

RECHTSTHEORIE

Beiheft 8

**Juristische Logik,
Rationalität und Irrationalität im Recht**

Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law

Herausgegeben von / Edited by

**André-Jean Arnaud / Risto Hilpinen
Jerzy Wróblewski**

Vorwort von / Preface by

Roberto J. Vernengo



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht

Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law

IVR

11. Weltkongreß / 11th World Congress

Helsinki 1983

Verhandlungen / Proceedings

Beirat der Herausgeber / Editorial Board

Georg Henrik von Wright (Finnland), Erster Vorsitzender

Werner Krawietz (Bundesrepublik Deutschland), Zweiter Vorsitzender

Aulis Aarnio (Finnland) / Junichi Aomi (Japan) / Hendrik Philipp Visser't
Hooft (Niederlande) / Hermann Klenner (Deutsche Demokratische Republik) /
Adam Łopatka (Polen) / Nicolás López Calera (Spanien) / Werner Maihofer
(Bundesrepublik Deutschland) / Rex Martin (Vereinigte Staaten von Amerika) /
Evangelos Moutsopoulos (Griechenland) / Enrico Pattaro (Italien) / Vilmos
Peschka (Ungarn) / Aleksander Peczenik (Schweden) / Tércio Sampaio Ferraz
Jr. (Brasilien) / Gyan Sharma (Indien) / Guido Soaje Ramos (Argentinien) /
Alice Erh-Soon Tay (Australien) / François Terré (Frankreich) / Ota Wein-
berger (Österreich) / Carl Wellman (Vereinigte Staaten von Amerika) /
Roberto J. Vernengo (Argentinien) / Enrique Zuleta Puceiro (Argentinien) /
Mitsukuni Yasaki (Japan)

RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts

Beiheft 8

**Juristische Logik,
Rationalität und Irrationalität im Recht**

Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law

Herausgegeben von / Edited by

**André-Jean Arnaud / Risto Hilpinen
Jerzy Wróblewski**

Vorwort von / Preface by

Roberto J. Vernengo



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Zitiervorschlag:

Jean-Louis Gardies, *Logique Formelle et Raisonnement Juridique*,
in: RECHTSTHEORIE Beiheft 8 (1985), S. 3 - 20

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im

Recht: [(Helsinki 1983)] = Juristic logic, rationality
and irrationality in law / hrsg. von André-Jean
Arnaud . . . Vorw. von Roberto J. Vernengo. — Berlin:
Duncker und Humblot, 1985.

(Rechtstheorie: Beiheft; 8) (. . . Weltkongress /
IVR; 11)

ISBN 3-428-05866-6

NE: Arnaud, André-Jean [Hrsg.]; Rechtstheorie / Beiheft;
International Association for the Philosophy of Law
and Social Philosophy: . . . Weltkongress; PT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3-428-05866-6

Vorwort

I.

Dieser Band enthält eine Reihe von Beiträgen, die anlässlich des XI. Weltkongresses der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in Helsinki im Jahre 1983 erstattet wurden. Die Abhandlungen beziehen sich sämtlich auf die Problematik der juristischen Logik und auf die Formen der Rationalität im Recht. Sie werden hier in drei Gruppen vorgestellt. Zur ersten — Logik im Dienste des Rechts — gehören nicht nur die Arbeiten, die sich auf die spezifisch technischen Probleme der normativen oder deontischen Logik beziehen, sondern auch diejenigen Beiträge, welche die Problematik einer Anwendung der Entwicklungen der gegenwärtigen Logiken in der heutigen Rechtswissenschaft untersuchen, sowie auch diejenigen, die zu diesen Logiken als einem Mittel für die Analyse der Probleme einer allgemeinen Rechtslehre greifen. Die Arbeiten der zweiten Gruppe — Grundlagen und Grenzen der Rationalität im Rechtsdenken — beschäftigen sich mit einem viel weiteren Bereich, dessen Problematik man als die epistemologischen Grundlagen der logischen Untersuchungen normativer Systeme bezeichnen kann. Die Beiträge des dritten Abschnitts behandeln ein Thema von größter Wichtigkeit für die politischen und ethischen Theorien unserer Zeit: Menschenrechte und einige ihrer Äußerungen, wie die des zivilen Ungehorsams. Hier gewinnt die Frage der Rationalität eine sehr konkrete Bedeutung.

Die redaktionelle Bearbeitung des vorliegenden Bandes wurde von seiten der Finnischen Kulturstiftung und der Finnischen Stiftung für ökonomische Erziehung finanziell unterstützt. Bei der laufenden Redaktionsarbeit hat Herr Jyrki Uusitalo, Universität Helsinki, wertvolle technische Dienste geleistet. Ich danke Herrn Uusitalo — auch namens der Herausgeber und ihres Beirats — für die aufopferungsvolle und unermüdliche Hilfe, die er bis hin zur Drucklegung und bei der Überwachung der Korrekturarbeiten geleistet hat.

Die folgenden Beiträge in diesem Band wurden im Kongreß als Hauptreferate/Korreferate einzelner Arbeitssitzungen gehalten: die Beiträge von *Gardies / Schreiner* in der Sitzung „Formale Logik und rechtliches Denken“, die Beiträge von *Frändberg / Ziemiński* in der Sitzung „Rationalität in der Gesetzgebung“, die Beiträge von *MacCormick / Dreier* in der Sitzung „Die Grenzen der Rationalität im Rechts-

denken“, der Beitrag von *Bayles* als Hauptreferat ohne Korreferat in der Sitzung „Die gegenwärtige Bedeutung der Menschenrechte“ und die Beiträge von *Tranøy / Eriksson* in der Sitzung „Ziviler Ungehorsam“.

Die in den interessanten Beiträgen zu diesem Band behandelte Thematik bewegt mich zu einigen allgemeinen Überlegungen zur Rolle der verschiedenen logischen Systeme und ihrer Problematik mit Bezug auf die Rationalität im Rechtsdenken der Gegenwart, bevor ich mich mit dem Inhalt einiger der hier zusammengestellten Arbeiten beschäftige, die ich besonders hervorheben möchte.

Die Beziehung zwischen dem juristischen Denken, sei es das operative der Rechtsorgane oder das theoretische der Rechtswissenschaften, und den logischen Systemen steht unter einer schon traditionellen Doppeldeutigkeit und Spannung. Einerseits betrachtet man das seit Jahrhunderten den Rechtsentscheidungen zugrunde liegende Denken, auf dem auch das Schlußfolgern des theoretischen Juristen basiert, als ein Paradigma rigoroser Logik, andererseits erblickt man darin eindeutige Beispiele flagranter Irrationalität.

Es ist auch wahr, daß die logischen Bereiche der Rechtswissenschaften und des juristischen Entscheidens im größten Teil der Fachliteratur sehr ungenau bezeichnet waren, so daß die Analyse der logischen Systeme und des Rechtsdenkens einerseits sowie die kritischen Betrachtungen in bezug auf diese Probleme andererseits dieselben Unklarheiten aufwiesen. Man denke zum Beispiel nur an die diesbezügliche Ungenauigkeit bei Theoretikern von so großer Bedeutung, wie *Ihering* oder *Gény* am Anfang unseres Jahrhunderts oder bei einer uns näher liegenden Generation, wie bei *Kelsen* vor 1960. Der eigene Bereich der Logik oder Logiken wird nur spärlich festgelegt, im besten Falle in bezug auf eine philosophische Tradition, in der die Entwicklungen der Logik — wenigstens seit *Frege* — unbekannt waren.

So beruht für den *Kelsen* der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ die Logik auf den schon stark veralteten und überholten Texten von *Sigwart*, *Lotze* und anderen nicht so bedeutenden Autoren des XIX. Jahrhunderts. Es ist eindeutig klar, daß trotz der Vorstöße von Denkern wie *Husserl* oder *Mally*, die keinen wirklichen Einfluß auf das juristische Denken hatten, das Thema der Logik erst ernsthaft mit dem Werk von *Georg Henrik von Wright* erscheint. Die zeitgenössischen Arbeiten von *Georges Kalinowski* erreichten meiner Ansicht nach wegen ihrer metaphysischen und scholastischen Voraussetzungen nie die effektive Wirkung, welche die Arbeiten von *Wrights* auf dem Gebiet der philosophischen Ethik, der Rechtsphilosophie und der Rechtswissenschaften gewannen und auf die Theorie der Logik der normativen Systeme ausübten.

Es ist bemerkenswert, wie ein fast rein formaler Gedanke zu einer kritischen Reaktion in der Theorie des Rechts führen konnte. Ich beziehe mich hier auf die im Jahre 1951 erschienene klassische Abhandlung „*Deontic logic*“. Traditionelle Probleme, wie die der Form der juristischen Normen, der Struktur der normativen Systeme oder der Rechtsentscheidungen mußten auf einer genaueren Grundlage errichtet werden. Aber auch rein philosophische Fragen, die die allgemeine Rechtstheorie und die Rechtsphilosophie beschäftigen, waren neu und adäquat zu stellen. Als gültig vorausgesetzte und in sich selbstverständliche Kategorien, wie die Zurechnung Kelsens oder die Grundnorm der Reinen Rechtslehre sowie die alte Gegenüberstellung von Sein und Sollen (oder der Seinsmodalitäten und der Sollmodalitäten) und schließlich die Diskussion über die objektive Geltung der praktischen Urteile bekamen eine neuartige Formulierung, die ihrerseits analytische Entwicklungen ermöglichte, welche sogar die traditionale Beziehung der philosophischen Ethiken und der Rechtswissenschaften veränderten. Nach einer sehr langen Zeit, in der die Rechtswissenschaft von den normativen Gedanken der Moralisten und den ethischen Theorien auf einen zweitrangigen Platz verdrängt worden war, beginnt nun die ethische Spekulation Errungenschaften zu benutzen, zu denen man in den letzten Jahrzehnten im Bereich der Jurisprudenz gekommen war. Es genügt der Hinweis auf einige Überlegungen über die Gerechtigkeit bei einem Ethiker wie *Rawls* oder auf die zwischen dem Historischen und Moralisierenden schwankenden Reden der kritischen Schulen, die ihre Abhängigkeit von den analytischen Hilfsmitteln der gegenwärtigen deontischen Logiken nicht in Abrede stellen können, oder sogar auf die Sprache der aktuellen Ethik, in der juristische Begriffe wieder in Erscheinung treten, wie zum Beispiel die Benutzung des Ausdrucks: moralische Rechte.

Aber nicht nur auf dem Gebiet der analytischen Theorien hat sich die Logik in den Dienst des Rechts oder der Rechtswissenschaften gestellt. Die Errungenschaften der Automation und der Prozessierung der normativen Information haben in den letzten Jahren Anlaß zu kybernetischen Entwicklungen gegeben, die meines Erachtens die Struktur der Sprache der juristischen Wissenschaft und ihre Übertragung sehr stark beeinflußt und sich auch auf die Arbeit der Logiker im Bereich der Entscheidungs- und der Systemtheorien ausgewirkt haben.

Die Entfaltungen der normativen Logiken seit den 50er Jahren mußten sich in der Fragestellung bezüglich der Rationalität im Rechtsdenken zeigen. Einerseits verbreiteten sich nach dem Kriege die Richtungen und polemischen Tendenzen des *legal realism* ganz allgemein, die in den Vereinigten Staaten, den skandinavischen Ländern und in

Argentinien entwickelt worden waren. Diese Standpunkte, bedeutend und fruchtbar in bezug auf eine eindeutig kritische Stellung gegenüber einer verhärteten Rechtsdogmatik, hatten eine intensive Revision der epistemologischen Grundlagen juridischer Erkenntnis zur Folge. Andererseits brachten diese Einstellungen auch die Gefahr eines Verzichts auf die Rationalität in der Rechtspraxis und ein starkes Mißtrauen in bezug auf den objektiven Wert der wissenschaftlichen Rechtstheorien mit sich. Diese Irrationalität, zusammen mit anderen Irrationalitäten (wie die periodischen Rückfälle in mittelalterliche naturrechtliche Lehren der Denker, die in Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien an totalitären Systemen mitgewirkt haben, ganz abgesehen von den naturrechtlichen Juristen, die häufig groteske lateinamerikanische Militärdiktaturen unterstützt haben) hatte politische Auswirkungen auf die Grundlegung der menschlichen Rechte, an denen die ganze Menschheit interessiert schien. Diese Grundlegung erschöpfte sich nicht in den religiösen Spekulationen der Sehnsüchte des Mittelalters oder in den revolutionären Gedanken der Jahre 1789, 1848, 1870 oder 1917, sondern brauchte eine strenge theoretische Fundamentierung, die nach dem Zweiten Weltkrieg weder von dem Bereich der Ethik noch von den damals bekannten Rechtsphilosophien und auch nicht von einer Rechtswissenschaft gewonnen werden konnte, die unter dem Mangel rigoroser und allgemein anerkannter theoretischer Begründungen litt.

Außerdem hatte die Philosophie der Wissenschaft und die Erforschung der Wissenschaftsgeschichte klargestellt, daß die Formen, welche die Rechtswissenschaft besonders in ihren dogmatischen mitteleuropäischen Äußerungen angenommen hatte, nicht das einzige Modell der wissenschaftlichen Ausarbeitung des Rechts waren. Die Rechtswissenschaft stellte ihre eigene Struktur, ihre Voraussetzungen, ihre Funktionen in Frage.

Die Rechtsdogmatik, die *Max Weber* als Gipfel der theoretischen und praktischen Rationalität in der sozialen Welt betrachtete, erscheint nun selbst als der Platz willkürlicher Entscheidungen, der Platz der Entwicklung widersprüchlicher Ideologien und zweifelhafter wissenschaftlicher Methodologien. Die praktische und theoretische Argumentation, die durch Jahrhunderte ein Vorbild des logischen Denkens war, zerfiel dadurch in rhetorische Hilfsmittel oder in empirische Untersuchungen einer technischen Sprache. Das Recht, als Sprache verstanden, sprach nicht — so könnte man sagen — die Sprache der Logik und eines rationalen Diskurses, sondern war nur Ausdruck eines irrationalen Faktors, wie des Klassenstreits oder psychologischer Inhibitionen oder auch Mittel der persuasiven Aktion des Politikers, des Demagogen und des Schwindlers.

Aber was verstand man im Grunde, wenn im Bereich des Rechts von Rationalität gesprochen wurde? Der Zusammenhang zwischen Logik und Rechtswissenschaft einerseits und der zwischen Menschenrechten und der Kontrollfunktion, die von der Rechtswissenschaft ausgeübt werden mußte, andererseits — was heute noch als brennende Frage offensteht — sind Probleme, die dem Anschein nach in einem rein aseptischen Sinn des Wortes theoretisch sind, die aber in Wirklichkeit schwere und dramatische Probleme darstellen, die das Alltagsleben jedes Menschen belasten.

II.

Die Arbeiten des ersten Abschnitts des vorliegenden Bandes behandeln von verschiedenen Gesichtspunkten aus die Probleme der Logik und der Syntax der juristischen Sprache. Einige dieser Arbeiten — wie die von *Gardies* und *Menne* — beschäftigen sich mit rein formalen Aspekten, die aber zu interessanten Schlüssen auf dem Gebiet der juristischen Ontologie und der Semantik der Normen führen. Gardies fragt sich, einer verbreiteten Sorge Ausdruck verleihend, ob die formale Logik wirklich für die Analyse der juristischen Argumentation verwendet werden kann; nach meiner Meinung sind manche der in den letzten Jahrzehnten in den deontischen Logiken entwickelten Hilfsmittel ungenügend, um eine zufriedenstellende Analyse durchführen zu können. Insbesondere seien es — meint er — die Definitionen der deontischen Funktoren als monadische Funktoren, die eine zufriedenstellende logische Lösung der Probleme der normativen Konflikte verhindern. Seiner Ansicht nach müßte die logische Symbolik nicht nur die auf die materiellen und persönlichen Geltungsbereiche bezogenen Variablen einbeziehen, sondern auch Variablen, deren Bereich die normstellende Autorität und die der Norm unterworfenen Subjekte sind. Außerdem bräuchte man angemessenere Symbole, um den Ausdruck komplexerer deontischer Modalisierungen zu ermöglichen. Nur dann, meint Gardies, wäre eine Analyse der juristischen Argumentation und Gedanken möglich und demzufolge auch eine zufriedenstellende semantische Interpretation der normativen Rede. Trotzdem wären die streng extensionellen Logiken nach Gardies' Vermutung für eine zureichende Formalisierung des normativen Diskurses unpassend. Dieser müßte durch eine Logik des Handelns ergänzt werden. Gardies kommt anscheinend zu dem Schluß, daß kein methodischer Weg ausschließlich genügend ist. Dieser Schluß folgt meines Erachtens aus einer Evidenz, die leicht übersehen wird: die Wissenschaften und unter ihnen auch die Rechtswissenschaft bedienen sich dogmatisch nicht nur einer einzigen, in königlichem Glanz absolut herrschenden Logik. Man benutzt die eine

oder die andere Logik wegen ihrer vorteilhaften deduktiven Möglichkeiten oder Ausdrucksmöglichkeiten. Es ist ein Irrtum, sich in der Einzahl auf die Rechtslogik zu beziehen. Im Dienste des Rechts findet man heute mehrere Logiken.

Menne ist sich der Existenz dieser schon mehrwertigen Logiken bewußt. Sein Interesse gilt aber der Untersuchung der Brauchbarkeit der mehrwertigen Logikkalküle für die Lösung juristischer Probleme. Das Thema wurde aber, wie schon bekannt ist, bereits vor dreißig Jahren behandelt in den Systemen „K“ *Kalinowskis*, die wiederum auf der mehrwertigen Modallogik von *Lukasiewicz* beruhen. Wie ich glaube, sind die mehrwertigen deontischen Logiken bei *Kalinowski* für die Symbolisierung oder die Analyse der juristischen Schlüsse unanwendbar, soweit sie sich mit positiven, nicht auf Wertsätze übertragbaren juristischen Normen befassen. *Menne* unterscheidet aber nicht genügend bei der Entwicklung eines dreiwertigen Kalküls zwischen der Anwendung der vorgeschlagenen Funktoren auf Normen oder auf Rechtssätze. So gehört der Geltungswert „juristisch falsch“ zu deskriptiven Rechtssätzen, wobei es sinnlos ist, ihn bei Rechtsnormen zu benutzen. Deshalb ist die begriffliche Bestimmung der ausgezeichneten Werte in dieser dreiwertigen Logik immer unbefriedigend, wie *Menne* selbst zugibt. Unter bestimmten Umständen aber ist die auf Normen anwendbare Logik isomorphisch mit der Logik auf Rechtssätze anwendbar.

Die formale Definition und die semantische Interpretation der Funktoren in dem einen oder dem anderen Bereiche ist unterschiedlich. Autoren wie *von Wright* zweifeln noch heute an der Möglichkeit, von einer Logik der Normen *stricto sensu* zu sprechen, gegenüber einer Logik der beschreibenden Rechtssätze wie der *kelsenschen*, die schon strenge logische Kriterien zulassen.

Andere Mitarbeiter dieses Bandes benutzen logische Instrumente, um spezifische Probleme zu analysieren. *Sève* zum Beispiel benutzt logische Symbole, um eine Axiomatisierung der Ideologie vorzuschlagen, die jedem positiven liberalen Recht eigen ist. Das Prinzip der von *Sève* vorgeschlagenen deontischen Kontingenz, d. h. die Erlaubnis eines Handelns und die Zulassung der Unterlassung desselben Handelns, kann meines Erachtens auf keinen Fall als Axiom eines formalen Systems betrachtet werden (im Unterschied zu einem schwächeren Satz, der üblicherweise als solcher angenommen wird, bei dem nur die Gegenüberstellung zwischen der Zulassung eines Handelns oder die Unterlassung desselben nötig ist), weil sich in diesem Fall die ganze Menge der deontischen Modalitäten verringert. Die von *Sève* erwähnte deon-

tische Kontingenz kann nur eine positive Charakterisierung irgendeines Handelns sein.

Knapp deutet auf die vermutete Existenz einer dialektischen Logik mit ontologischen Voraussetzungen hin, die es neben einer formalen spezifischen Logik des Rechtsdenkens gebe. Diese dialektische Logik hätte aber nicht genügend Mittel, um einige Antinomien, die *Knapp* unterstreicht, aufzuheben — die Unterscheidung zwischen einer Soll-satzlogik und einer Logik der Rechtssätze, die Unterscheidung zwischen deontischen und aletischen Modalitäten und die Möglichkeit von gemischten Inferenzen, das Problem des Wahrheitswertes der Sollsätze, usw. *Jensen* befaßt sich, von einer anderen Perspektive aus als *Sève*, mit dem Problem der logischen Formalisation des freien Handelns, und kritisiert den Versuch von *Ross*, der nach einer Formalisierung der Begriffe „schwache und starke Erlaubnis“ anhand einer Hohfeldischen Terminologie anstrebte.

Schreiner und *Martino* weisen auf die computationalen Möglichkeiten hin, die die logische Analyse dem juristischen Diskurs eröffnet. *Martino* unterstreicht die verschiedenen Möglichkeiten der formalen Interpretation der juristischen Sprache, wobei die Tatsache wichtig ist, daß diese Formalisation die „creation of programs permitting the reproduction of the legal model and the computing of the relevant combinations“ ermöglicht. Die im Instituto per la documentazione giuridica in Florenz durchgeführten Arbeiten haben sich mit einigen dieser Möglichkeiten in bezug auf begrenzte und konsistente normative Systeme befaßt. *Schreiner* beschreibt ähnliche Versuche für die Computation eines logischen Systems, wie das von *Tammelo* ausgearbeitete, und deren Anwendung auf einen logisch kohärenten und vollständigen juristischen Diskurs. Beide Arbeiten beweisen die enge Verbindung zwischen der logischen Entwicklung und dem Fortschritt der juristischen Kybernetik.

Eine philosophische Kritik des „legal formalism“ in der nordamerikanischen Jurisprudenz schlägt *Golding* vor, ohne daß diese Kritik die logische Strenge erreicht, die für ihre Annahme nötig wäre. *Åqvist* bringt einen interessanten Beitrag über den rationalen Aufbau der skandinavischen Doktrin der Schuld in der Strafrechtslehre, bei der er zu einer Klassenlogik greift. Es handelt sich darum, „a general theoretical framework within which a legal doctrine can be presented and discussed with a sufficient amount of logical rigor and precision“ aufzubauen. Die dafür benutzten Hilfsmittel sind anscheinend ungenügend, um einen zufriedenstellenden rationalen Wiederaufbau des Dolus zu erreichen. *Åqvist* schlägt vor, sie mit Hilfsmitteln aus dem Bereich der Theorie der Aktion und der Spiele zu ergänzen.

III.

Die Analyse des Problems der Rationalität konzentriert sich auf zwei Fragestellungen: das Problem der Rechtswissenschaft als solcher und das Problem der Grenzen der Rationalität der juristischen Argumentation. Das ist auch der Titel der Arbeit *MacCormicks*.

In einigen der Arbeiten wird eine Neuaufstellung der Begriffe der Rationalität versucht. So weist *Frändberg* darauf hin, daß die Rationalität mit zweirangigen Entschlüssen, d. h. Entschlüssen über Wahlkriterien zu tun hat. Der Rationalismus aber hat eine breitere epistemologische und logische Dimension: die Verpflichtung, unsere Meinungen und Werte an logische Kriterien und an empirische Bestätigungen zu verweisen. Für *Ziemiński* erscheint dieses Ideal in der imaginären, mythischen Figur des „rationalen Gesetzgebers“, die den Wiederaufbau eines kohärenten normativen Systems der juristischen Normen ermöglicht, welches durch irgendein offiziell anerkanntes Wertsystem gerechtfertigt ist.

Dieses Rationalitätskriterium hätte aber Grenzen. *MacCormick* unterstreicht die Tatsache, daß noch nicht eindeutig festgelegt ist, ob die formale Rationalität eines formal-rationalen Rechtssystems ausreichend für ein genuin rationales Rechtssystem ist. Die Grenzen der Rationalität im Recht würden sich nicht nur mit der Unmöglichkeit des Wiederaufbaus des Rechts als eines formal kohärenten Systems zeigen, sondern auch — und hierauf weist auch *Dreier* in seiner Arbeit hin — in der Herbeiführung eines methodologischen Irrationalismus, in dem angenommen wird, daß es „außer der diskursiven Ratio bzw. dem Verstand mindestens ein weiteres Erkenntnisvermögen“ gebe, nenne man es rationale Intuition, dialektische Vernunft, Rechtsgefühl, usw.

Diese irrationalen Tendenzen haben sich vor allem im Bereich der Theorie des rechtlichen Entscheidens geäußert, seien diese beschreibender oder normativer Art. Für diese Tendenzen ist die richterliche Entscheidungsfindung ein irrational gesteuerter Vorgang, was nicht nur als eine empirische These verstanden ist. Da das richterliche Entscheiden für sie primär durch irrationale Faktoren bestimmt ist, verschwindet die Kontrolle der Rationalität, die die Rechtswissenschaft ausüben sollte. Darum unterstreicht *Dreier*, daß es von größter Wichtigkeit ist, den Rationalitätsbegriff im prozeduralen Sinne wiederzugewinnen, auch wenn er auf Angelegenheiten des Relativismus und auf praktische Begrenzungen beschränkt ist. Auch dann bewährt sich die diskursive Möglichkeit einer Theorie der praktischen Rationalität.

MacCormick stellt sich dieser Schwierigkeit. Es scheint klar, wie *Pattaro* in seiner Arbeit äußert, daß ein auf logische Kriterien verengter

Rationalismus weder Fakten noch Werte hervorbringt. Der Einbezug ethischer Theorien ist auch ungenügend, da diese Theorien nicht eine pragmatisch begründete Universalisation ermöglichen. Deshalb müßte die Möglichkeit der Rationalität der Rechtsentscheidung begrenzt werden. Nach MacCormick müßten andere Bereiche der Rationalität beachtet werden, wie zum Beispiel ihr zeitlicher Aspekt und vor allem ihre hierarchische Struktur. Wenn wir annehmen, daß die Begründung jeder Aktion durch Hinweis auf einen Grund die Hauptforderung für die Rationalität des Handelns ist, dann muß man berücksichtigen, daß der letzte Stand der Diskussion auf ein hierarchisch gestaltetes System der Gründe zurückführt. Rationalität bietet uns hier nur rationale, aber keine abschließenden Gründe für die Wahl.

Farrell aber bestreitet die Möglichkeit der Zurückführung der Rationalität im Recht auf „reasons“ oder praktische Inferenzen. Er kommt zu dem folgenden Schluß: „the pattern of practical reasoning is not a pattern of a real performance or a schema of actual juridical decision-making“.

Die ernste Lage des Themas der Rationalität in der Rechtswissenschaft und folglich der theoretische Mangel ihres Begriffsapparats wird in den Arbeiten deutlich, die sich mit den Menschenrechten befassen. *Nazarov* weist darauf hin, daß es notwendig ist, exakte Modelle der Beziehungen auszuarbeiten, um „a successful implementation of international standards on the promotion and protection of human rights“ durchzuführen. Das ist die eigentliche Aufgabe einer leistungsfähigen Rechtswissenschaft. Dafür braucht man eine genaue Beschreibung „of who are the subjects of the legal relations, what are the rights and obligations of the subjects and how the rights and obligations are distributed among the subjects, and finally who is the subject of existing positive and possible negative responsibility in the relation provided“. Dieser Mangel im Begriffsapparat zeigt sich zum Beispiel in den technischen Problemen, die den Einbezug der Menschenrechte als positive Normen in das jeweilige nationale Recht erschweren, was in den Arbeiten von *Paust* und *Lopatka* hervorgehoben wird. Die Tendenz, diese Rechte nur als moralische Forderungen (*moral claims*) zu betrachten, wie das in mehreren Beiträgen geschieht, führt unvermeidlich zu der Schwierigkeit, daß es nicht als rational erscheint, die theoretischen Strukturen der juristischen Wissenschaft zu verlassen, die, wenn auch prekär, eine effektive Existenz haben, um diese Strukturen durch eine ethische Spekulation ohne eine akzeptierte theoretische Gestalt zu ersetzen. In diesem Sinne finde ich den Versuch von *Tamayo* bemerkenswert. Er analysiert die Einbeziehung der Menschenrechte in ein Rechtssystem in einem allgemeinen Rahmen der theoretischen Strukturen der

juristischen Wissenschaft. Es wäre doch schließlich ein unannehmbarer Verzicht, wenn die Rechtswissenschaft ihre Unfähigkeit gegenüber der Aufgabe der Erweiterung ihres Diskurses auf die seit zwei Jahrhunderten gehegten Hoffnungen der Menschheit zugeben müßte, Hoffnungen, die sie selbst als Rechte verstehen müßte und nicht lediglich als bloßes Versprechen.

Roberto J. Vernengo

Inhaltsverzeichnis

I. Logik im Dienste des Rechts

Jean-Louis Gardies:

Logique Formelle et Raisonnement Juridique (*Hauptreferat*) 3

Helmut Schreiner:

Formal Logic and Legal Reasoning (*Korreferat*) 21

Martin P. Golding:

Aesthetics and Legal Reasoning: A Strand in American Legal Thought 31

Svend Gram Jensen:

Ross on Liberty 39

Viktor Knapp:

Zwischenbeziehungen in der juristischen Logik 43

Antonio A. Martino:

Trends in the Application of Logic to the Automated Analysis of
Legislation 53

Albert Menne:

Mehrwertige Logik im juristischen Denken 61

René Sève:

Une Formalisation du Libéralisme Juridique	69
--	----

Lennart Åqvist:

On the Logical Syntax or Linguistic Deep Structure of Certain Crime Descriptions: Prolegomena to the Doctrine of Criminal Intent	77
---	----

II. Grundlagen und Grenzen der Rationalität im Rechtsdenken

Victor Arévalo Menchaca:

Die Egologische Theorie und ihre Rechtsontologie	91
--	----

Abraham Edel:

Limits under a Non-Rationalistic Rationality	101
--	-----

Martin D. Farrell:

Practical Reasoning and Judicial Decision	109
---	-----

Ake Frändberg:

Some Aspects of Rationality in Legislation (<i>Hauptreferat</i>)	123
--	-----

Zygmunt Ziemiński:

Two Concepts of Rationality in Legislation (<i>Korreferat</i>)	139
--	-----

Ulrich Lohmann:

Systematik, Methode und Intention der Sozialwissenschaften und der Rechtswissenschaft	151
--	-----

Neil MacCormick:

- The Limits of Rationality in Legal Reasoning (*Hauptreferat*) 161

Ralf Dreier:

- Irrationalismus in der Rechtswissenschaft (*Korreferat*) 179

Enrico Pattaro:

- No Values from Rationality 197

David A. J. Richards:

- Legal Interpretation and Rationality 203

Nikolas Roos:

- Some Reflections on the Social Function of Legal Language 213

András Sajó:

- Technocratic Fallacies and the So-Called Legislative Rationality 223

Leon Shaskolsky Sheleff:

- Irrationality in Law and Society. A Critique of Weber's Sociology of Law 231

François Terré:

- Définir le Droit? 247

Hendrik Philipp Visser't Hooft:

- On Limits of Rationality: Some Terminological Remarks 255

Robert Weimar:

Die Rekonstruktion von Rechtsvernunft	259
---	-----

Erich Zalten:

Die rationalen Methoden der Sozialwissenschaften und das Problem der Grenzen des Rationalismus angesichts der normativen Humanität	267
---	-----

Marek Zirk-Sadowski:

Rationality of Legal Axiology	279
-------------------------------------	-----

III. Menschenrechte, Bürgerrechte und ziviler Ungehorsam

Michael D. Bayles:

Courts vs. Legislatures as Protectors of Human Rights (<i>Hauptreferat</i>)	291
---	-----

Joseph Ellin:

The Rights of Homosexuals and the Principles of Liberalism	305
--	-----

V. E. Gulyev:

About the Human Rights' Social Importance	319
---	-----

John Kleinig:

Paternalism and Personal Integrity	323
--	-----

Thomas Laker:

Ziviler Ungehorsam und bundesdeutsches Verfassungsrecht	333
---	-----

Adam Łopatka:

The Significance of Human Rights in the Legal System 347

B. J. Narain:

Absolutism vs. Relativism in Social and Legal Philosophy: Human Rights 351

Boris Nazarov:

Legal Relations of Responsibility in the Field of Human Rights 357

Jordan J. Paust:

The Incorporation of Human Rights into Domestic Law 367

Rolando Tamayo:

The Functioning of Human Rights in the Legal System 375

Knut Erik Tranøy:

Civil Disobedience. A Question of Law and/or Morality? (*Hauptreferat*) 387

Lars D. Eriksson:

On Moral Justification of Civil Disobedience (*Korreferat*) 397

Personenregister 407

Verzeichnis der Mitarbeiter 413

**Beiträge des 11. Weltkongresses
für Rechts- und Sozialphilosophie / Gesamtverzeichnis** 417

I. Logik im Dienste des Rechts

LOGIQUE FORMELLE ET RAISONNEMENT JURIDIQUE

Par Jean-Louis Gardies, Nantes

I.

L'usage est de donner à un titre une forme concise, même si cette concision comporte des risques d'ambiguïté. Notre présent titre n'échappant pas à la règle, nous avons le devoir préliminaire de préciser le sujet que nous aurons à traiter.

Ce titre « Logique formelle et raisonnement juridique » pourrait d'abord renvoyer au problème suivant: *Peut-on appliquer la logique formelle à l'analyse du raisonnement juridique?* Cette question, comme toute question *par oui ou par non*, admet deux réponses possibles: la réponse affirmative est évidemment au moins implicite chez tous les logiciens dont les travaux s'attachent à une telle application; la réponse négative est courante chez les philosophes du droit qui soutiennent la radicale originalité du raisonnement juridique et son irréductibilité corrélative à tout formalisme logique. Nous ne pensons pas que cette querelle soit futile, encore moins qu'elle ait été déjà tranchée dans un sens sur lequel tous les philosophes de bonne volonté puissent aujourd'hui se mettre d'accord. Et cependant ce n'est pas là le sujet exact que nous retiendrons.

Pour écarter cette version, en elle-même tout à fait admissible, du sujet, nous avons au moins deux raisons. La première est que ce problème a déjà été l'enjeu de nombreuses discussions, sans qu'il soit bien sûr qu'on ait beaucoup avancé dans le sens de sa solution. Nous-même, parmi beaucoup d'autres, avons essayé de montrer que l'indéniable originalité du raisonnement juridique, louablement soulignée par les théoriciens de l'argumentation, si elle excluait certaines formes de réductionnisme dont les logiciens n'ont pas toujours été innocents, laissait néanmoins place à un possible traitement formel de la rationalité juridique. La seconde raison est plus sérieuse: c'est que la solution du problème que nous souhaitons écarter pour le moment ne sera véritablement accessible qu'une fois résolu un autre problème qui lui est logiquement subordonné, celui-là même vers lequel nous orienterons notre développement.

Ce dernier peut être formulé de la façon suivante: *si l'on admet une certaine légitimité d'un traitement formel du raisonnement juridique*, quels sont *alors* les moyens logiques dont nous disposons, ou dont nous pouvons espérer disposer dans l'avenir, pour parvenir à une telle formalisation? Pour subordonnée que soit cette question à cette autre que nous avons préalablement décidé d'écarter, il n'en reste pas moins que sa solution pourrait apporter à la solution de la précédente le même genre de contribution que jadis la marche de Diogène au problème philosophique de la possibilité du mouvement. Nous ferons donc l'hypothèse de la légitimité d'un traitement formel du raisonnement juridique, étant bien entendu que notre capacité ou incapacité à ébaucher une réponse à la question, toute conditionnelle, que nous retenons renforcera la vraisemblance ou soulignera la fragilité de cet hypothétique point de départ, dont nous n'aurons cependant pas à aborder l'examen direct.

Qu'on nous permette une dernière remarque préliminaire. Nous supposons encore admis que la simple application du *calcul des propositions* et du *calcul des prédicats* au raisonnement juridique ne soulève pas de difficultés particulières. D'une façon plus générale, il semble que les logiciens, au moins, soient aujourd'hui à peu près d'accord sur le fait que l'ensemble des moyens classiques, originellement élaborés en vue d'analyser la rationalité mathématique, peuvent également s'appliquer à l'analyse de la rationalité juridique; mais ils sont aussi d'accord pour reconnaître que l'ensemble de ces moyens classiques est loin de suffire à rendre compte de tout ce qui entre en jeu dans le fonctionnement de cette rationalité; et leur désaccord commence lorsqu'il s'agit de choisir les moyens logiques complémentaires dont la rationalité mathématique n'a pas eu besoin, mais sans lesquels il semble impossible de fonder la riche complexité du raisonnement juridique.

Notre regretté collègue *Ilmar Tammelo*, qui s'était attaché dans plusieurs de ses ouvrages à montrer sur des exemples concrets comment le *calcul des prédicats* permettait une analyse de certains raisonnements du juriste, m'a souvent fait part des hésitations que lui inspirait l'emploi des moyens moins classiques élaborés par les initiateurs de la logique déontique pour compléter ce qu'un tel *calcul* avait ici de manifestement insuffisant. Il est de fait que, parmi les logiciens eux-mêmes, au delà des algorithmes dont les mathématiciens ont depuis longtemps éprouvé l'efficacité, règne, dans les directions de leurs recherches, une telle anarchie que les informaticiens ne semblent guère avoir été tentés jusqu'ici d'utiliser les modes de calcul proprement déontique esquissés depuis quelque trente ans, les considérant sans doute comme insuffisamment fiables.

Mon intention n'est pas de passer en revue l'ensemble de ces moyens nouveaux. La richesse et le foisonnement désordonné des procédures formelles imaginées dans cette seconde moitié du XXème siècle, au service de l'analyse du raisonnement juridique, me paraissent tels que je préfère encore encourir le reproche de partialité, par l'arbitraire de mes choix, que risquer de m'égarer dans le maquis d'une description trop respectueuse de la diversité des recherches entreprises. Je me contenterai donc d'évoquer ce que je perçois comme les deux directions majeures selon lesquelles il me semble que doivent s'orienter aujourd'hui les recherches de logique formelle dont l'analyse du raisonnement juridique peut attendre quelque lumière: la première concerne les foncteurs modaux auxquels un raisonnement à contenu normatif fait inévitablement appel; la seconde concerne la nature des arguments de ces foncteurs et conduit à s'interroger sur ce qu'on entend d'ordinaire par *logique de l'action*.

II.

Chacun sait que les logiques déontiques élaborées au début de notre présent demi-siècle présupposaient assez souvent que les foncteurs normatifs (*obligation, interdiction, permission, etc.*) constituaient une proposition à partir d'un unique argument qui était lui-même de nature propositionnelle. L'insuffisance d'un tel mode d'analyse n'est plus contestée aujourd'hui. Sa reconnaissance s'appuie en effet sur de nombreuses raisons.

Traiter la norme comme un tel foncteur à unique argument propositionnel, c'est d'abord se condamner à laisser échapper la structure commune à l'obligation légale, laquelle procède d'une autorité (par exemple, tel Etat) et s'applique soit à tous les sujets, soit à un ensemble déterminé de sujets, et à l'obligation de droit privé, qui met habituellement en présence un créancier et un débiteur. Pour retrouver cette structure commune il nous semble convenable d'analyser le foncteur déontique comme un foncteur à trois arguments:

- un premier argument, de nature nominale, correspondant à l'*autorité* dont émane la norme ou au *créancier* ayant capacité de faire valoir l'obligation,
- un second argument de nature nominale, correspondant au *sujet* soumis à la norme ou au *débiteur* de l'obligation,
- un troisième argument, de nature propositionnelle, correspondant au *contenu* de la norme, ou à la *prestation* à laquelle se réfère l'obligation.

Traiter le foncteur déontique comme un foncteur à unique argument du type élémentaire