das bringt mit sich, daß eine ausschließliche Zuordnung der Kirchenrechtswissenschaft zum Bereich der juristischen Wissenschaften nicht möglich ist. Mit einer rein juristischen Methode kann das Wesen der zentralen Einrichtungen des innerkirchlichen Rechts eben nicht erfaßt werden. Konsequenterweise findet sich in der italienischen Laienkanonistik die Tendenz, diejenigen Charakteristika kirchlicher Rechtsinstitute, "die mit den Kategorien der allgemeinen Rechtslehre nicht zu bewältigen waren, in den metakanonischen Bereich"⁸⁴ zu verschieben.

Was seitens der Theologie des Kirchenrechts an der Lehre der italienischen Laienkanonisten kritisiert wurde, war also der Versuch, mit einer rein juristisch-philosophischen Theorie die Frage der Grundlegung des Kirchenre-

⁸⁰ Ebd. 65 (Corecco).

⁸¹ Ebd. 67 (Rouco Varela).

⁸² Ebd. 67. f. (Rouco Varela).

⁸³ Vgl. ebd. 69 f.

⁸⁴ SOBANSKI, *Grundlagenproblematik, o. c.* (Anm. 78), 118.

chts zu beantworten⁸⁵. Rechtsphilosophische Bemühungen können nur zu einem Teil die Frage des Rechtscharakters des Kirchenrechts zu beantworten helfen, nicht aber die Legitimität rechtlicher Ordnung in der Kirche überhaupt nachweisen. Diesbezüglich liegt wenigstens die Letztzuständigkeit bei der Theologie. Die Frage einer theologischen Grundlegung kirchlichen Rechts setzt aber in gewisser Weise eine Verständigung darüber voraus, was denn überhaupt unter Recht zu verstehen ist. Und diesbezüglich bietet die institutionelle Rechtslehre anregende Ansätze. Wegen der Kritik an der Laienkanonistenschule und des Eindrucks, daß ihre Theorie zugleich auch dazu bestimmt sein sollte, die Fragen der Grundlegung des kanonischen Rechts zu beantworten, wurde die zumindest mögliche positive Leistung des institutionellen Rechtsdenkens für das Recht der Kirche vielleicht zu wenig erkannt.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Die Ansicht, daß "die Theorie der Institution der modernen katholischen Gedankenwelt annehmbar erscheint"⁸⁶, kann im Blick auf die katholische Kirchenrechtswissenschaft wohl im wesentlichen bestätigt werden. Das institutionelle Rechtsdenken ist geeignet, dem Kirchenrecht seinen Ort in der Rechtskultur zuzuweisen, weil es davon ausgeht, daß es eine Vielzahl von Rechtsordnungen und von Urhebern von Recht gibt. Aus demselben Grund kann das institutionelle Rechtsdenken auch die typischen Instrumente des Staatskirchenrechts, also die Konkordate und Kirchenverträge, rechtstheoretisch angemessen erfassen, nämlich als Mittel des Verkehrs zwischen verschiedenen Rechtsordnungen. Problematisch erscheint aus der Sicht der katholischen Theologie, daß nach der Lehre von Santi Romano das Recht von den Forderungen der Moral völlig unabhängig ist. Als Recht wird jedenfalls in der traditionellen Rechtslehre, wie sie in der katholischen Kirche vertreten und der kanonistischen Praxis zugrundegelegt wird, nur eine solche Ordnung angesehen, die den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht.

⁸⁵ Vgl. z. B. A. M. ROUCO VARELA, *Allgemeine Rechtslehre oder Theologie des kanonischen Rechts? Erwägungen zum heutigen Stand einer theologischen Grundlegung des kanonischen Rechts*, in: *Schriften, o. c.* (Anm. 2), 95-111, 101-103; E. CORECCO, "Theologie des Kirchenrechts", in: E. CORECCO, *Ordinatio Fidei. Schriften zum kanonischen Recht* (Paderborn-München-Wien-Zürich 1994) 3-16, 12.

⁸⁶ W. I. JENNINGS, "Die Theorie der Institution", in: *Institution und Recht, o. c.* (Anm. 11), 99-117, 100.

Was das institutionelle Rechtsdenken ebensowenig wie jede andere rein philosophische Rechtstheorie leisten kann, ist der Nachweis der Legitimität einer innerkirchlichen Rechtsordnung überhaupt. Dieser Nachweis kann nur in theologischer Weise geführt werden, insbesondere im Blick auf die Ekklesiologie. Dadurch wird die philosophische Bemühung um den Rechtsbegriff auch seitens der Kirchenrechtswissenschaft keineswegs wertlos. Sie stellt vielmehr einen Schritt dar, der dazu notwendig ist, der These von Rudolph Sohm entgegenzutreten, der bekanntlich das Kirchenrecht als ein Unding, als ein "hölzernes Eisen" angesehen hat: "Das Wesen der Kirche ist geistlich, das Wesen des Rechtes ist weltlich. Das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch"⁸⁷. Über das Wesen der Kirche kann in rein philosophischer Weise keine angemessene Aussage getroffen werden; daß das Wesen des Rechts nicht notwendig weltlich ist, zeigt uns aber -wenigstens unter anderem auch- die institutionelle Rechtslehre.

Die von Antonio María Rouco Varela vor über 30 Jahren gestellte Frage "Rechtsphilosophie oder Rechtstheologie?" muß differenziert beantwortet werden. Wenn man mit Rouco Varela die theologische Grundlegung des Kirchenrechts als "Fundamentaltheologie des kanonischen Rechts"⁸⁸ versteht, legt sich ein Vergleich des Verhältnisses von Rechtsphilosophie und theologischer Grundlegung des kanonischen Rechts mit der Beziehung zwischen Philosophie und Fundamentaltheologie nahe. Dies macht zweierlei deutlich: Zum einen wird die philosophische Bemühung des Theologen ebenso wie jene des Kanonisten nicht unnötig, sondern behält eine konstitutive Bedeutung;⁸⁹ zum anderen wird klar, daß auf rein philosophischem Weg die Aufgabe der "kanonistischen Fundamentaltheologie" nicht erfüllt werden kann. So gelangte auch Rouco Varela in seinen Erwägungen über die Grundfragen einer katholischen Theologie des Kirchenrechts zu dem folgenden Ergebnis: "Nicht der Philosophie oder der Geisteswissenschaft steht es letzten Endes zu, über das Recht als letzte Instanz zu richten, sondern der Theologie, wobei wohl zu bemerken ist, daß Richten nicht Ersetzen heißt"⁹⁰.

⁸⁷ R. SOHM, *Kirchenrecht I: Die geschichtlichen Grundlagen* (Leipzig 2¹⁹²³) 700 u. ö.

⁸⁸ ROUCO VARELA, *Rechtsphilosophie oder Rechtstheologie?*, o. c. (Anm. 2), 54.

⁸⁹ Vgl. hierzu auch die anregenden Gedanken von PH. KAISER, "Philosophie und Theologie. Überlegungen aus der Sicht der Philosophie", in: R. M. HÜBNER-B. MAYER-E. REITER (Hrsg.), *Der Dienst für den Menschen in Theologie und Verkündigung. Festschrift für Alois Brems, Bischof von Eichstätt, zum 75. Geburtstag* (Regensburg 1981) 19–31.

⁹⁰ A. M. ROUCO VARELA, "Grundfragen einer katholischen Theologie des Kirchenrechts. Überlegungen zum Aufbau einer katholischen Theologie des Kirchenrechts", in: *Schriften*, o. c. (Anm. 2), 183-193, 187.

Resumen.- Una filosofía del Derecho que parte del concepto de institución es capaz de asignar al Derecho Canónico su lugar en la cultura jurídica porque se basa en la asunción de que existe una multiplicidad de leyes y legisladores. Por la misma razón, esta teoría puede abrazar también los instrumentos típicos de las relaciones entre la Iglesia y el Estado que son los concordatos y los contratos Iglesia-Estado de una manera apropiada, como medios de contacto entre sistemas legales diferentes. Desde el punto de vista de la teología católica, parece problemático -según la enseñanza de Santi Romano- que el Derecho sea completamente independiente de las exigencias de la moral. En la jurisprudencia tradicional, tal y como se defiende en la Iglesia católica y está bajo la práctica canónica, sólo un orden normativo que corresponda a las demandas de la justicia se considera como un orden jurídico.

Lo que el pensamiento institucional no puede conseguir -como cualquier otra teoría legal puramente filosófica- es la prueba de legitimidad de un orden jurídico eclesiástico. Esto sólo puede evidenciarse de manera teológica, sobre todo considerando la eclesiología, como Antonio María Rouco Varela mostró hace ya treinta años.

Summary.- A legal philosophy starting from the concept of the institution is suitable to assign to the canon law its place in the juridical culture because it is based on the assumption that there is a multiplicity of laws and legislators. For the same reason, this theoretical approach can grasp also the typical instruments of the relationships between church and state, which are the concordats and the contracts -between church and state-, in an appropriate manner, namely as means of the contact between different legal systems. From the view of the Catholic theology, it appears problematic that -according to the teaching of Santi Romano- the law is completely independent from the demands of the moral. In the traditional jurisprudence, as it is supported in the Catholic church and underlies the canonical practice, only a prescriptive order that corresponds to the requests of the justice is regarded as legal order.

What the institutional legal-thinking just as little like each other purely philosophical legal theory cannot achieve, is the proof of the legitimacy of an ecclesiastical legal order. This can be proven only in a theological way, especially considering the ecclesiology, as Antonio María Rouco Varela thirty years ago has already shown.