DIE RECHTSLEHRE DER SCHOLASTIK, BEI DEN DEKRETISTEN UND DEKRETALISTEN

Rudolf Weigand

VORBEMERKUNG.

Der Verfasser hat sich nur zögernd und mit gewissen Bedenken an die Behandlung dieses Themas gemacht. Einerseits ist er durch manche andere Verpflichtungen sehr in Beschlag genommen (neben einer Professur Regens des Priesterseminars), andererseits schreckte ihn die Weite der Thematik. In einem Beitrag von höchstens 30 Seiten läßt sich zum Thema nicht sehr viel sagen, sondern höchstens der eine oder andere Aspekt beleuchten. Dabei ist es bis zu einem gewissen Grade dem persönlichen Ermessen überlassen, welche Themen oder Aspekte in welchem Verhältnis bei welchen Autoren erläutert werden sollen. Diese Schwierigkeit wird noch vermehrt durch eine Unsicherheit hinsichtlich der Abgrenzung von den beiden folgenden Beiträgen. Da keine Absprache mit den anderen Autoren erfolgen konnte, ist die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Überschneidung in manchen Punkten nicht ausgeschlossen, während in anderen Gebieten nicht bearbeitete Lücken klaffen mögen. Überdies ist das Wort "norma" den mittelalterlichen Autoren fast fremd, die dafür andere Ausdrücke verwenden: regula, lex, ius u.a. Dadurch ergibt sich ein zusätzliches Element der Unsicherheit hinsichtlich des zu behandelnden

Themas. Die Leser mögen daher die Skizzenhaftigkeit des Beitrages entschuldigen.

Im Folgenden soll es vor allem um die Hierarchie der Normen und ihren Verpflichtungscharakter gehen, wobei der mittelalterlichen Sicht entsprechend vor allem das göttliche und das menschliche Gesetz bzw. Recht zu bedenken sind, im ersten näherhin das positive göttliche Recht und das Naturrecht, im zweiten Teil das Gesetz und das Gewohnheitsrecht. Schwerpunktmäßig sollen besonders die Dekretisten zu Wort kommen¹.

I. DAS GÖTTLICHE RECHT (EINSCHLIEßLICH NATURRECHT).

Für das ganze Mittelalter hatte das göttliche Recht den absoluten Vorrang vor allem menschlichen Recht. *Gratian* geht bei seinem Dekret formal nicht vom göttlichen Recht an sich, sondern vom Naturrecht² aus, das er inhaltlich mit dem füllt, was im Gesetz und Evangelium niedergelegt ist, zusammengefaßt in der Goldenen Regel: Alles was ihr wollt, daß euch die Menschen tun, sollt auch ihr Ihnen tun (Mt. 7, 12). "Ius naturae est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri" (D. 1 pr.). Die inhaltliche Gleichheit zwischen Naturrecht, göttlichem Willen, göttlichem Gesetz und Hl. Schrift kommt am deutlichsten am Ende der D. 9 zum

1. Folgende Literatur zum Thema sei besonders erwähnt, die jeweils nur verkürzt zitiert wird:

F. ARNOLD, *Die Rechtslehre des Magister Gratianus*, «Studia Gratiana», 1 (1953), s. 451-481; C. G. FÜRST, *Zur Rechtslehre Gratians*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung», 57 (1971), s. 276-284; S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Stockholm-Uppsala-Göteborg 1960); K. GANZER, *Päpstliche Gesetzgebungsgewalt und kirchlicher Konsens. Zur Verwendung eines Dictum Gratians in der Concordantia Catholica des Nikolaus von Kues: Von Konstanz nach Trient. Beiträge zur Geschichte der Kirche von den Reformkonzilien bis zum Tridentinum*. Festschrift für August Franzen, hg. v. Remigius Bäumer (Paderborn 1972), s. 171-188; L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, «Studia Gratiana», 3 (1955), s. 193-276; H. M. KLINKENBERG, *Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechtes im frühen und hohen Mittelalter: Lex et Sacramentum* (Miscellanea Mediaevalia 6), hg. von P. Wilpert und R. Hoffmann (Berlin 1969), s. 157-188; R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (Münchener Theol. Studien III/26) (München 1967).

2. Zur Naturrechtslehre Gratians siehe D. COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, «Studia Gratiana», 2 (1954), s. 151-210.

Ausdruck: "Cum ergo naturali iure nihil aliud precipiatur, quam quod Deus uult fieri, nihilque uetetur, quam quod Deus prohibet fieri... patet, quod quecumque diuinae uoluntati, seu canonicae scripturae contraria probantur, eadem et naturali iuri inueniuntur aduersa". Damit ist eindeutig die höchste Norm angesprochen: Der göttliche Wille, welcher sich in der Offenbarung und im Naturrecht niedergeschlagen hat. Nach Gratian besteht aber auch keine volle, sondern nur eine teilweise inhaltliche Gleichheit zwischen Naturrecht und Hl. Schrift. Denn das Naturrecht ist zwar (ganz) in der Hl. Schrift enthalten, aber nicht alles, was in ihr enthalten ist gehört zum Naturrecht, sondern nur die sittlichen (moraltheologischen) Vorschriften, insbesondere die 10 Gebote, von denen die "mystischen" (etwa das Zeremonialgesetz) zu unterscheiden sind (DGp. D. 6 c. 3): "In lege et euangelio naturale ius continetur; non tamen quecumque in lege et euangelio inueniuntur, naturali iure coherere probantur...". Hiermit hat Gratian selbst einen Ansatzpunkt für die Relativierung von Bestimmungen der Hl. Schrift, besonders des Alten Testaments, gefunden; andere Autoren kommen von anderer Seite her zu ähnlichen Ergebnissen. Dadurch, daß Gratian auch noch die Naturrechtslehre Isidors in D. 1 c. 7 überliefert, in welcher unter anderem das Gemeineigentum und die Freiheit aller Menschen zum Naturrecht gezählt werden, relativierte er von vornherein für seine Nachfolger das Naturrecht, wenigstens in dieser Hinsicht, noch weiter.

Rufin dagegen bestimmt das Naturrecht als eine dem Menschen innewohnende Kraft zum Tun des Guten und Meiden des Bösen. "Est itaque naturale ius vis quedam humane creature a natura insita ad faciendum bonum cavendumque contrarium"³. Im Vorwort seiner Summe bemerkt Rufin, daß Gott das den Menschen seit Jahrhunderten ins Herz geschriebene Gesetz durch die 10 Gebote schriftlich fixiert hat: "legem, quam a seculo in corde hominis scripserat, litteris expressit decem mandatis comprehensam"⁴. Inhaltlich teilt er das Naturrecht auf in Gebote (wie z.B. das Liebesgebot), in Verbote (z.B. nicht zu töten) und in Hinweise (demonstrationes), welche z.B. das Gemeineigentum und die Freiheit aller Menschen als angemessen erscheinen lassen (conuenit)⁵. Mit dieser Unterscheidung hat Rufin ein Instrumentarium geschaffen, durch welches relativ leicht alle

3. Zu D. 1 pr.; Ausg. H. SINGER, *Die Summa Decretorum des Magisters Rufinus* (Paderborn 1902) (Aalen 1963), s. 6.

4. Ausgabe SINGER, a.a.O., s. 4, aus dem Vorwort.

5. Zu D. 1. pr., Ausgabe SINGER, a.a.O., s. 6.

Schwierigkeiten und Probleme gelöst werden konnten, wenigstens formal. Durch die Summe des *Johannes Faventinus* erlangten diese Ansichten Rufins weiteste Verbreitung. Sie gehörten zum gängigen Vokabular fast aller Dekretisten.

Stephan von Tournai stellt die bisher genannten Naturrechtsbegriffe ziemlich unverbunden und wahlweise nebeneinander⁶. Die sog. *Summa Parisiensis* kennt vier Naturrechtsarten, alle in einem objektiven Verständnis: einmal die natürliche (ursprüngliche) Ordnung der Dinge, dann alles, was die Vernunft als gut und richtig erkennt, ferner der Wille Gottes und schließlich vor allem dessen Niederschlag in der Hl. Schrift des Alten und Neuen Testaments⁷.

Odo von Dover, die *Summa Monacensis* und die *Summa "Inter cetera"* beziehen neben dem menschlichen nicht nur das Mensch und Tier gemeinsame Naturrecht, sondern auch das noch weitere physikalische Naturgesetz in die Untersuchung mit ein. Sie verstehen alle drei Arten einheitlich als eine subjektive, den Dingen, Lebewesen oder Menschen von Gott eingepflanzte Anlage oder Kraft: "Ius naturale large, largius, largissime accipitur. In largissima significatione dicitur uis insita omni creature a natura, id est a deo, qui summa natura est omnium; de qua uis naturali procedit quod stelle cursus suos non deserunt... Minus large ius naturale accipitur prout omni animanti, uis scilicet naturaliter insita omnibus animantibus ex qua procedit quod naturaliter prouocantur ad coitum... In tertia significatione et strictiori naturale ius accipitur prout omni et soli homini competit, uis quedam scilicet diuinitus homini inspirata qua ad id quod iustum et equum est naturaliter inclinatur... Istud ius naturale dicitur in lege et in euangelio contineri"⁸.

Simon von Bisignano spricht auch nur von subjektiven Konzeptionen des Naturrechts. Er weist zunächst die Auffassung des Naturrechts als "caritas" zurück, womit eine Fortbildung der Lehre Rufins gemeint sein wird. Auch die Identifizierung mit dem "liberum arbitrium" wird von

6. Ausg. J. F. VON SCHULTE, *Stephan von Doornick, Die Summa über das Decretum Gratiani* (Giessen 1891) (Aalen 1965), s. 7.

7. Zu D. 8 c. 1; Ausg. TERENCE P. McLAUGHLIN, *The Summa Parisiensis on the Decretum Gratiani* (Toronto 1952), s. 7.

8. Der lateinische Text ist hier nach der *Summa «Inter cetera»* geboten, wie er in München lat. 16084 fol. 64vb/65ra und (leicht modifiziert) in Leiden, Vulc. 48 fol. 9rb/va enthalten ist.

ihm abgelehnt. Er selbst identifiziert die "naturrechtliche" Kraft mit dem oberen Teil der Seele, der Vernunft, die auch Synderesis genannt wird, die in keinem Menschen ausgelöscht werden kann, wenn sie auch durch die Sünden verdunkelt wird: "Nobis itaque uidetur quod ius naturale est superior pars anime, ipsa uidelicet ratio, que sinderesis appellatur que nec in Chaim potuit scriptura teste extingui"⁹. Simon stellt (in folgerichtiger Weiterführung von Rufins Gedanken) zum ersten Mal die Gleichung zwischen Naturrecht und Synderesis im Sinn des Gewissens auf, die bei den Kanonisten keine große Schule machte, im 13. Jahrhundert jedoch häufig und ausgiebig von Theologen kommentiert wurde, so bei Wilhelm von Auxerre, Roland von Cremona, Albert d. Großen, Bonaventura und besonders Thomas von Aquin¹⁰.

Sicard von Cremona unterscheidet entsprechend der Stufenordnung des Seins drei Arten des Naturrechts und verbindet die wichtigsten unter heilsgeschichtlichem Aspekt folgendermaßen: "Per ius naturale intelliges institutionem a diuina natura factam, homini inspiratam, denique in codice scriptam"¹¹.

Die *Summa "Tractaturus magister"* sieht im Naturrecht als der höchsten Norm für den Menschen eine dem menschlichen Geist von Gott eingegebene Sammlung von Geboten, Verboten und Hinweisen: "Vnde dicendum quod ius naturale est secundum istam acceptionem collectio preceptorum, prohibitionum et demonstrationum humane menti a deo insitorum"¹².

Die *Summa "Reuerentia sacrorum canonum"* kennt nur zwei Arten des Naturrechts: Im weiteren Sinn ist es die von Gott allen Lebewesen eingegebene Fähigkeit zum richtigen Handeln. Im engeren Sinn kommt das Naturrecht aber nur den Menschen zu, die durch es verpflichtet werden, Gott zu verehren, ehrenhaft zu leben und niemandem zu schaden: "Per hoc sugeritur homini creatorem colere, honeste uiuere, neminem ledere"¹³.

Ende der achtziger Jahre hat die *anglonormannische* Schule mehrere

9. Zu D. 1 pr. v. *naturali iure*: Zitiert nach der Hs. Bamberg Can. 38 fol. 2ra.

10. Siehe O. LOTTIN, *Le Droit Naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*² (Bruges 1931), s. 35, 41, 44, 51-53, 54, 68f., 71-73.

11. Zu D. 1 pr. München lat. 4555 fol. 2rb, 8013 fol. 5vb.

12. Paris lat. 15994 fol. 2rb.

13. Zu D. 1 pr. Erfurt Ampl. quart. 117 fol. 116ra. Zwei dieser drei Inhalte stimmen mit Dig. 1. 1. 10. 1 überein.

große Summen hervorgebracht, besonders die sogenannte *Summa Lipsiensis* und die Summa "*De iure canonico tractaturus*", die in ihrer Naturrechtslehre engste Verwandtschaft zeigen. Diese beiden Werke sowie andere kleinere Schriften der gleichen Schule aus dieser Zeit stellen sechs bis sieben Naturrechtsarten zusammen, wobei außer den schon bisher genannten noch das "Erlaubte und Gebilligte, das weder geboten noch verboten ist", also im freien Belieben des Menschen steht, als Naturrecht angeführt wird¹⁴. Genau die gegenteilige Einstellung zeigt sich in dem etwas späteren Werk aus der gleichen Schule, der *Summa "Prima primi"* (nach 1203). Ihr Verfasser verwirft die "vielen unnützen Unterscheidungen" und die Aufzählung der mannigfachen Bedeutungen dieses Wortes. Er läßt nur einen Naturrechtsbegriff gelten, nämlich das Recht der Schöpfungsordnung vor dem Sündenfall: "Sufficit enim unica acceptio ut dicatur ius naturale quod procedit ex prima natura sine corruptione"¹⁵.

Die meisten anderen Autoren, auch *Huguccio*, bringen über das hier genannte hinaus nichts grundsätzlich Neues. Nur *Alanus* führt in der zweiten Rezension seines Apparates (ca. 1205) das "Billigkeitsrecht" als das eigentliche Naturrecht an, nämlich das in und vor allen anderen Rechten liegende Gute und Billige, das aber aus sich allein keine rechtliche Verpflichtungskraft hat. Die eigentliche Verpflichtung kommt nach ihm erst aus dem positiven Recht, weshalb man ihn fast einen "Positivisten" nennen könnte: "In secunda acceptione ius naturale solas continet demonstrationes; licet enim uideatur prohibere iniquum et precipere quod est equum, hoc tamen non facit set solummodo demonstrat. Vnde si nil aliud prohiberet, contra naturalem equitatem facere non esset peccatum. Prohibet tamen quod iniquum est ius posituum quod nos ligat et precipit equum... Vnde quicquid est equum naturaliter uel in iure gentium uel ciuili uel canonico, sub iure naturali continetur"¹⁶.

Laurentius Hispanus, einer der bedeutendsten Kanonisten zu Beginn des 13. Jahrhunderts in Bologna, kennt als Naturrecht neben dem "ius concretum", das alle Lebewesen leitet, vor allem das "ius inspiratum", d.h. die natürliche Billigkeit bzw. Gerechtigkeit, mittels der sich der

14. Siehe den Paralleldruck des ganzen Textes bei ST. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik* («*Studi e testi* 71») (Città del Vaticano 1937), s. 201-203.

15. London, B. M. Royal 11 D II fol. 321ra.

16. Aus der großen Einleitungsglosse der 2. Rezension. Zitiert nach der Hs. Bamberg Can. 13 fol. 272va.

Mensch auch schon vor dem Sündenfall leiten konnte: "Nam est quodam concretum quod est in quolibet animali quo aliquid appetit, secundum quod nichil est proprium... Est et aliud quod est inspiratum, id est naturalis equitas qua homo etiam ante peccatum posset se regere... Est et aliud ius naturale, id est ius gentium"¹⁷ Bedeutsam ist, daß das ius inspiratum, welches nach Laurentius das wichtigste ist, mit der natürlichen Billigkeit, der aequitas, zusammenfällt. Die Verwandtschaft beider Begriffe wird hier wieder deutlich ins Bewußtsein gerückt.

Johannes Teutonicus, der Verfasser der *Glossa ordinaria* zum Dekret, sieht in der Natur und damit im entsprechenden Naturrecht zunächst eine allen geschaffenen Dingen innewohnende Kraft, das physikalische Naturgesetz. Dann ist es für ihn der Reiz oder Instinkt, welcher die Lebewesen leitet. Ferner und hauptsächlich ist das Naturrecht der aus der Vernunft herausfließende natürliche Instinkt und damit die natürliche Billigkeit. Davon unterscheidet Johannes noch die natürlichen Gebote wie "du sollst nicht stehlen", "du sollst nicht ehebrechen"¹⁸. Damit meint er offensichtlich den ganzen zweiten Teil des Dekalogs. Der Unterschied zum vorhergehenden Naturrechtsbegriff liegt wohl darin, daß Johannes in dieser dritten Art des Naturrechts nur das Angemessene und Billige, nicht aber das Gerechte im Sinn eines eigentlichen Rechts und Gebotes sieht. Zwingenden Charakter hat für ihn wohl nur das vierte Naturrecht. Die Naturrechtsauffassung Gratians wird ohne Zählung nur nebenbei angeführt. Johannes selbst denkt beim Naturrecht in erster Linie an die natürliche Billigkeit und Gerechtigkeit, die schon von Ewigkeit existiert.

Als sich nach Erlaß der Dekretalen Gregors IX. im Jahr 1234 fast alle wissenschaftliche Aktivität auf die Interpretation der neuen Gesetzestexte verlegte, verschwand die Naturrechtsdiskussion fast völlig aus den gängigen Schriften, da bei der Auslegung dieser Quellentexte kein unmittelbarer Anlaß mehr für die Darstellung der Naturrechtslehre bestand. *Gottofredo da Trani* vermerkt z.B. lediglich (im Anschluß an Gratian), daß mit dem Menschen auch das Naturrecht geschaffen wurde, da es mit dem Beginn der vernunftbegabten Natur entstand¹⁹.

17. Zu D. 1 c. 1 v. fas est. Salzburg a XII 9 fol. 7va, Vatikan Pal. 658 fol. 1ra.

18. Zu D. 1 c. 7 v. *Ius naturale*: Bamberg Can. 13 fol. 1rb; Ausg. Lugduni 1584, p. 4 (mit einigen Erweiterungen).

19. *Summa super titulis decretalium*, De constit. n. 1, Ausgabe Lyon 1519 (Aalen 1968) p. 6.

Im Apparat des *Sinibaldus Fliscus* (Innozenz IV.) zu den Dekretalen konnte überhaupt kein Hinweis auf das Naturrecht gefunden werden, weder in den einleitenden Kapiteln noch in dem Sachindex. Lediglich *Hostiensis* hat im Vorwort seiner Summe (n. 5) eine kurze Naturrechtslehre untergebracht, die ein dreifaches Naturrecht kennt: das "ius naturale rationale", das mit dem Menschen entstanden ist und in zwei Geboten (der Goldenen Regel) besteht: "Quod tibi vis fieri mihi fac, quod non tibi noli". Dieses Naturrecht ist nichts anderes als die "naturalis ratio". Weiter kennt er das Mensch und Tier gemeinsame Naturrecht. Von diesen beiden wurde der Mensch nach dem Sündenfall geleitet, während erst mit der Vermehrung des Menschengeschlechts das ius gentium eingeführt wurde, welches die dritte Form des Naturrechts ist²⁰.

Von den Scholastikern sei hier nur *Thomas von Aquin* erwähnt. Nach ihm ist das ewige Gesetz, die *lex aeterna*, welche in Gott existiert, die oberste Norm, während die *lex naturalis*, das Naturgesetz, nur eine Teilnahme des Menschen an diesem obersten Gesetz bedeutet (S. th. I.II 91.2). Das oberste Grundprinzip des Naturrechts formuliert Thomas fast genau so wie schon *Rufin*: "Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitendum. Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae" (S. th. I.II 94.2).

Thomas wendet es an der gleichen Stelle dann auf die drei Seinsbereiche im Menschen an: Der Grundtrieb zur Selbsterhaltung, welchen der Mensch mit allen Dingen gemeinsam hat, enthält die Forderungen, welche die Tötung oder (ungerechte) Schädigung der eigenen Person oder anderer Menschen verbieten. Der animalischen Natur entsprechen die Forderungen, welche sich auf die Erzeugung und Aufzucht der Nachkommenschaft beziehen; es sind also vor allem auf die Familie und Ehe gerichtete Forderungen. Seiner geistigen Natur entsprechen wieder andere Vorschriften: Gottesverehrung, Erkenntnis der Wahrheit usw. Sachlich gehören zu diesen drei Gruppen von naturgesetzlichen Bestimmungen alle Gebote und Verbote des Dekalogs und auch alle moralischen Vorschriften des Alten und Neuen Testaments.

20. Ausg. Lyon 1537 (Aalen 1962) fol. 2ra. Ähnlich, aber etwas kürzer in seinen *Commentaria in Primum libr. decr., De Summa Trin.*, cap. I. n. 28-30, Ausgabe Venetiis 1581 (Torino 1965) fol. 6ra.

1. *Zum Inhalt des Naturrechts.*

Ohne im einzelnen auf den *Inhalt* des Naturrechts einzugehen, dessen allgemeine Norm entweder nach der Goldenen Regel oder in ähnlicher Weise formuliert wird, sei noch am Beispiel der "naturrechtlichen Freiheit" aller Menschen die Problematik der Norm aufgezeigt. Die Kanonisten ziehen aus der von ihnen im Anschluß an Isidor (D. 1 c. 7) und Gregor I. (in C. 12 q. 2 c. 68) vertretenen Meinung, daß alle Menschen auf Grund des Naturrechts frei geboren wurden oder werden, keine praktischen Konsequenzen, weil die soziale Ordnung ihrer Zeit eine ganz andere war. Sie harmonisieren vielmehr die (zivil-)rechtlich zugestandene und geregelte Sklaverei mit der Freiheit aller Menschen kraft Naturrechts auf verschiedene Weise:

1. Die aus Paucapaleas Schule stammende Summa "*Ius aliud divinum*" erklärt, Gott habe wegen der sonst eintretenden nachteiligen Folgen für die Predigt des Evangeliums von dieser Naturrechtsanordnung und der Verpflichtung zum Gemeineigentum dispensiert: "ne lex Christum predicans habeatur exossa eo quod predia uel seruos dominis suis auferet, concessa est possessionis proprietas, concessa est seruitus"²¹.

2. *Rufin, Stephan v. Tournai* und mit ihnen viele Dekretisten aus allen Schulen zählen die Freiheit nur zu den Hinweisen (*demonstrationes*) des Naturrechts, sehen darin also nur eine Empfehlung, die nicht (unbedingt) befolgt zu werden braucht: "Detractum in demonstrationibus, tamen non in praeceptis vel prohibitionibus, sicut in libertate, quae per ius gentium immutata est, et seruitus inducta"²².

3. Manche Dekretisten geben wie die Legisten eine zeit-(geschicht)-liche Erklärung: Früher waren alle Menschen frei, heute sind sie es nicht mehr, weil das Naturrecht in diesem Punkt außer Kraft gesetzt worden ist. Eine Stütze finden manche für diese Ansicht in dem Bericht von dem Fluch Noes über Cham, in dem viele Dekretisten eine göttliche Einsetzung der Sklaverei berichtet sehen, wie z.B. der Glossenapparat "*Ordinaturus magister*": "De iure enim naturali Noe filium Cham seruum constituit fratrum suorum... Diuina inspiratione credimus a Noe esse factum"²³.

21. Milano, Ambros. H 94 fol. 74rb/va.

22. Stephan, zu D. 1 pr., Ausg. SCHULTE, a.a.O., s. 8.

23. Glosse zu C. 12 q. 2 c. 68 v. «*natura liberos protulit*», zitiert nach Bamberg Can. 13 fol. 123va, Erlangen 342 fol. 152va.

4. Einzelne Dekretisten, so etwa *Richard de Mores*, nehmen deswegen auch ihre Zuflucht zu den verschiedenen Arten des Naturrechts, so daß sie die Freiheit aller Menschen und die Sklaverei mancher Menschen im Naturrecht, aber jedesmal in einer anderen Art, gegeben finden: "Set potest dici quod secundum primam acceptionem iuris naturalis nemo seruus dici deberet, immo omnes liberi uocari deberent de iure naturali. Tamen in quibusdam aliis acceptionibus bene potest concedi quod quidam serui fieri possunt et facti sunt, puta de lege mosaica et iure canonico, immo de iure naturali seruitus est introducta, quia de iure gentium, quod ius naturale quandoque appellatur"²⁴.

5. Schließlich lehren manche im Anschluß an das römische Recht, daß die Freiheit aller Menschen durch das Naturrecht auch heute noch gewährleistet werde, nur werde durch die Sklaverei nach dem *ius gentium* diese Freiheit verdeckt. Daher brauche sie bei der Freilassung lediglich wieder entdeckt zu werden: "Ab initio et hodie nascuntur, non tamen ad effectum secundum mar. et dicit non dari libertatem in manumissione, set detegi sicut deteguntur grana a paleis"²⁵.

2. Unveränderlichkeit des Naturrechts?

Von den Eigenschaften des Naturrechts bereitete seine Universalität den Dekretisten keine Schwierigkeiten, wohl aber das Problem der Unveränderlichkeit, sein Vorrang vor anderem Recht und seine Indispensabilität. Diese drei Probleme hängen engstens zusammen und machten den Dekretisten auch und gerade im Blick auf die verschiedenartigen Inhalte des Naturrechts Schwierigkeiten.

Gratian selbst hatte in seinem Dictum nach D. 6 c. 3 schon den Weg gewiesen, wenn er im Blick auf das Naturrecht der Hl. Schrift sagt, daß die moralischen Vorschriften keine Änderung erfahren haben, während die anderen Inhalte zwar in ihrem äußeren Wortlaut geändert wurden (z. B. das Zeremonialgesetz), aber im tiefsten Wesen doch gleich blieben.

Einen Lösungsversuch bietet beispielsweise die *Summa Parisiensis*, nach der nur jene Sätze des Naturrechts nicht geändert werden können, die

24. Aus seiner *Summa quaestionum*, Zwettl 162 fol. 146ra.

25. So in einer Glosse zu C. 12 q. 2 c. 68 v. *in ea* in der Hs. Graz III 71 fol. 80rb. Gewährsmann ist der Legist Martinus Gosia.

in der Hl. Schrift schriftlich fixiert wurden: "jus naturale quod redactum est in praeceptum scriptum non mutatur"²⁶. Die *Summa Coloniensis* bietet neben dieser noch zwei andere Erklärungsmöglichkeiten an, so daß der Leser die Auswahl hat: "ius naturale quatenus in scripta redactum immutabile. Vel sicut Bulgarus ait: 'Ius naturale in generibus et speciebus suis immobile, in indiuiduis non sic...' Vel ideo ius nature immutabile quia non quemadmodum ciuile in contrarium suum mouetur"²⁷. Die Unveränderlichkeit des Naturrechts ist vielleicht schon dadurch gewährleistet, daß es nicht in sein Gegenteil verkehrt werden kann. Die am meisten vertretene Ansicht ist (besonders in der *französischen Schule*) jedoch folgende: das Naturrecht ist nur in seinen Geboten und Verboten unveränderlich, aber nicht in seinen Hinweisen. *Alanus* schließlich ist der Meinung, daß das Naturrecht auf eine göttliche Eingebung hin geändert werden kann: "In principio fuit illa natura matrimonii que est modo... Set ius matrimonii mutatum fuit diuina inspiratione uel permissione et hominum consuetudine"²⁸.

Fast die gleichen Erklärungsmöglichkeiten werden zu dem Problem gegeben, ob das Naturrecht in allem den *Vorrang* hat oder ob es durch das menschliche Recht außer Kraft gesetzt werden kann, was nur einen anderen Aspekt des gleichen Problems bedeutet. So heißt es z. B. in einer Summe aus der Schule des Paucapalea: "Set notandum est quod ius aliter est quod continetur in scripto, aliter non. Ius naturale ergo in scriptis insignitum semper preualet consuetudini et legi"²⁹. In einer weit verbreiteten Glosse heißt es vom Allgemeinbesitz, daß er nur ein Rat für die nach Vollkommenheit Strebenden ist, so daß auch in diesem Punkte das Naturrecht in keiner Weise außer Kraft gesetzt wird: "Etsi scriptum aliter comprehensum sit, non tamen propterea iuri naturali detrahitur quod talia non precipit uel interdicit, set solummodo perfectionem consulendo demonstrat"³⁰. Die Forderung des Evangeliums, also des göttlichen Rechts, alles zu verlassen und Jesus nachzufolgen (vgl. Mk. 10.21) wird als Rat

26. Zu D. 5 pr., Ausg. McLAUGHLIN, a.a.O., s. 5.

27. Pars. 1 c. 33, Ausg. G. FRANSEN-ST. KUTTNER, *Summa «Elegantius in iure diuino» seu Coloniensis, I, Monumenta Iuris Canonici, A 1* (New York 1969), s. 9. Der letzte Satz fehlt in einer Hs. (bewußte Änderung?).

28. Zu C. 32 q. 4 c. 7 v. *crimen*, in beiden Rezensionen: Paris 3909 fol. 47 vb, 15393 fol. 233rb.

29. Zum DGp. D. 8 c. 1 v. *Dignitate*: Alençon fol. 164vb.

30. Zum DGp. D. 8 c. 1 v. *si naturali*: Bamberg Can. 13 fol. 3ra, Can. 14 fol. 5vb.

für die nach besonderer Vollkommenheit Strebenden erklärt und damit entschärft.

Die *Derogationsmöglichkeit* des Naturrechts in seinen Hinweisen kann man direkt als *opinio communis* aller Rechtsschulen ansehen. Da es aber faktisch in der Macht des menschlichen Gesetzgebers oder der Gelehrten liegt zu entscheiden, was im Naturrecht nur hinweisenden Charakter hat, wird es deutlich, wie leicht trotz aller grundsätzlichen Unveränderlichkeit und Vorrangigkeit das Naturrecht manipuliert werden kann, wenn es nicht in eine entsprechende Ordnung eingebettet ist.

Das Naturrecht ist grundsätzlich auch *indispensabel*: "Item aduersus naturale ius nulla dispensatio admittitur, nisi forte duo mala ita urgeant ut alterum eorum necesse sit eligi" (D. 13 pr.). *Gratian* führt als Ausnahme von der Indispensabilität die *perplexitas* an; wenn jemand faktisch zwischen zwei Übeln wählen muß, kann und darf er das kleinere wählen, wie aus seinen Belegstellen innerhalb der D. 13 hervorgeht. Die Dekretisten kommen bei ihren kasuistischen Erklärungen und kritischen Stellungnahmen mindestens zu der Erkenntnis, daß niemand auf Grund eines Gesetzeskonflikts zu einer schweren Sünde genötigt ist, höchstens zu einer läßlichen, wie etwa *Rufin* ausführt³¹. Der Verfasser des Glossenapparates "*Animal est substantia*" stellt lakonisch fest, daß keiner zu einer Sünde genötigt ist: "Dico quod nulla est questio, quia in nullo tenetur quis ad peccatum, quia si hoc, excusaretur"³².

Die Dekretisten sprechen nicht selten von der Möglichkeit, daß jemand durch göttliche Offenbarung zu einem Tun inspiriert werden könnte, das an sich nach dem Naturrecht verboten ist, so die Tötung eines Menschen in einem konkreten Fall. *Stephan von Tournai* schreibt beispielsweise im Anschluß an C. 23 q. 5 c. 9: "Tribus modis licite fit homicidium, scilicet cum inspiratur alicui occulte a deo ut aliquem occidat"³³. Auf diese Weise wurde auch die Polygamie der Patriarchen erklärt, wahrscheinlich zum ersten Mal von *Simon v. Bisignano*, der in Bezug auf

31. D. 13 pr., Ausg. SINGER, a.a.O., s. 32: «... quod quantum sit a ratione devium, nobiscum etiam molendinarii recognoscunt. Sic itaque nullus ita perplexus est inter duo, quin possit vitare peccatum - dico: mortale: nam veniale forte aliquando oportet ipsum incurere».

32. D. 14 c. 1 v. *nondum*, Ausg. E. M. DE GROOT, *Doctrina de iure naturali et positivo humano in Summa Bambergensi* (DD. 1-20) (Drueten 1970), s. 70*.

33. München lat. 14403 fol. 90v, 17162 fol. 138va.

Abraham schreibt: "Credo tamen eum non peccasse, quia inspiratione diuina hoc fecit"³⁴. Von *Huguccio* wurde diese Lehre bis zur letzten Konsequenz ausgebaut: "Ea est uera excusatio, quia instinctu et inspiratione diuina Abraam et Iacob talia fecerunt et ideo excusantur secure tam a pena quam a culpa"³⁵. Auch *Thomas v. Aquin* bietet im Grunde die gleiche Lösung an, wenn er auf die Frage der Änderungsmöglichkeit des Naturrechts zunächst davon spricht, daß es allgemein ergänzt werden kann. "Per modum subtractionis" können die ersten, allgemeinen Prinzipien des Naturrechts nicht geändert werden, wohl aber die "secunda praecepta... in aliquo particulari, et in paucioribus". Wenn Gott einen unschuldigen Menschen zu töten befiehlt oder fremdes Eigentum zu nehmen gestattet, dann ist dies rechtens: "Quidquid enim accipit aliquis ex mandato Dei, qui est Dominus uniuersorum, non accipit absque voluntate domini, quod est furari"³⁶.

3. *Dispens vom Naturrecht?*

Eine menschliche Dispens von klaren Bestimmungen, das heißt Geboten oder Verboten des Naturrechts, hielten die Dekretisten im allgemeinen nicht für möglich. Ganz besonders wird das von *Huguccio* z. B. im Blick auf die Dispensmöglichkeit vom Gelübde der Ehelosigkeit gesagt oder auch von der mit der Priesterweihe notwendig verbundenen freiwilligen Übernahme der Zölibatspflicht: "Contra quod uotum papa non potest dispensare uel constituere, cum ad reddendum uotum quisque teneatur ex iure naturali; unde propheta "uouete et reddite" (Ps. 75.12)"³⁷. Trotzdem ist Huguccios Lehre nicht so starr, wie es zunächst scheinen

34. Zu C. 32 q. 4 c. 3 v. *ante legem*: Bamberg Can. 38 fol. 45va.

35. Zu C. 32 q. 4 c. 3 v. *pretexuit*: Vatikan lat. 2280 fol. 283ra.

36. S. th. I. II 94. 5 in c. et ad 2. - Bei solchen Erklärungen ist der Unterschied zu den Voluntaristen um Wilhelm von Ockham nicht mehr sehr groß, die Diebstahl, Mord und Ehebruch als mögliche Befehle Gottes ansahen. Siehe Wilhelm v. Ockham, II s. q. CXC u. IV s. q. XIV. Nicolaus v. Autrecourt, Chart. Univ. Paris II n. 1124. Peter d'Ailly, Quaest. in I s. q. 9; q. 12 u. 14 a 13. Siehe H. MEYER, *Thomas von Aquin*² (Paderborn 1961), s. 589.

37. Zu D. 27 pr. Vatikan lat. 2280 fol. 28va. Zum ganzen Fragenkreis siehe F. LIOTTA, *La Continenza dei chierici nel pensiero canonistico classico da Graziano a Gregorio IX* (Milano 1971) und besonders J. BRYN, *De dispensatione in iure canonico, praesertim apud Decretistas et Decretalistas usque medium saeculum decimum quartum* (Brugis-Wettern 1925).

möchte, da er eine Interpretation des Gelübdes kennt und es seiner Meinung nach auch geändert werden kann oder nicht erfüllt zu werden braucht, wenn seine Erfüllung praktisch unmöglich wird. Das kann sogar auf eigene Autorität hin geschehen, wenn z. B. nach einem Gelübde, kein Fleisch zu essen, der Arzt aus gesundheitlichen Gründen Fleisch verordnet, weil der Gelobende sonst an Entkräftung sterben könnte³⁸. Mit einer "Interpretation" kann gegebenenfalls sehr viel erreicht werden, wenn sie nur großzügig genug gehandhabt wird!

Nach dem Glossenapparat "*Animal est substantia*" kann der Papst von Weisungen des Apostels (Paulus) dispensieren und andere Anordnungen treffen, vorausgesetzt, daß es sich nicht um naturrechtliche Weisungen handelt. Ein Gelübde kann er ändern, aber nicht ganz aufheben: "sciendum quod in his que dicit apostolus que non sunt de iure naturali, bene potest dominus papa dispensare, nam quod bigamus non possit promoveri, non est de iure naturali, set de iure canonico, votum autem bene potest dominus papa commutare, set non potest omnino tollere"³⁹. *Alanus* gesteht im Unterschied zu anderen dem Papst schlechthin die Dispensmöglichkeit von einem Gelübde zu, weil dem Papst die Dispens gegen naturrechtliche Bestimmungen nicht ausdrücklich verboten ist. Aber ein Gesetz gegen das Naturrecht kann er nicht erlassen: "Set an papa possit sine aliqua recompensatione uotum remittere queritur. Et dicunt quidam quod non quantum ad deum, quoniam contra ius naturale non potest dispensare... Vel dicatur quod possit nec inuenitur sibi prohibita dispensatio contra ius naturale in aliquo iure; constitutionem tamen contrariam iuri naturali facere non posset, nec etiam contra quedam precepta iuris naturalis dispensare ut est istud: diliges dominum deum tuum; uel dicatur ut prius quod non potest dispensare, si tamen uotum remittat ualet remissio"⁴⁰. *Johannes Teutonicus* bietet in seinem Kommentar zu 3 Comp. 3.27.2. wahlweise sogar noch weitergehende Interpretationsmöglichkeiten über die fast absolute Dispensgewalt des Papstes an: "Hic dicitur quod papa non potest dispensare ut monachus habeat proprium: Verum est monachus existens monachus; set de monacho potest facere non monachum; ...Vel dic quod papa

38. Zu C. 32 q. 8 c. un.; schon von F. GILLMANN, *Die Abfassungszeit der Dekretsumme Huguccios*, «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 94 (1914), s. 328 A. 1 zitiert.

39. D. 14 c. 2 v. *nulla*, Ausg. DE GROOT, a.a.O., s. 71*.

40. Aus der Glosse zu 1 Comp. 3. 29. 1 v. *dispensare*. Fulda D 5 fol. 45vb, Clm 3879 fol. 55rb.

de plenitudine potestatis sue potest facere quod monachus existens monachus habet proprium... Vel dic potest non in omni casu, set ubi subest causa⁴¹.

Innozenz IV. begründet die Dispensmöglichkeit des Papstes von den Ordensgelübden positivistisch einfach damit, daß das Mönchtum seinem Wesen nach nichts anderes als ein Eremitendasein wäre und die Armut und Ehelosigkeit nur äußerlich und vom positiven Gesetz damit verbunden worden wären: "Haec autem sunt annexa ordini a iure positio, quod probō; monachus autem nihil aliud est, quam solitarius tristis. 16. q. 1 placuit (c. 8). Si igitur imponantur, illud est impositum a conditore iuris, et ex hoc patet, quod Papa potest dispensare cum monacho, quod habeat proprium vel coniugem, cum possit ordinem et naturam, quam dedit ordini, et substantiam tollere"⁴² Über die starre Haltung zur Indispensabilität, die in der Absolutheit nicht von allen Autoren geteilt wurde, berichtet uns auch *Hostiensis* in seiner *Summa aurea*: "Redditio uoti est de iure naturali siue diuino et ideo contra hoc non potest papa venire... et in hac opinione fuit Hug. et eius sequaces". *Hostiensis* selbst hält eine Dispens durch den Papst für möglich: "Quarti dicunt et uerius et hoc omnino teneas quod papa de plenitudine potestatis in omni voto dispensare potest"⁴³. *Bonaventura* referiert in seinem Sentenzenkommentar zwar auch die Meinung derer, welche eine Dispens vom Gelübde im Sinn der iuris relaxatio für möglich halten. Er selbst hält es für "rationabilior et securior", daß der Papst nur im Sinn der iuris declaratio dispensieren kann⁴⁴. *Thomas* hält es in seinem Sentenzenkommentar für möglich, daß der Papst um des Allgemeinwohls willen (sowohl der Kirche wie des Staates) auch vom feierlichen Gelübde der Enthaltensamkeit dispensieren kann, während er in der *Summa theologica* die strengere Meinung vertritt, daß das feierliche Ordensgelübde indispensable ist⁴⁵.

41. Glosse v. *summus pontifex*: Bibl. Vat. Chis. E VII 207 fol. 216ra/b, Clm 3879 fol. 230va.

42. Zu X 3. 35. 6 n. 1, Ausg. SINIBALDUS FLISCUS (INNOCENZ IV), *Commentaria Apparatus in V Libros Decretalium* (Frankfurt 1570), fol. 432vb. Siehe hierzu besonders J. BRYN, *De dispensatione in iure canonico* (Brugis-Wetteren 1925), s. 218ff.

43. De voto et voti red. n. 16, Ausg. Lyon 1537 (Aalen 1962) fol. 178ra.

44. Sent. kom. 1. IV. d. 38 a. 2 q. 3, Ausg. Quaracchi 1889 s. 822 bis 824. Ein Großteil des Kommentars Bonaventuras in 1. IV. d. 38 ist übrigens anonym in die Ausgabe des Apparates Wilhelms v. Rennes zur Poenentialsomme Raymunds v. Penaforte eingegangen: Ausg. Rom 1603 s. 77a - 80b.

45. Sent. kom. 1. IV. d. 38 q. 1 a. 4 und S. th. II. II q. 88 a. 11.

Ähnlich unterschiedlich lauten die Stellungnahmen der Kanonisten und Theologen zur Frage nach der Vollmacht des Papstes, ob er eine nichtvollzogene sakramentale Ehe dem Bande nach lösen könne. In beiden Fällen hat sich inzwischen eine positive Dispenspraxis herausgebildet.

4. *Privates (göttliches) Gesetz?*

Eine ganz ungewöhnliche Sicht des Gesetzes vertritt die in C. 19 q. 2 c. 2 dem Papst *Urban II.* zugeschriebene Stelle, auf die hier in Form eines Exkurses hingewiesen sei, über deren genaue Herkunft jedoch keine letzte Klarheit besteht⁴⁶:

“*Duae sunt, inquit, leges: una publica, altera priuata... Lex uero priuata est, que instinctu S. Spiritus in corde scribitur, sicut de quibusdam dicit Apostolus: “Qui habent legem Dei scriptam in cordibus suis”... Dignior est enim lex priuata quam publica. Spiritus quidam Dei lex est, et qui Spiritu Dei aguntur lege Dei ducuntur*”.

Um einem Priester auch gegen den Willen seines Bischofs den Eintritt in ein Kloster zu ermöglichen, wird dem gewöhnlichen, “öffentlichen” Gesetz, welches das kirchliche Leben regelt, das private Gesetz, die Eingebung des Heiligen Geistes, gegenübergestellt. Durch die Berufung auf die bekannte Paulusstelle über das Naturgesetz in Röm. 2,14f. wird dieses private Gesetz mit dem Naturgesetz oder Naturrecht in Verbindung gebracht. Es ist deswegen dem gewöhnlichen öffentlichen Gesetz überlegen und muß ihm gegenüber den Vorrang haben, weil es das Gesetz des Hl. Geistes, das Gesetz Gottes selber ist. Dieser eigenartige Erlaß sagt allerdings nicht, wie denn die Eingebung des Hl. Geistes von Selbsttäuschung und Rechthaberei zu unterscheiden ist. Vielleicht dachte der Verfasser dieses Textes, daß der Entschluß, ins Kloster zu gehen, so eindeutig den Stempel des sittlich Höherwertigen an sich trägt, daß jede weitere Frage oder jeder Zweifel ungerechtfertigt wäre. Deshalb wird man in dem Erlaß auch nicht so sehr eine Vorstufe der Situationsethik sehen dürfen, der sie sehr nahe kommt, wenigstens im Formalen, sondern eher ein Zeugnis für die übergroße Hochschätzung des Ordenslebens im Mittelalter.

Nachdem dieser Text als C. 19 q. 2 c. 2 in das Dekret Gratians aufgenommen worden war, bestand ein Großteil der Überlegungen der Dekre-

46. Vgl. St. KUTTNER, *Urban II und Gratian*, «Traditio», 24 (1968), s. 504.

tisten darin, ihn einschränkend zu interpretieren, um dadurch einem möglichen, ja naheliegenden Mißbrauch vorzubeugen. Einen relativ hohen Stellenwert gibt diesem "privaten Gesetz" die sog. *Summa Coloniensis*, wenn sie bei ihren Einteilungen des göttlichen Rechts im Anschluß an die eben genannte Stelle in ihrer Rechtslehre schreibt: "Hic considerandum quod ius diuinum aliud est publicum, aliud priuatum, ut quod instinctu Spiritus Sancti cordibus perfectorum diffunditur, quale est nihil proprium habere, omnibus pro Christo abrenuntiare. Publicum est quod generali patrum sanctione seruandum est, ut ius prescriptionis"⁴⁷. Das private göttliche Gesetz ist faktisch identisch mit dem, was als "evangelischer Rat" von den nach (besonderer) Vollkommenheit Strebenden freiwillig übernommen wird.

Bei *Simon von Bisignano* könnte man an sich erwarten, daß er dieses "private Gesetz", die Eingebung des Hl. Geistes, in irgendeiner Weise mit seinem Naturrechtsbegriff konfrontiert. Das tut er jedoch nicht und er nimmt durch seine Erklärung dem Gesetz auch jede Schärfe und durch seine enge Auslegung fast jede Anwendungsmöglichkeit⁴⁸. Nur die *Summa "De iure canonico tractaturus"* führt dieses private Gesetz, die Eingebung des Hl. Geistes als eine Form des Naturrechts an: "Septimo amor siue karitas quam afflat ignis diuinus, et hec lex priuata nuncupatur"⁴⁹. Für die allgemeine Gesetzes- und Rechtslehre ist aber aus diesen Stellen nicht viel zu entnehmen. Sie spielten in der allgemeinen Diskussion praktisch keine Rolle.

II. DAS MENSCHLICHE RECHT.

Als *Aufgabe* eines menschlichen Gesetzes (ebenso des weltlichen wie des kirchlichen) sieht *Gratian* folgende drei bzw. vier Momente an: "Officium uero secularium, siue ecclesiasticarum legum est, precipere quod necesse est fieri, prohibere quod malum est fieri; permitttere uel licita, ut premium petere, uel quedam illicita, ut dare libellum repudii, ne fiant

47. I 39, Ausg. FRANSEN-KUTTNER, a.a.O., s. 11.

48. (C. 19 q. 2 c. 2) v. *lex priuata* etc.: «... Solutio. Lex priuata dicitur dignior lege publica, quia digniorem hominem instituit. Interdum tamen lex publica legi priuate preiudicat et hoc inducit... constitutio canonis». Bamberg Can. 38 fol. 35va.

49. Laon 371 bis fol. 83ra.

grauiora" (D.3 p.c.3). Isidor führt dagegen in der von Gratian im Anschluß an seine Ausführungen zitierten Belegstelle im Einklang mit dem römischen Recht noch die Androhung von Strafen an. Die Kanonisten halten sich teils mehr an Gratian, überwiegend aber an Isidor und das römische Recht, wofür hier keine Belege gebracht werden müssen.

Im Vergleich zum römischen Recht ist es doch schon auffällig, daß Gratian die Tolerierung eines Übels ausdrücklich als Aufgabe bzw. Inhalt eines Gesetzes ansieht, durch das künftiges Verhalten geregelt und nicht nur eine Amnestie erteilt wird. Gratian glaubt wohl nur so, manche Weisungen des Alten Testaments erklären zu können. Seine Antwort liegt auf der gleichen Ebene wie sein Vorschlag zur Lösung einer "perplexen" Situation, daß nämlich jemand eine kleinere Sünde tun dürfe um eine größere zu vermeiden⁵⁰.

1. *Eigenschaften eines Gesetzes.*

Gratian macht sich ferner vollinhaltlich die Aussage Isidors über die *Eigenschaften* eines Gesetzes zu eigen. Er fordert nämlich vom Gesetzgeber die Gesetze so zu gestalten, daß sie in sich folgendes beinhalten: honestatem, iustitiam, possibilitatem, convenientiam und überhaupt alles, was Isidor in dem D. 4 c. 2 zitierten Text sagt: "Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporique conueniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat, nullo priuato commodo, sed pro communi utilitate ciuium conscripta". Die Aufgabe der Überprüfung eines Gesetzes auf Grund dieser Kriterien steht allerdings nicht mehr dem Gesetzesuntertanen zu, sondern nur dem Gesetzgeber selbst vor der Abfassung eines Gesetzes. Nach dem Erlass eines solchen Gesetzes muß dessen Rechtmäßigkeit in jeder Hinsicht angenommen werden und es ist gemäß dem Gesetz und nicht über das Gesetz zu richten (D. 4 p. c.2).

Manche Dekretisten gehen überhaupt nicht auf die Frage ein, was mit einem Gesetz ist, welches diese Bestimmungen nicht (alle) erfüllt, so z.B. *Rufin*⁵¹, die *Summa Coloniensis*⁵², *Stephan v. Tournai*. Die meisten

50. Siehe oben zu Anm. 31.

51. Ausg. SINGER, a.a.O., s. 14.

52. In I 25 wird der Text Isidors mit folgender (bewußt unklarer?) Formulierung eingeführt: «Methodum porro de lege iudicandi Ysidorus tradens ait». Ausg. FRANSEN-KUTTNER, a.a.O., s. 7.

Dekretisten nehmen jedoch ausdrücklich zu der Frage Stellung, wie ein Gesetz zu beurteilen ist, welches die eine oder andere der hier geforderten Eigenschaften nicht erfüllt.

Die *Summa Parisiensis* ist z.B. der Meinung, daß ein Gesetz nicht alle eben geforderten Eigenschaften enthalten muß, sondern nur manche: "Et sciendum quod non omnis lex haec omnia habet, sed omnis quaedam ex his debet habere". Daher kann gegebenenfalls auch ein Gesetz etwas gegen die Natur, d.h. gegen das Naturrecht (wenn es nicht in der Hl. Schrift fixiert wurde) bestimmen, wie es bezüglich der Sklaverei geschehen ist: "ut non contradicat juri naturali nisi scienter et praedicuntur(?) contra jus naturale fiat ut est de servitutibus"⁵³.

Die *Summa Monacensis* nimmt kasuistisch zur Frage einer Nichtbeachtung der lokalen Gewohnheiten durch ein Gesetz Stellung und meint, daß etwa ein Gesetz, keinen Met oder kein Bier zu trinken oder sich in der Kirche nicht zu setzen, in Kärnten wieder abgeschafft werden müsse; der Verfasser hält es also nicht einfach für unwirksam: "Queritur quomodo in legibus constituendis obseruanda est consuetudo patrie cum sepissime lex aboleat consuetudinem, consuetudo autem neque legem uincat neque rationem d. xi. Ad hoc dicimus quod in legibus constituendis obseruanda est consuetudo patrie; si quis legem conderet ne medo in carinthia biberetur uel ceruisia uel ne quis in ecclesia sederet quod preter consuetudinem esset abolenda foret"⁵⁴.

Die *Summa "Reverentia sacrorum canonum"* fordert wie manche andere Dekretisten besonders, daß ein Gesetz nützlich sei, sonst sei es zu verwerfen: "honesta, ut religioni congruat... utile, alioquin sicut honerosa esset reicienda"⁵⁵.

Huguccio beispielsweise, welcher die Bedeutung der Gesetze vielfältig herausstellt, hält ein ungerechtes Gesetz, das gegen die natürliche Billigkeit verstößt, für unwirksam; ein Gesetz, das gegen die Natur, d.h. die guten Sitten der Menschen verstößt, wird nach seiner Meinung zurückgewiesen, ebenso ein (unnötig) belastendes Gesetz; ähnlich würde ein Gesetz, das gegen die Gewohnheiten eines Landes gerichtet wäre, bald wieder durch gegenteiliges Gewohnheitsrecht abgeschafft. Ein Gesetz jedoch, das schwer zu erfüllen ist, (fast) unmögliches auferlegt, ist nach Huguccio

53. Zu D. 4 c. 2 v. *secundum naturam*, Ausg. McLAUGHLIN, a.a.O., s. 4.

54. Clm 16084 fol. 2va.

55. Erfurt, Ampl. quart. 117 fol. 117ra.

wirksam, nur seine Übertretung würde nicht angerechnet. Schließlich ist auch er der Meinung zugeneigt, daß ein Gesetz nicht gleichzeitig allen diesen Aspekten gerecht zu werden braucht. Wahlweise schlägt er jedoch vor, was ihm wohl als die beste Lösung erscheint, daß ein Gesetz wenigstens keinem dieser Aspekte direkt widersprechen darf:

“iusta, id est ut quod iustum est precipiat uel permittat, contrarium uero prohibeat... et sic a naturali equitate finaliter non discrepet, alioquin irrita erit... possibilis, id est ut ultra uires non precipiat; si enim preciperet impossibile transgressio non inputaretur, quia si ex impossibilitate legis homo incideret in transgressionem, non iuste illi infligeretur pena... uel secundum naturam hominum, id est bonos mores hominum procedentes. Nam si contra eos est expellitur... secundum consuetudinem patrie, scilicet ut concordet moribus bonis inhabitantium, alioquin contraria consuetudine abrogatur... utilis, id est non honerosa quamuis possibilis; tunc enim repelleretur... Set nunquid quelibet lex continet omnia ista in se? Non credo, cum alia specialiter feratur pro utilitate alicuius et alia generaliter pro communi utilitate omnium. Set forte hec omnia intelliguntur negatiue, scilicet ut non feratur contra honestatem uel iustitiam et sic de aliis intelligatur quod hic dicitur collectiue, scilicet in legibus condendis hec sunt consideranda, set non in qualibet omnia ista”⁵⁶.

Die Summa “*De iure canonico tractaturus*” ist ähnlich wie Huguccio der Meinung, daß ein ungerechtes oder unnötiges, belastendes Gesetz unwirksam ist, die Übertretung eines (für den einzelnen) nicht zu erfüllenden Gesetzes nicht angerechnet wird: “iustum, alioquin lex non erit... nec a naturali equitate discrepet; possibilis, alioquin transgressorem non constitueret... utilis: Nam si honerosa non ualeret”⁵⁷.

Ähnliches sagt, wenn auch nicht so stark, der Verfasser der *Summa Lipsiensis*, der auch schon ein Gesetz annimmt, wenn nur einige der genannten Eigenschaften vorhanden sind, da kaum einmal alle diese Momente in einem Gesetz vereinigt sind: “... ubi enim plura de istis conueniunt, non absurde lex poterat appellari; raro enim uel numquam contingunt omnia ista in lege”⁵⁸.

Der Glossenapparat “*Animal est substantia*” vertritt im engsten Anschluß an das römische Recht die Meinung, daß ein Gesetz, welches

56. Vat. lat. 2280 fol. 4vb.

57. Laon 371 bis fol. 84ra.

58. Leipzig 986 fol. 5 va.

inhonestum oder impossibile oder nicht naturgemäß, oder unnützlich ist, von vornherein nicht gültig ist. Dagegen hält er ein ungerechtes Gesetz für wirksam, dem man gehorchen muß. Ein nicht den lokalen Gewohnheiten entsprechendes Gesetz ist zwar gültig, aber es würde bald wieder durch gegenteiliges Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt: "... et habemus hic quod ysidorus facit differentiam inter honestum et iustum. et hoc facit etiam lex. nam si arbiter inhonestum precipiat, nullum est eius arbitrium... si tamen sententia arbitri sit iniusta, tenet... etiam lex dicit quod impossibile preceptum iudicis nullius est momenti... quia si iudex talem sententiam precipiat cui per rerum naturam pareri non potest, non viget... set esto quod dominus papa condat aliquem canonem contrarium consuetudini illius patrie, dicemusne quod non valet? ... tenet, set postmodum bene abrogatur, si sit contra assuetos actus... si sit inutilis et onerosa, non valet, immo est exsuflanda"⁵⁹.

Johannes Teutonicus macht bei seinem Kommentar zu D. 4 c. 2 nur folgende zwei eindeutige Bemerkungen: "iusta, aliter enim non est ius, nisi sit iustum... utilis, quia inutilis esset abicienda". Die Dekretalisten befassen sich wegen ihrer andersartigen Quellentexte nicht systematisch mit der hier interessierenden Fragestellung.

Thomas von Aquin, welcher als Repräsentant des Scholastik wenigstens kurz behandelt werden soll, sagt allgemein und grundsätzlich zum menschlichen Gesetz: "Omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio"⁶⁰. Die Eigenschaften des Gesetzes beschreibt er im Anschluß an Isidor, führt allerdings die genannten Eigenschaften wieder im Anschluß an Isidor auf drei Grundprinzipien zurück: "quod religioni congruat, in quantum scilicet est proportionata legi divinae; quod disciplinae conveniat, in quantum est proportionata legi naturae; quod saluti proficiat, in quantum est proportionata utilitati humanae. Et ad haec tria omnes aliae conditiones quas postea ponit, reducuntur"⁶¹.

Die Frage der Geltung eines Gesetzes, das nicht den genannten Voraussetzungen entspricht, untersucht Thomas nur unter dem moraltheo-

59. E. M. DE GROOT, *Doctrina de iure naturali et positivo humano in Summa Bambergensi* (DD. 1-20) (Druten 1970), s. 19*f.

60. *S. Tb.*, I-II, q. 95, a. 2.

61. *S. Tb.*, I-II, q. 95, a. 3.

gischen Aspekt seiner Verpflichtung im Gewissen. Thomas nimmt den Begriff der *iustitia* als Oberbegriff. Wenn ein Gesetz nicht gerecht ist im Blick auf das menschliche Wohl, dann verpflichtet es nicht im Gewissen zur Beachtung, höchstens insoweit, als Ärgernis oder Verwirrung verhütet werden muß. Würde es aber gegen Gott oder das göttliche Gesetz verstoßen, etwa den Aberglauben befehlen, dann dürfte man es in keiner Weise befolgen⁶². Er sagt also nicht, wie manche Kanonisten, daß das Gesetz nicht gelten würde, sondern nur, daß es nicht verpflichtet. Er hat primär den (moral) theologischen Aspekt im Auge, nicht den juristischen.

2. Rangordnung der Gesetze und Gesetzgebungsrecht des Papstes.

Während im frühen Mittelalter hinsichtlich der kirchlichen Gesetzgebung das Übergewicht eindeutig bei der Tradition lag und das neue Recht wesentlich Auslegung und Anwendung des tradierten Rechtes war, kommt seit den Reformpäpsten des 11. Jahrhunderts die Autorität des Papstes und seine Vollmacht zur Rechtsetzung stärker in den Blick⁶³. Während in Satz 7 des *Dictatus papae* die alleinige Kompetenz des Papstes zur Schaffung notwendiger neuer Gesetze zum Ausdruck kommt: "Quod illi soli licet pro necessitate temporum novas leges condere...", vergrößert der sog. *Dictatus* von Avranche gegen Ende des 11. Jahrhunderts den päpstlichen Spielraum zur Schaffung neuen Rechts, da er von der "necessitas" absieht: "Omni tempore licet ei nova decreta constituere et vetera temperare"⁶⁴. *Gratian* stellt die Dekretalen der Päpste auf die gleiche Stufe wie die *Canones* der (allgemeinen) Konzilien, wenn er schreibt: "Decretales itaque epistolae canonibus conciliorum pari iure exequantur" (D. 20 pr.). Diese Wertung kommt an vielen Stellen des Dekrets zum Tragen, kann jedoch hier nicht im einzelnen nachgewiesen werden.

Die Rangordnung der Rechte und Gesetzgeber wird im Anschluß an verschiedene Stellen des Dekrets von der *Summa Coloniensis* in folgender Reihenfolge aufgestellt: "locum primum obtineat legis et euangeliū continentia, dehinc apostolorum scripta, tunc iiii. memorata concilia, post hec alia uniuersalia, dein comprouincialia, demum scripta orthodoxorum pa-

62. *S. Th.*, I-II, q. 96, a. 4.

63. Siehe besonders die erwähnten Studien von Klinkenberg und Gagner.

64. Zitiert nach Klinkenberg, s. 174. Dort weitere Belege.

trum⁶⁵. Der erste "Auctor canonum Christus est qui... primus hunc primum canonem promulgavit: 'Quodcumque ligaueris super terram erit ligatum et in celis'⁶⁶.

Die Autorität der vier ersten Konzilien ragt über die der anderen Konzilien hinaus, da sie "superlatiuam habent potestatem". Genau wie die vier Evangelien eine ganz besondere Bedeutung haben, können auch die Beschlüsse der vier ersten Konzilien nicht geändert werden, auch nicht durch den Papst: "Que nullo dispensationis colore uel mutare uel mutilare nec ad unum iota sancta Romana ecclesia preualet"⁶⁷. Im übrigen können die Päpste kraft ihrer Vollgewalt neue Canones erlassen oder andere abschaffen, "dum tamen in his omnibus nichil contra fidem presumant uel in quo uniuersalem ecclesiam offendant"⁶⁸.

Nach *Rufin* können Bestimmungen wie die des Nicaenums, weil sie durch die höchste allgemeine Autorität promulgiert wurden und durch die weltweite Verbreitung ein geheiligtes Ansehen haben, weder durch den Papst noch durch Nichtbeachtung seitens der Gläubigen außer Kraft gesetzt werden: "Statuta, que pro omnium ecclesiarum statu conservando plena auctoritate sunt promulgata et totius pene mundi iam consecrata reuerentia, sicut canones Niceni et his similes... neque auctoritate apostolici neque more utentium aliter valent evacuari"⁶⁹.

Auch *Huguccio* sieht das Gesetzgebungs- (und Dispens-)recht des Papstes eingeschränkt durch die Evangelien, die Glaubensartikel und die Canones, welche sich auf die Verfassung der Kirche beziehen: "... in his que pertinent ad salutem, ut in evangelio, lege pe., prophetis continetur, immutare non possit. Item in his que statum ecclesie respiciunt, ut in sacramentis, in articulis fidei, dispensare non potest. Sed multa sunt statuta fideliter que immutare potest"⁷⁰. Wie die von Post angeführten Texte zeigen, war es opinio communis, daß weder der Papst noch das Konzil

65. I 52, Ausg. FRANSEN-KUTTNER, a.a.O., s. 15.

66. I 43, Ausg. FRANSEN-KUTTNER, a.a.O., s. 13.

67. *Summa Coloniensis*, I, 51, Ausg. FRANSEN-KUTTNER, a.a.O., s. 15.

68. *Summa Coloniensis*, I, 99, Ausg. FRANSEN-KUTTNER, a.a.O., s. 34f.

69. D. 4 v. *Officium*, Ausg. SINGER, a.a.O., s. 13f.

70. Zu C. 25 q. 1 c. 6, zitiert nach G. POST, *Copyists' Errors and the Problem of Papal Dispensations Contra Statutum Generale Ecclesiae or Contra Statum Generalem Ecclesiae According to the Decretists and Decretalists Ca. 1150-1234*, «*Studia Gratiana*», 9 (1966), s. 372. In diesem wertvollen Aufsatz (s. 357-403) führt Post zahlreiche Belege für die Ansicht an, daß der Papst nichts gegen den «status ecclesiae» verfügen könne. Viele Kopisten haben

etwas gegen den "status ecclesiae" verfügen können, wobei die Umschreibung dieser unveränderlichen Verfassung der Kirche nicht ganz einheitlich war.

Die *Summa Parisiensis* vermerkt z.B. anlässlich mancher frühkirchlicher Streitigkeiten, daß die Dekretalen der Päpste anzunehmen sind, wenn sie sich nicht gegen die Evangelien oder gegen die allgemein verbindlichen Anordnungen der Vorgänger und der Nachfolger(!) richten, wobei als Beispiel für einen solchen allgemeinen, unveränderlichen Grundsatz die Bestimmung angeführt wird, daß keiner, der wissentlich von einem Exkommunizierten die Weihe erhalten hat, als Geweihter anerkannt und in den Klerus aufgenommen werden darf: "Quod generaliter sunt decretales epistolae recipiendae nisi sint contra evangelium, vel contra generalem institutionem praecedentium et subsequantium... Generale est ut nullus ordinatus scienter ab excommunicato recipiatur in ordinem contra quod fecerat iste per hanc quae sequitur epistolam. Unde ipsa epistola reprobata est"⁷¹. Obwohl für diese Auffassung noch zahlreiche Belege angeführt werden könnten, soll es mit den bisher zitierten sein Bewenden haben.

3. Päpstliche Gesetzgebung und Konsensrecht des Volkes.

Hier braucht im wesentlichen nur kurz resümiert werden, was *L. De Luca* in seiner eingangs erwähnten sorgfältigen Untersuchung zum Problem erhoben hat. Ausgang dieser Überlegungen war und ist das Dictum Gratians D. 4 p.c. 3: "Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur". Nach *Gratian* ist die formale Seite der Gesetzgebung mit der Promulgation eines Gesetzes erfüllt, das Gesetz tritt damit ins Leben und verpflichtet alle Untergebenen. Jetzt muß gemäß dem Gesetz geurteilt werden; es ist nicht mehr erlaubt, über es zu urteilen oder es zu ignorieren (D. 4 p.c. 2). Aber trotzdem weiß *Gratian*, daß infolge der Verflochtenheit der Gesetze mit der praktischen Übung die Wirksamkeit der Gesetze davon abhängig ist, ob und wie sie befolgt werden oder nicht. Wenn die

allerdings öfters «statutum» statt «statum» geschrieben, wie sich der Verfasser auch selbst in der Hs. Vat. lat. 2280 überzeugen konnte. In der Hs. Vat. lat. 2280 fol. 254 va ist der Text besser. Das «pe.» fehlt und statt fideliter heißt es richtig: sententialiter.

71. D. 19 p. c. 7 v. *Hoc autem*, Ausg. McLAUGHLIN, a.a.O., s. 19.

Gesetze die Situation treffen und auch tatsächlich befolgt werden, so werden sie dadurch immer effektiver, während sie im anderen Fall durch Nichtübung, durch *desuetudo* ihre Wirksamkeit einbüßen und außer Kraft gesetzt werden, wie die Beispiele in D. 4 cc. 4-6 erhärten sollen⁷².

Manche Dekretisten nehmen nicht direkt zu den damit angesprochenen Fragen Stellung, andere erklären ausdrücklich, daß mit der Promulgation eines Gesetzes es die Untergebenen verpflichtet. Vielfach wird ausdrücklich auf die Aussage des römischen Rechts verwiesen: "Quod principi placuit, legis habet vigorem"⁷³. *Sicard von Cremona* sagt z.B. lapidar: "Leges instituuntur in concilio, promulgantur in consistorio, confirmantur in approbato"⁷⁴ Die *Summa Monacensis* schreibt ziemlich ausführlich und deutlich folgendes: "De legibus instituendis iudicare licet sed non de iam institutis... Arguitur preterea quomodo moribus utentium lex aut decretum confirmaretur cum ipso iure omnes etiam inuitos teneat cum a summo principe semel fuerit institutum. Nam quod principi placet legis habet vigorem... Nulla est quaestio tunc instituuntur cum promulgantur"⁷⁵.

Huguccio erörtert das Problem wieder in gewohnt sorgfältiger und ausführlicher Weise. Diskutiert kann über das Gesetz nur vor seiner Promulgation werden, aber nachdem es unter gemeinsamer Beratung und Zustimmung approbiert worden ist, darf und kann es nicht mehr verworfen werden. Die geforderte Zustimmung geht also dem Erlaß des Gesetzes voraus und bezieht sich nur auf die Ratgeber des Papstes, die Kardinäle: "Cum promulgentur in consistorio domini pape uel imperatoris possunt alii contradicere. Multa enim consilii moderatione et patientie maturitate debet discuti et decoqui in consistorio apostolici uel imperatoris lex ante constitutionem... Set postquam connumi consilio et assensu fuerint recepte et approbate, non possunt uel illi, id est clerici, uel isti, id est collaterales principis contradicere uel de ipsis iudicare"⁷⁶. Das Volk ist zu zwingen, daß es den vom Papste erlassenen Gesetzen gehorcht, da der Papst die volle Gewalt in sich vereinigt. Allerdings schränkt *Huguccio* den auszuübenden Zwang auf die Fälle ein, wenn sich das Volk vom Glauben entfernen will. Was die Zustimmung seiner Berater, besonders der Kardinäle

72. DE LUCA, a.a.O., s. 272-276.

73. Dig. 1. 4. 1. pr.; Inst. 1. 2. 6.

74. Zu D. 4 c. 2, Rouen 710 fol. 2ra.

75. Clm 16084 fol. 2va.

76. D. 4 c. 3 v. *secundum ipsas*. Vat. lat. 2280 fol. 4vb.

angeht, so soll der Papst sich um sie bemühen und er darf nicht ohne sie handeln; aber wenn sein Erlaß nicht gegen die Vernunft oder gegen die Schriften des Alten oder Neuen Testaments verstößt, so müssen trotzdem alle seinen Erlassen Folge leisten: "Set nonne clerus uel populus posset compelli ut impleret quod papa uel princeps uult, cum papa habeat plenitudinem potestatis et omnis potestas sit in principe collata? Credo quod posset si a ratione uel fide uellet deuiare..., alias non deberet. Jtem posset papa preter uel contra uoluntatem suorum cardinalium aliquid constituere...? Respondeo non deberet, si eorum consensum posset habere, alias potest, dummodo non sit contrarium rationi uel ueteri uel nouo testamento. Set quicquid dicatur: si sic aliquid quod sit iustum constitutum ratum erit et alii tenebuntur obedire"⁷⁷.

Auch *Laurentius Hispanus* ist der Meinung, daß zwar das Volk die Vollmacht (zur Gesetzgebung) dem Kaiser wegnehmen könne, aber alle Kirchen zusammen könnten diese Vollmacht nicht dem Papst streitig machen, da die Einzelkirchen vom Papst ihre Autorität herleiten: "Credo quod populus possit auferre auctoritatem imperatoris, set omnes ecclesie non possent pape cum ab eo habeant"⁷⁸. Hinsichtlich der Verpflichtungskraft der Gesetze unterscheidet Laurentius zwischen einer firmitas de iure und einer firmitas de facto. Nur letztere wird durch die tatsächliche Übung und Beobachtung beeinflußt. Die erste stammt allein vom Gesetzgebungsakt des Gesetzgebers⁷⁹. Diese Unterscheidung des Laurentius übernehmen *Guido von Baysio* in seinem Rosarium und zahlreiche spätere Autoren⁸⁰.

Hostiensis vertritt in seiner umfangreichen *Lectura* die Meinung, daß die Beachtung oder Nichtbeachtung durch die Gesetzesuntergebenen nur bei einfachen Gesetzen auf ihre Geltungskraft einen Einfluß hat, während die *leges praeceptoriae*, die einen Befehl enthalten, nicht vom Willen der Untergebenen abhängen können⁸¹. Die gleiche Unterscheidung wendet *Jo-*

77. D. 4. p. c. 3 v. *confirmantur*. Vat. lat. 2280 fol. 5ra.

78. D. 2 c. 1 v. *plebibus*: Bibl. Vat. Pal. 658 fol. 1va.

79. Aus der Glosse zu D. 4 c. 3 v. *utentium*, Reg. lat. 977, fol. 1vb: «...uel dic, confirmate de facto, nam de iure firmate sunt ex ipsa institutione». Zitiert nach GANZER, a.a.O., s. 181 a. 64. In den beiden Hss. Paris, B. N. 15393 und Salzburg a. XII. 9 fehlt diese Glosse.

80. Siehe bei DE LUCA, a.a.O., S. 212f. mit A. 36 und 37 zahlreiche weitere Belege hierfür.

81. *Lectura* X 1. 34. 1. 9, Venedig 1581 (Torino 1965) 176A: «Nec obstat iiii. di. § *leges cum suis concord.*, quia illa iura intelligenda sunt in illis statutis siue legibus, que non sunt praeceptoriae, sed simplices... et iunge hoc in summa eodem tit. § quot sunt

bannes Andreae an, wenn er die Übertretung eines gebietenden Gesetzes als eine schwere Sünde ansieht: "Nota quod venire contra canones, vel eis non obedire, est mortale... quod sit verum in statutis praeceptoribus"⁸².

Matthaeus Romanus, ein Schüler des Guido de Baysio und Johannes Andreae, vertritt im Gegensatz zur allgemeinen Auffassung die These, daß auch die Aufnahme durch die Gesetzesuntertanen zur Gültigkeit eines Gesetzes gehört: "No. quod ad esse constitutionum tria sunt necessaria. primo quod instituantur seu condantur. secundo quod promulgentur. tertio quod moribus utentium approbentur, et si aliquid istorum deficit non potest dici constitutio. IIII di. S. leges"⁸³. Die (dauernde) Bestätigung des Gesetzes durch seine Befolgung ist also für das Gesetz (nur in seinem Bestande?) ein Konstitutivum. An anderer Stelle macht Matthaeus jedoch davon Abstriche und läßt den Eintritt einer vom Gesetz angedrohten Strafe nicht vom Willen der Untergebenen abhängig sein: "Non credo quod abusus seu inobedientia subditorum tollere possint penam statutam et inflictam a iure cum ipso facto incidant in factum iam dampnatum et tales subditi ligantur pena iuris"⁸⁴.

Eine eigene Interpretation der genannten Stelle Gratians trägt *Dominicus de S. Geminiano* (+1436) vor, der einerseits ein Gesetzgebungsrecht des Volkes ablehnt, andererseits aber doch der Annahme eines Gesetzes durch das Volk rechtliche Bedeutung beimißt. Nach ihm erläßt der Gesetzgeber ein Gesetz allgemein nur unter der Bedingung: "si moribus utentium approbatur"⁸⁵.

Die gleiche Meinung wie Matthaeus vertritt auch *Nikolaus von Kues*, der in seiner *Concordantia catholica* (1433/34) die Annahme durch den *usus populi* als eine der drei wesentlichen Komponenten für die Gültigkeit eines Gesetzes anführt: "potestas in statuente, approbatio statuti per usum et eiusdem publicatio"⁸⁶. Viele Gesetze haben nie eine Aufnahme ge-

species, in fin. ver. secutus fui communem opinionem». Vgl. die Ausg. der Summa Lyon 1537 (Aalen 1962) fol. 59va.

82. *Novella commentaria* 1. 33 (*De maiori et obedientia*) 2 n. 7, Ausg. Venedig 1581 (Torino 1963) fol. 263rb.

83. Aus dem Vorwort zu seinem *Apparatus super Clementinis*, zitiert nach DE LUCA, a.a.O., s. 201 a. 6.

84. Zitiert nach DE LUCA, a.a.O., s. 201 a. 6.

85. Die Belege hierfür bietet GANZER, a.a.O., s. 184.

86. *Conc. cath.* II 11, Ausg. Kallen s. 141. Dort heißt es weiterhin: «Non sufficit quod sit publice promulgatum, sed oportet quod acceptetur et per usum approbatur». Zitiert nach GANZER, a.a.O., s. 173.

funden, obwohl sie erlassen waren. Nikolaus sagt sogar, daß dieses Konsensrecht des Volkes im göttlichen und natürlichen Recht verankert sei. Nikolaus stützt sich bei seiner Begründung mehrmals auf das Dictum Gratians D. 4 p. c. 3. Ist allerdings ein Gesetz auf einem Konzil erlassen worden, so hat die auf ihm repräsentierte *ecclesia universalis* damit schon das Gesetz gebilligt und es trägt bereits die *acceptatio* und *confirmatio* in sich. Nach dieser konziliaristischen Lehre kann einer allein keine kirchlichen Gesetze erlassen: “Non potest unus recte ecclesiasticos canones edere”⁸⁷. Diesen konziliaristischen Standpunkt, für den keine weiteren Belege geboten werden brauchen, hat Nikolaus von Kues später selbst nicht mehr vertreten.

4. *Das Gewohnheitsrecht.*

Dem Gewohnheitsrecht schreibt *Gratian* zunächst einen sehr hohen Stellenwert zu, da er es auf die gleiche Ebene wie das Gesetzesrecht stellt. In seinem Dictum D. 1 p. c. 5 nimmt er die *consuetudo* sogar als den Oberbegriff und sagt: “*Consuetudo partim est redacta in scriptis, partim moribus tantum utentium est reseruata*”. Diese Hochschätzung des Gewohnheitsrechts hängt mit Gratians Sicht der historischen Entwicklung des Rechts zusammen, wie er sie in D. 6. p. c. 3 beschreibt. Wie schon gezeigt wurde, schreibt *Gratian* einer Gewohnheit auch die Kraft zu, ein Gesetz abzuschaffen (D. 4 p. c. 3 und p. c. 6), wenn er auch noch eine andere Erklärungsmöglichkeit anbietet, daß es sich bei den abgeschafften bzw. nicht rezipierten Gesetzen nur um Ermahnungen handelte, die nicht unbedingt verpflichten (“*exhortando conscripta*” D. 4 p. c. 6). In den *Distinctiones* 11 und 12 schreibt er allerdings der *consuetudo contra legem* keine gesetzesändernde Kraft mehr zu, da sie nur dann zu beachten sei, wenn sie weder den *canones* noch den *leges* widerstreite: “*Cum uero nec sacris canonibus, nec humanis legibus consuetudo obuiare monstratur, inconcussa seruanda est*” (D. 11 p. c. 4).

Über die differenzierte Bewertung der verschiedenartigen Gewohnheiten bei den Dekretisten sei eine große, sehr weit verbreitete Glosse des *Johannes Faventinus* im wesentlichen zitiert, die alle zu seiner Zeit erörterten Möglichkeiten enthält und von der sich viele Elemente in den zeitgenössischen Werken finden:

87. Conc. cath. II 14, Ausg. Kallen s. 165, zitiert nach GANZER, a.a.O., s. 174

“Est consuetudo specialis, est generalis, est generalissima. Hec quasi canon seruanda est et legi si qua occurrit preiudicat, quoniam ab apostolis uel plen(ari)is conciliis intelligitur tradita ut di.xii.c.Izza (c. 11). Hoc ita nisi manifestum sit eam per errorem fuisse introductam, quo casu et si legi non preferatur, quandoque tamen propter scandalum tolleratur ut di.iiii. Denique (c. 6).

Generalis uero quandoque habet originem ex causis rationabilibus et traditione maiorum, quandoque ex incerto euentu rerum, aliquando per errorem est introducta, quo casu legis ratione uincitur et absque lege reicitur... Quandoque habet originem ex incerto euentu rerum: si legi contradicit exsufflatur, si consentit honoratur, si legem non contingit uel excedit obseruatur, dummodo religioni et honestati non offitiat... Jtem cum generalis consuetudo oritur ex rationabilibus causis uel traditione maiorum dummodo legi non contradicat et transgressio (non) imputatur, pro lege seruatur. Si uero legi contradicit preiudicat illi in casibus olim solo populi contrario usu..., hodie uero nisi consuetudini princeps consentiat uel quantum ad canones pertinet summus pontifex; sic enim plures canones sunt abrogati ut s.di.iiii.

Specialis consuetudo loci uel regionis si per errorem introducta sit nullius momenti est. Si ex certa scientia auctorizabilis est... Hec et si non abroget legem, quandoque tamen derogat... Si legem non contingat refert utrum introducta sit ex certa scientia et rationabili causa uel ex incerto euentu rerum. Hoc casu quid iuris sit supra diximus, secundo liberam habet obseruationem; pro societate tamen eorum inter quos uiuitur est obseruanda ut di.xii. Jlla (c. 11), nisi pondere utilitatis careat quo casu tamquam honerosa reicitur ut di.xii. Omnia (c. 12). Jo⁸⁸.

Johannes Faventinus unterscheidet zwischen einer allgemeinen und einer ganz allgemeinen Gewohnheit (generalissima), wobei er nur der letzteren grundsätzlich vor dem geschriebenen Gesetz den Vorzug gibt, allerdings auch da nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht auf irrigen Annahmen beruht. In diesem Fall könnte sie nur toleriert werden. Normalerweise darf aber angenommen werden, daß eine ganz allgemeine Ge-

88. D. 11 pr., zitiert nach Salzburg a XII. 9 fol. 11r und Gnesen 28 fol. 4r. Sie steht ferner in folgenden Hss.: Arras 500, Berlin, Phill. 1742, London B. M. Stowe 378, München lat. 28175, Paris B. N. lat. 3888, 3903, 3905B, 14317, Trier 906, Trier Seminarbibl. 8, Vatikanbibl. lat. 2494, Wolfenbüttel, Helmst. 33.

wohnheit auf die älteste Überlieferung der Kirche zurückgeht, entweder auf die Apostel oder auf ein allgemeines Konzil.

Bei der Wirksamkeit der allgemeinen Gewohnheit (*generalis*) unterscheidet Johannes genauer je nach den Voraussetzungen, auf welchen sie beruht. Falls eine solche Gewohnheit auf irrigen Voraussetzungen beruht, braucht sie nicht beachtet zu werden. Sie hat keinen vernünftigen Grund und das reine Faktum einer Gewohnheit verpflichtet niemanden. Ist der Entstehungsgrund einer Gewohnheit nicht mehr bekannt, so muß sie beachtet werden, falls sie dem Gesetz entsprechend ist, sie kann beachtet werden, wenn sie das Gesetz nicht berührt und einen ehrenhaften Inhalt hat. Entspringt eine solche Gewohnheit dagegen vernünftigen Gründen oder der Überlieferung der Alten (Vorväter), so ist sie wie ein Gesetz zu beachten, falls sie nicht selbst im Widerspruch zu einem Gesetz steht, andernfalls erlangt sie jetzt nur dann gesetzliche Kraft, wenn der oberste Gesetzgeber (für den Bereich des weltlichen Rechts ist das der Kaiser bzw. König, für die Kirche der Papst) zustimmt. Bei den partikularrechtlichen Gewohnheiten wird wieder genau unterschieden je nach den Entstehungsgründen, ihrer Nützlichkeit und ihrem Verhältnis zu dem geschriebenen Gesetz.

Mit Johannes Faventinus sind fast alle Kanonisten der Meinung, daß eine Gewohnheit im kirchlichen Bereich letztlich nur durch die Zustimmung des Gesetzgebers ein Gesetz außer Kraft setzen kann. Wie *Huguccio* und viele andere ausführen, kann diese Zustimmung aber auch einschlußweise gegeben werden. Wenn der Papst von einer *consuetudo contra legem* Kenntnis erlangt und nichts dagegen unternimmt, stimmt er damit stillschweigend dieser Gewohnheit zu und auf Grund dieser Zustimmung erhält die Gewohnheit Gesetzeskraft: "Sicut sine auctoritate pape non possunt constitui ita nec irritari, set interueniente consensu istius uel illius uel leges et canones possunt abrogari contraria consuetudine; consensu dico expresso uel tacito, quia hoc quod papa uel imperator scit contrariam consuetudinem esse et non reprobat, tacito consensu uidetur eam confirmare"⁸⁹. *Johannes Teutonicus* ist in der Glossa ordinaria zu D. 4 p. c. 3 v. abrogatae der Meinung, daß der Papst ausdrücklich seine Zustimmung zu einer *consuetudo contra legem* geben müsse, zitiert aber auch die Meinung anderer, welche sich mit dem Wissen des Papstes begnügen. *Bartholomäus*

89. D. 4 p. c. 3 v. *abrogate*, Vat. lat. 2280 fol. 5ra.

Brixienensis ergänzt an dieser Stelle die Glosse mit dem Hinweis, daß eine "consuetudo rationabilis et praescripta tollit leges... etiam sine scientia principis".

Benencasa bietet uns in seinen *Casus* ein sprechendes Beispiel für eine lokale *consuetudo contra legem*, die ohne direkte päpstliche Zustimmung ein allgemeines Gesetz ausser Kraft setzte, wenn er zu D.11 c.6 unter anderem folgendes schreibt: "Potest legi capitulum totum de particulari que licet in uno (loco) ualeat, tamen non ideo uincit legem in omni alio loco, uerbi gratia: Bononie est consuetudo quod sponsa traducta et cognita a secundo sponso cum eo remanet. Hec consuetudo licet derogat canoni Bononie, non tamen uincit legem in omni alio loco, immo cogitur ad primum redire si uult illam accipere, sin autem remanebit inupta"⁹⁰. Diese Aussage ist für das Verhältnis von lokaler Gewohnheit und Lehre der Kanonisten zur neuen päpstlichen Gesetzgebung bezeichnend. Unter Berufung auf das eigene Gewohnheitsrecht wird eine andersartige päpstliche Bestimmung mit grundsätzlicher Bedeutung einfach nicht rezipiert, und das noch in der Zeit nach Huguccio!

Ohne noch viele weitere Zeugnisse für die Wirksamkeit der *consuetudines* zu bringen⁹¹, sei hier abschließend noch die der Gewohnheit besonders zugetane Haltung des Glossenapparates "*Animal est substantia*" referiert. Da alle Gesetze zum allgemeinen Wohl gegeben sind, eine *consuetudo* aber Ausdruck des allgemeinen Wohles ist, so entspricht eigentlich jede Gewohnheit dem Ziel des Gesetzes: "Dicendum est quod omnes leges pro communi utilitate facte sunt. unde si aliquid fiat contra legem, fit quidem contra uerba legis set non contra uoluntatem legis, cum lex uelit quod fiat communis omnium utilitas. unde ualet illud factum. Et licet sit factum contra uerba legis, non tamen contra uoluntatem legis, nec in hoc casu, si recte inspiciatur, debet dici lex uinci, cum ipsa uelit se uinci in hoc casu pro communi utilitate. bene enim inuenitur quod duo contraria ad idem tendant, scilicet ad eundem finem"⁹². Je nach Art der *consuetudo*

90. Madrid, Bibl. Nac. 2221 fol. 3va; der gleiche Text ist auch (etwas verkürzt) in der Hs. Madrid, Bibl. Nac. 251 fol. 6rb enthalten. Er gehört zu der von Garcia bei der Beschreibung dieser Handschrift in *Studia Gratiana VIII* S. 167 an letzter Stelle genannten Glosenschicht f), die tatsächlich nur Auszüge aus den *Casus* des *Benencasa* enthält.

91. Siehe bei DE LUCA, a.a.O., s. 226ff. zahlreiche Belege, auch über die Bewertung einer «non obseruantia legis».

92. Ausg. DE GROOT, a.a.O., s. 51*f. zu D. 11 pr.

kann eine kürzere oder längere Zeit sie zum Recht erstarken lassen. Im Einzelfall ist es daher Aufgabe eines guten Richters das amtlich festzustellen: "Dicendum est quod bonus iudex ex negotiorum genere debet estimare pro quanto aliquid debeat dici consuetudo"⁹³. So ist nach den mittelalterlichen Autoren Ziel sowohl des Gesetzes wie der Gewohnheit die Förderung des Allgemeinwohls, dem alles Recht dienen soll und muß.

93. D. 11 pr., Ausg. DE GROOT, a.a.O., s. 52*.