

RECHTSTHEORIE

Begründet von

Karl Engisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen
Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper

Herausgegeben von Werner Krawietz

Beiheft 17

Rule of Law

Political and Legal Systems in Transition

Edited by

Werner Krawietz / Enrico Pattaro / Alice Erh-Soon Tay

Preface by

Ota Weinberger



Duncker & Humblot · Berlin

Rule of Law

Political and Legal Systems in Transition

IVR

17th World Congress

Bologna 1995

Proceedings

Editorial Board

Enrico Pattaro (Italy), Chairman

Alberto Artosi (Italy) / Werner Krawietz (Germany) / Gerhard Sprenger (Germany)
Vice-Chairmen

Aulis Aarnio (Finland) / André-Jean Arnaud (France) / Manuel Atienza (Spain) / Elspeth M. M. Atwooll (Great Britain) / Zenon Bankowski (Great Britain) / Yadh Ben Achour (Tunisia) / Joxerramon Bengoetxea (Luxembourg) / Eugenio Bulygin (Argentina) / Tom Campbell (Australia) / Paolo Comanducci (Italy) / Wesley Cragg (Canada) / Eugene E. Dais (Canada) / Ralf Dreier (Germany) / Carla Faralli (Italy) / Tomasz Gizbert-Studnicki (Poland) / Mikael Karlsson (Iceland) / Roberta Kevelson (USA) / Tscholsu Kim (Korea) / Peter Koller (Austria) / Burton M. Leiser (USA) / Neil MacCormick (Great Britain) / Rex Martin (USA) / Vladik S. Nersessiants (Russia) / Marijan Pavčnik (Slovenia) / Aleksander Peczenik (Sweden) / Sofia Popescu (Romania) / Woiciech Sadurski (Australia) / Setsuko Sato (Japan) / Burkhard Schaefer (Great Britain) / Arendt Soeteman (Netherlands) / Rolando Tamayo y Salmorán (México) / Alice Erh-Soon Tay (Japan) / Michel Troper (France) / Kaarlo Tuori (Finland) / Jan M. Van Dunné (Netherlands) / Mark Van Hoecke (Belgium) / Hendrik Ph. Visser't Hooft (Netherlands) / Ota Weinberger (Austria) / Dieter Wyduckel (Germany) / Hajime Yoshino (Japan) / Gianfrancesco Zanetti (Italy)

RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Normentheorie und Soziologie des Rechts

Beiheft 17

Rule of Law

Political and Legal Systems in Transition

Edited by

Werner Krawietz / Enrico Pattaro / Alice Erh-Soon Tay

Preface by

Ota Weinberger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

[Rechtstheorie / Beiheft]

Rechtstheorie : Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Normentheorie und Soziologie des Rechts. Beiheft. – Berlin : Duncker und Humblot

Früher Schriftenreihe

Reihe Beiheft zu: Rechtstheorie

17. International Association for the Philosophy of Law and Social

Philosophy: (. . . Weltkongress / International Association for

Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) . . . ; 17)

17. Rule of law. – 1997

International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy:

. . . Weltkongress / International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) . . . = . . . World congress. – Berlin :

Duncker und Humblot

(Rechtstheorie : Beiheft ; . . .)

Früher Schriftenreihe. – Kongressbände im Verl. Steiner, Stuttgart, getrennt angezeigt u.d.T.: International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy: Verhandlungen des . . . Weltkongresses der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) . . .

17. Rule of law. – 1997

Rule of law : political and legal systems in transition ; [Bologna 1995 ; proceedings] / ed. by Werner Krawietz . . . Pref. by Ota

Weinberger. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(World Congress // International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy ; 17) (Rechtstheorie : Beiheft ; 17)

ISBN 3-428-09070-5

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-6933

ISBN 3-428-09070-5

EDITORIAL PREFACE

It is a great pleasure and an honour for me to present the proceedings of the 17th World Congress of the International Association of Legal and Social Philosophy (IVR) held in Bologna from 16th to 21st June, 1995. Over seven hundred scholars from all five continents took part in the Congress, which was structured in four plenary sessions, six parallel sessions, a special session devoted to document logistics (legal and civic computer science applications), and 81 working groups.

The IVR was founded in 1909 and now counts over three thousand members in 44 sections located all over the world. Forthcoming congresses will be held in La Plata/Buenos Aires (Argentina) in 1997, New York (USA) in 1999, and Amsterdam (The Netherlands) in 2001. As current President of the IVR, and a member for 30 years, I am happy to see that by 2001 the Association will have reached its 20th official World Congress.

The goal of the 17th world Congress was to focus on the major legal, political and social issues currently addressed by legal and social philosophy. This was reflected in its far-reaching, stimulating title, "Challenges to Law at the End of the 20th Century".

Congress papers were grouped under four main topics: "Rights and other legal protections"; "New forms of sovereignty and citizenship"; "New and ancient sources of law"; "Technology and the environment". The debate focussed on the latest issues tackled by the legal and social philosophy milieu. First and foremost, a strictly formalist concept of law no longer fulfills the need to safeguard equality and protect basic human rights. In addition, the notions of sovereignty and citizenship have been reassessed in relation to the crisis of the nation state and the globalisation of economic and cultural problems along-side the tension between the idea of sovereignty and the inviolability of human rights.

The wide-ranging topic of the sources of law was also handled by many speakers, as was the relation between the theory of interpretation and the theory of sources, weighing "sceptic" theories against "cognitive" theories of interpretation and comparing different legal systems in historical terms and from a comparative law standpoint.

Last but not least, a number of speakers discussed the problem of the protection of rights with a view to revising traditional cultural cate-

gories in the wake of burgeoning technological development. Topics ranged from bioethics to environmental protection, the problems of computer science applications to law and the issue of legislative technique in relation to the computerization of law.

The Proceedings of the Bologna Congress are published in part by *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Franz Steiner Verlag, Stuttgart/Germany), in part by *Rechtstheorie* (Duncker & Humblot, Berlin/Germany), and in part by *The European Journal of Law, Philosophy and Computer Science* (Clueb, Bologna/Italy).

ARSP publishes four volumes: “Rights” – Beiheft 67 (eds. Rex Martin and Gerhard Sprenger, introduction by Zenon Bankowski and Burkhard Schaefer), “Law, Justice and Culture” – Beiheft 68 (eds. André-Jean Arnaud and Peter Koller, introduction by Tom Campbell), “The Sources of Law and Legislation” – Beiheft 69 (eds. Elspeth Attwooll and Paolo Comanducci, introduction by Joxerramon Bengoextea), and “Legal Systems and Legal Science” – Beiheft 70 (eds. Marijan Pavčnik and Gianfrancesco Zanetti, introduction by Hendrik Ph. Visser’t Hooft).

Rechtstheorie publishes three volumes: “Rule of Law – Political and Legal Systems in Transition” – Beiheft 17 (eds. Werner Krawietz, Enrico Pattaro, Alice Erh-Soon Tay, introduction by Ota Weinberger), “Changing Structures in Modern Legal Systems and the Legal State Ideology” – Beiheft 18 (eds. Eugenio Bulygin, Burton M. Leiser, Mark Van Hoecke, introduction by Aulis Aarnio), and “Consequences of Modernity in Contemporary Legal Theory” – Beiheft 19 (eds. Eugene E. Dais, Roberta Kevelson, Jan M. Van Dunné, introduction by Dieter Wyduckel).

The *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science* publishes two volumes: “From Practical Reason to Legal Computer Science” – Volume (eds. Alberto Artosi, Manuel Atienza, Hajime Yoshino, introduction by Neil MacCormick), and “Law and Politics Between Nature and History” – Volume 3 (eds. Ralf Dreier, Carla Faralli, Wladik S. Nersessiants, introduction by Roberto Vernengo).

On behalf of the International Association of Legal and Social Philosophy, I would like to thank all those who have worked on the editing of these Proceedings.

Enrico Pattaro
(IVR President)

PREFACE/VORWORT

Rechtsstaat/Herrschaft des Rechts

Dieser Band ist eine Sammlung von Beiträgen zum Generalthema Rechtsstaat/Rule of Law. Ich werde in diesem Vorwort weder eine Einleitung noch einen Kommentar zu den vorliegenden Abhandlungen geben. Die Autoren definieren ihr Problem selbst und begründen ihr Anliegen sowie ihre Thesen in einer Weise, die keinen Kommentar erfordert. Es kann auch nicht meine Aufgabe sein, aus den Beiträgen eine Bilanz zu ziehen, denn dies wäre angesichts der thematischen Streuung kaum sinnvoll. Ich beschränke mich darauf, einige Überlegungen über den Begriff des Rechtsstaats vorzulegen.

Die zentrale Problematik des Rechtsstaats, resp. der Herrschaft des Rechts, hat *Carl Schmitt* in seinem Büchlein „Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens“ (Hamburg 1923) auf den Punkt gebracht. „Auch die oft wiederholten Antithesen von *ratio* und *voluntas*, *veritas* und *auctoritas* unterstützen die normativistische Forderung einer Herrschaft des Gesetzes im Gegensatz zur Herrschaft von Menschen. Die Väter der amerikanischen Verfassung von 1787 standen ganz in jener Tradition, als sie sich bemühten, die Verfassung und das öffentliche Leben der Vereinigten Staaten so zu regeln, daß man ein *gouvernement of law, not of men* habe. Alle Vertreter des ‚Rechtsstaates‘ sprechen diese Sprache und machen aus dem Rechtsstaat einen Gesetzesstaat.“ (S. 14) „In *concreto* ist damit nichts anderes erreicht, als daß die Norm und das Gesetz politisch-polemisch gegen den König oder Führer ausgespielt wird; das Gesetz zerstört mit dieser ‚Herrschaft des Gesetzes‘ die konkrete Königs- oder Führer-Ordnung; die Herren der *Lex* unterwerfen den *Rex*.“ (S. 15) Dem Normativismus sowie dem Dezisionismus (*Hobbes: Auctoritas, non veritas facit legem*), die sich im Positivismus vereinen, stellt Schmitt das Ordnungsdenken gegenüber: Es herrschen immer Menschen, nicht Normen. „Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung.“ (S. 13) Normen sind nur Instrumente der Herrschaft.

Daß Herrschaft von Menschen ausgeübt wird, ist eine Binsenwahrheit, welche die Idee der Herrschaft des Rechts nicht aufhebt. Vor die Frage „Wer herrscht?“ ist noch die Frage der Befugnis zu setzen. Befugnis ist institutionalisierte normative Ermächtigung. Die Antwort auf die Frage nach der Befugnis – und von Befugnis spricht auch Schmitt, wenn er das

Souveränitätsproblem erörtert – rekuriert auf institutionalisierte normative Ermächtigung und auf die Prüfung der Legitimität von Herrschaft. Gerade vom institutionalistischen Standpunkt aus (in neo-institutionalistischer Konzeption), ist die Frage der Legitimität der Herrschaft (in der Schmittschen Terminologie des *Rex*) zu stellen, und reale Existenz der institutionellen Ordnung kann nur in Verbindung mit der normativen Basis verstanden werden.¹ Es gilt ganz im Gegensatz zur Schmittschen These, daß Ordnung nur durch institutionalisierte Normen zustande kommt. Ordnung darf daher dem Normativen nicht entgegengestellt werden, denn sie besteht gerade darin, daß gesellschaftliches Geschehen als normiert verstanden wird.

Es bleibt aber die sehr komplizierte Frage der Legitimität des Rechts und der Rechtsordnung als theoretisches und politisches Problem bestehen. Sehr verschiedene Argumente kommen hier ins Spiel: die Geltung einer höheren Ordnung, des Völkerrechts, welche die Legitimität einer staatlichen Rechtsordnung bestimmt, das Kriterium der Kontinuität und damit des Rechtsfriedens, sowie das Kriterium der gesellschaftlich etablierten Gewohnheit und jenes der Akzeptanz. Im wesentlichen geht es um jene Elemente, welche das institutionelle Dasein des Rechts bestimmen. Hier kann es sicherlich Meinungsverschiedenheiten geben, welche zu politisch unterschiedlichen Auffassungen des Rechtsstaates führen können. Es bleibt jedoch ein fester Kern der Idee und des Rechtsstaatsideals bestehen, der Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen sein wird.

Das Ideal des Rechtsstaates ist ein wesentliches Element des demokratischen Weltbildes; ein demokratisches Leben ohne Rechtsstaat ist undenkbar. Die Postulate der Rechtsstaatlichkeit dienen dem Rechtsfrieden, der Bestimmtheit des Rechts und dem Schutz der Interessen des Bürgers.

Die Idee der Herrschaft des Rechts findet ihre Verwirklichung in der rechtlichen Festsetzung, wer in welcher Form Herrschaft ausüben kann. Durch die Normierung der Herrschaft und der Rechtsprozesse wird nicht nur eine klare Ordnung geschaffen, sondern es soll hierdurch auch Schutz vor Mißbrauch des Rechtssystems durch die Herrschenden gegen die Interessen des Bürgers gewährt werden. Im Sinne der Rechtsstaatsidee wird auch der Alleinherrscher als rechtlich ermächtigter, und daher ans Recht gebundener, Funktionär angesehen.

¹ D. N. MacCormick/O. Weinberger, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, Duncker & Humblot, Berlin 1985; O. Weinberger, Alternative Handlungstheorie. Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Georg Henrik von Wrights praktischer Philosophie, Böhlau Verlag, Wien/Köln/Weimar 1996, 234 ff.

Die Funktion des Rechtsstaates soll Rechtssicherheit schaffen und die kontinuierliche rechtlich regulierte Entwicklung des Systems ermöglichen. Rechtsstaatlichkeit ist ein Ideal, die entscheidende Charakteristik der staatlichen Ordnung, welche Willkür des rechtlichen und politischen Geschehens ausschließt. Rechtsstaatlichkeit ist eine Zielvorstellung, die als Ideal der Rechtsordnung besser oder weniger gut erfüllt sein kann.

Ich halte es für zweckmäßig, Rechtsstaatlichkeit in zwei Sphären zu betrachten, in der Sphäre der Rechtssicherheit und in der Sphäre rechtlich normierter Transformationsmöglichkeiten der Rechtsordnung unter Wahrung der formalen Kontinuität der Ordnung. Während die erstgenannte Problematik immer ausführlich diskutiert wird und man die Bedingungen der Bestimmtheit des Rechts ausführlich studiert, wird der zweiten Frage, nämlich der Verrechtlichung der möglichen Transformation des Rechtssystems auf rechtlicher Basis – d. h. unter Wahrung der formalen Kontinuität – wenig Beachtung geschenkt. Gerade dieses Moment der Rechtsstaatlichkeit scheint mir aber für den modernen Rechtsstaat wichtig; ich beginne daher mit der Erörterung dieser Frage.

Die Lebensbedingungen der Gesellschaft ändern sich. Es geht also in der modernen Konzeption der Demokratie nicht darum, die Struktur und den Inhalt der Ordnung auf Altehrwürdigkeit zu stützen, sondern vor allem darum, die Organisationsformen und die rechtlichen Beziehungen dem aktuellen Bedarf der Gesellschaft anzupassen. Der Charakter und die Notwendigkeit dieser Adaptationen kann verschieden motiviert sein und in verschiedenen politischen Formen vor sich gehen. Die Notwendigkeit von adaptiven Veränderungen ist jedoch eine Tatsache. Deswegen setzt der moderne Rechtsstaat nicht nur Verhaltens- und Kompetenzregeln fest, sondern auch die formalen Vorgangsweisen der verfassungsmäßigen Prozesse zur eventuellen Transformation der organisatorischen und/oder rechtlichen Formen. Dieser Charakterzug des Rechtsstaats, daß er seine eigene Veränderbarkeit in rechtlichen Formen normiert, ist ein wichtiger Beitrag zur Erreichung eines Rechtsfriedens, weil auf dieser Basis gesellschaftliche Umformungen möglich werden, ohne Revolution, sondern im Rahmen und aufgrund der bestehenden Ordnung.

Eine analoge Verrechtlichung von strukturellen Umformungen wäre auch für das Völkerrecht und die internationalen Beziehungen erforderlich, denn auch hier gilt es, der faktischen Entwicklung Rechnung zu tragen. Wenn solche Prozesse als Rechtsprozesse gestaltet werden könnten, wäre dies ein wesentlicher Beitrag zur Erhaltung des Friedens.

Auch die Fragen der Bestimmtheit des Rechts – und daher der Vorhersehbarkeit rechtlicher Entscheidungen – ist komplex und führt daher zu

einer mehrdimensionalen und abstufbaren Wertung der rechtsstaatlichen Qualität der Ordnung.

Die Bestimmtheit des Rechts betrifft den Inhalt der Rechtsvorschriften, nämlich die Frage, inwieweit Entscheidungen möglicher Rechtsfälle klar vorhersehbar sind, inklusive die Eindeutigkeit der rechtlichen Relevanz verschiedener Rechtsquellen (nach *A. Merkl* deren derogatorische Kraft), und die Determination der Zuständigkeiten.

Die praktische Bedeutung der Vorhersehbarkeit von Rechtsentscheidungen ist evident; Vorhersehbarkeit ist konfliktvermeidend, kostensparend, eine Vorbedingung der Gerechtigkeit, und die Grundlage des effektiven Rechtsschutzes.

Hier wird das Problem der einzigen richtigen Antwort, auf die Frage, wie ein Rechtsfall entschieden werden soll, die durch *R. Dworkins* These von der einzig richtigen Entscheidung aufgetischt wurde, relevant.² Es ist Dworkin einzuräumen, daß durch adäquate Beachtung der Entscheidungsdeterminanten eine Einschränkung des Feldes vertretbarer Lösungen zustande kommt, aber auch der Superjurist „Herkules“ kommt nicht immer zu einer einzigen richtigen Lösung. Vom Standpunkt der uns hier interessierenden Rechtssicherheit ist entscheidend, ob die vertretbaren Entscheidungen breit gestreut sind (was die Rechtssicherheit einschränkt) oder ob nur relativ unbedeutende Streuung auftritt.

Von entscheidender Wichtigkeit für die Bestimmtheit des Rechts und die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen ist die juristische Interpretation. Alles, was mit juristischer Hermeneutik zusammenhängt, ist für die Bestimmtheit des Rechts wichtig, sowohl die Entwicklung einer effektiven Methodologie des Deutens als auch die Funktion von Institutionen, die sich mit Rechtsdogmatik befassen und dadurch die offizielle Interpretation unterstützen und zu rationalen Methoden des Umgangs mit dem Recht hinführen.

Ein wesentlicher Faktor der Rechtsstaatlichkeit ist die Möglichkeit der Überprüfung von Rechtsentscheidungen im Instanzenzug. Die Überprüfung der Entscheidungen ist nicht nur ein Element des Schutzes der Rechte der Parteien, sondern auch eine Institution, die zur Stabilisierung der Judikatur und zur Erhöhung der Vorhersehbarkeit der Rechtsentscheidungen beiträgt.

Der Rechtsstaat hat Methoden und Institutionen entwickelt, welche die grundlegenden Strukturen der Ordnung und die wichtigsten demokratischen Rechtsprinzipien schützen sollen: die erschwerte Veränderbarkeit der Verfassungsnormen und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Praxis

² *R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Duckworth, London 1977.*

zeigt aber, daß bei gewissen Mehrheitskonstellationen der formale Schutz der Verfassungsprinzipien ineffektiv ist, wenn in der Gesellschaft nicht der entschlossene Wille besteht, die Prinzipien einzuhalten. Es werden z.B. Gesetze, welche Verfassungsprinzipien verletzen, als Verfassungsgesetze beschlossen, um sie der Anfechtbarkeit vor dem Verfassungsgerichtshof zu entziehen.

Daher mein Credo: Demokratie und Rechtsstaatlichkeit können nur dann gesichert werden, wenn die faktische Entschlossenheit besteht, sie zu realisieren. Rein formale Bestimmungen genügen hierfür nicht.

Ota Weinberger

Contents

I. Legal State and Legalism in a Multi-Cultural Society

<i>Joxerramon Bengoetxea</i>	
The Withering Away of the State at the Turn of the Millenium	3
<i>Jørgen Dalberg-Larsen</i>	
Legal Pluralism in a Historical Perspective	15
<i>Charles James Edwards</i>	
The Future of Rights and Democracy in a Multi-Cultural Society	23
<i>Aleksandar Molnar</i>	
Autonomous Regional Law in Postcommunist State	35
<i>Henrik Zahle</i>	
Legal Polycentricity	41
<i>Klaus Alexander Ziegert</i>	
The Cultural Differentiation of Legal Systems. A Theory Design for the Assessment of Legal Change in Post-Communist Societies	51

II. Versions of Sovereignty in Modern Legal Systems: New and Old

<i>William E. Conklin</i>	
The Secret Foundation of Sovereignty in Legal Positivism	83
<i>Richard T. De George</i>	
The Many Faces of Sovereignty	93
<i>Giovanna Gasparri</i>	
Vers des Nouvelles Formes de Souveraineté	103
<i>Jürgen Habermas</i>	
The European Nation State – Its Achievements and its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship	109

Anton Perenič

- Must the Transition Necessarily be an Uncritical Imitation? 123

Sibylle Tönnies

- Der basisdemokratische Diskurs und die Idee der Repräsentation 131

Michel Troper

- Le Titulaire de la Souveraineté 137

III. Constitutionalism, Legalism and Rule of Law in Transition

Delf Buchwald

- The Rule of Law: A Complete and Consistent Set of (Legal) Norms? 155

Janet M. Campbell

- The Rule of Law: A Lesser of Two Evils 161

Sergio Cotta

- Les Droits et l'État de Droit 169

Adam Czarnota

- Meaning of Rule of Law in Post-Communist Society 179

Eerik Lagerspetz

- Political Obligation and Constitutional Self-Destruction 197

IV. On Membership in Legal Communities: Nationality and Citizenship in Decline

Luca Baccelli

- Citizenship and Membership 209

Michele Borri

- European Citizenship and National Identities. Some Suggestions from a Comparative Research 221

David E. Cooper

- Citizenship and Postconventional Consciousness 241

Peter Koller

- The Scope of Human Rights 253

<i>Massimo La Torre</i>	
Citizenship and Beyond. Remarks on Political Membership and Legal Subjectivity	273
<i>Anna Makolkin</i>	
Blood Icons, Signs of Exclusion and Citizenship Laws	295
<i>José María Rosales / José Rubio-Carracedo</i>	
To Govern Pluralism: Towards a Concept of Complex Citizenship	305
V. On Self-Reproduction in Different Legal Orders	
<i>Alexander Brörtl</i>	
Challenges to the Rechtsstaat-Model in Slovakia	315
<i>James W. Harris</i>	
China, Hong Kong and Divided Sovereignty after 1997	325
<i>Yasuo Hasebe</i>	
The August Revolution Thesis and the Making of the Constitution of Japan	335
<i>Ivan Padjen</i>	
Constitutionalism and Democracy in International Community: Self-Determination in Former Yugoslavia as a Test	343
<i>Yanaki Stoilov</i>	
Different Aspects and Levels of the Separation of the Powers. Eastern European Countries Issues	355
<i>Guillermo Jorge Yacobucci</i>	
Democratic Legality and Development in Latin America. A Problematic Relationship	361
<i>Yongliu Zheng</i>	
Two Challenges Facing the Chinese Legal System at the End of Twenty Century	369
List of the Authors	381
General Index	384

I. Legal State and Legalism in a Multi-Cultural Society

THE WITHERING AWAY OF THE STATE AT THE TURN OF THE MILLENIUM

By Joxerramon Bengoetxea, Luxembourg/Donostia-San Sebastian

I. Introduction

Many scholars have been questioning the state for a long time, but legal theorists and normative philosophers are still lagging behind. Nationalism is also a philosophical challenge, and that applies to the nationalism of established nation-states and to that of stateless nations. The existence or even the recognition of a nation does not irremediably necessitate the creation of a state. Federations and confederations can accommodate for different nations. Such arrangements can work as long as the type of nationalism practised by such nations is liberal and based on solidarity between nations.

The European Union can eventually turn into some "state-like" community of nations or of peoples, with traditional spheres of sovereignty and new competences like the market and the main lines of the political economy, social policy, foreign affairs, defence and security, the environment, scientific and technological research and development being relinquished to the supra-national institutions and with other traditional spheres of sovereignty like the criminal law, family law, education and culture being retained by the nations (states) with common political and moral (Human Rights) standards supervised and developed by a Common Court, but allowing for local standards compatible with the minimal core.

Cutting across this division of powers, there will be a large grey area of shared competences to be distributed according to the guiding principle of subsidiarity. The application of this principle will be essentially contested, but is it advisable to exclude the application of this principle between the Community, the Member State and the Region, and to exclude the supervision of this application by the European Court of Justice? The prospect will be appealing to nation-states and to stateless nations and regions as long as their basic identity and freedom (formal sovereignty or permanent self-determination) is respected.

II. State Nationalisms

Nationalisms are a problem for European integration, the aim of which is precisely to transcend nationalism by establishing a truly *supranational* system. Nationalism is a problem for liberals, who show a persistent distrust and refuse to admit that there can be different versions of nationalism. It has a bad press because it smacks of chauvinism and discrimination. Indeed, even the softest versions of nationalism lack credibility among the enlightened public. For many the attempt to defend a liberal version of nationalism is doomed to fail almost as a contradiction in terms. Nationalism is not and cannot possibly be universalistic and that is why many universalistic doctrines have clashed with it, namely communism and individualism.

Nationalism is a problem for nationalists too. They always bear the burden of proof and the need to persuade the public that their nationalism does not lead to exclusion or discrimination. Why is it that any attempt to save such doctrines always includes a softening adjective like *liberal* nationalism or *minimal* nationalism, *moderate* nationalism or *democratic* nationalism, or else simply abandons the term to adopt alternatives like patriotism, communitarianism, regionalism, localism, etc.?

But nationalism is also a reality one simply cannot ignore. As such, it deserves serious consideration. Social scientists must explain it, and philosophers must debate it. States display nationalistic attitudes all the time, and these are sometimes regretted but all too often unquestioned. Nation-states have invented nationalism as their legitimating agenda. Stateless nations inherently make nationalistic claims to support their cause for the establishment of their own states. Indeed many persons, groups or states who display nationalistic attitudes will often deny that they are nationalists. Does one simply regret these phenomena hoping that rationality will some day prevail and then nationalism will be a thing of the past?

In fact, nationalism has many detractors among the enlightened public, but one fails to recognise which are the available alternatives. Cosmopolitanism, globalism, federalism, internationalism or Empire; they all seem to contradict nationalism and yet none of them seems to be as good an antonym as non-nationalism. The European integration process offers us a fascinating alternative to nationalism and that is supra-nationalism. I shall examine the virtues of this approach in section four of this paper. Before that, I wish to dissect nationalism (section two) and to discuss briefly the demise of the sovereign state in the European context (section three).

III. Tackling Nationalism

There are three sets of questions to which theories of the nation – nationalist theories – will reply: (1) What is the nation?; (2) What are the claims of the nation as regards its nationals? and (3) What are the claims of the nation as regards other nations?

The first cleavage is constitutive, it is about knowledge or about social reality. It asks what *is* the nation, i. e. how to define the nation, what are the criteria for identifying nations, what is national identity, which are the boundaries of the nation, who are the members of the nation. Answering these difficult questions in principle allows one to distinguish one nation from another. The criteria might not always give definitive answers but they do the job for the clear cases.

The second and third cleavages address fundamental normative questions. The second dividing line concerns patriotism and claims to loyalty and to protection, and the fostering of identity: What *ought to be* the relation between the nation and its members, between the group embodying the nation and the nationals? The third cleavage concerns sovereignty, independence and international relations: What *ought to be* the relation between the nation and other nations?

In my opinion it is by distinguishing along these dividing lines that we can identify ideal types of nationalism. What follows is a rough attempt to identify such ideal types.

As regards the definition or criteria of identification of the nation there are two extremes: one radically denies the existence of nations and the other affirms their existence and claims that Humanity is neatly divided in clearly identifiable nations. If the first option is to be realistic at all, and that seems very difficult, it cannot possibly deny the existence of ethnic groups or of states. It will simply consider that the nation is such a vague and ambiguous concept that it is best forgotten, but any enquiry into ordinary language shows “nation” is a term constantly talked about in both descriptive and normative discourse. If the other extreme were true, there would never be any conflict regarding the boundaries of nations, and that seems counterfactual as well.

Once the “problematic” existence of nations is accepted one can distinguish essentialist nationalisms and subjectivist nationalisms. Essentialist definitions derive the existence of a nation from a set of objective factors irrespective of the will or the intellect of their members. Factors such as a distinctive language and culture, a distinctive history and territory, a religion, racial characteristics of its members, etc. have been objective favourites throughout the centuries. Subjectivist definitions have drawn