

# Theorie des Rechts und der Gesellschaft

Festschrift für Werner Krawietz  
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte,  
Boris Toporoff und Dieter Wyduckel



Duncker & Humblot · Berlin

ATIENZA / PATTARO / SCHULTE / TOPORNIN / WYDUCKEL (Hrsg.)

## Theorie des Rechts und der Gesellschaft



Werner Krausitz



# Theorie des Rechts und der Gesellschaft

Festschrift für Werner Krawietz  
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte,  
Boris Topornin und Dieter Wyduckel



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

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


© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISBN 3-428-11394-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Festschriftentitel werden regelmäßig mit Bedacht gewählt. Das gilt auch für diese Festschrift, die Werner Krawietz von 40 Kolleginnen und Kollegen, langjährigen Weggenossen, Schülern und Freunden aus aller Welt zu seinem 70. Geburtstag gewidmet ist. Unter dem Titel „Theorie des Rechts und der Gesellschaft“ knüpft sie an das langjährige Forschungsprogramm des Jubilars an, das dieser als Amtsnachfolger von Helmut Schelsky seit 1979 auf dem Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster aufgegriffen und kontinuierlich fortentwickelt hat [siehe dazu nur Krawietz, In Memoriam Helmut Schelsky (1912–1984), RECHTS THEORIE 15 (1984), 133–137]. Helmut Schelskys institutionelles Rechtsdenken und sein personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie haben Werner Krawietz nachhaltigen Anlass zur Auseinandersetzung mit einer funktionalen Betrachtungsweise des Rechts geboten.

Gleichzeitig wird mit dem Titel dieser Festschrift aber auch der Bogen zu den Forschungen Niklas Luhmanns geschlagen [siehe insoweit nur Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993]. Im Vorwort seines opus magnum hat Werner Krawietz mit Grund darauf hingewiesen, dass Niklas Luhmann die funktionale Betrachtungsweise des Rechts mit seiner „funktional-strukturellen Systemtheorie“ in besonders konsequenter Weise vertritt [Krawietz, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, XIV]. Diese Übereinstimmung im Grundsätzlichen hat Differenzen im Einzelnen natürlich nicht ausgeschlossen. So hat der Jubilar unter der Überschrift „Weltrecht und Weltgesellschaft oder gesteigerte Autonomisierung regionalgesellschaftlicher Rechtssysteme?“ den weltgesellschaftlichen Forschungsansatz Niklas Luhmanns erst jüngst erneut in Frage gestellt [Krawietz, Editorial: Konflikt verschiedenartiger Rechtskulturen oder universales Rechtssystem – Auf dem Wege zu einem Kerneuropa?, RECHTS THEORIE 33 (2002), VII, XIII ff.]. Ganz unabhängig davon dürfte damit aber deutlich geworden sein, dass die fortdauernde Suche nach einer „Theorie des Rechts und der Gesellschaft“ in Auseinandersetzung mit den Arbeiten Helmut Schelskys und Niklas Luhmanns von Anfang an das zentrale Forschungsinteresse unseres Jubilars dargestellt hat und noch heute darstellt. Von daher hoffen die Herausgeber und Autoren dieser Festschrift auf eine freundliche und interessierte Aufnahme ihrer Forschungsbemühungen durch den Jubilar.

Eine funktionale Betrachtungsweise des Rechts liegt auch der inhaltlichen Strukturierung dieser Festschrift zugrunde. Sie orientiert sich an der Selbst- und Fremdbeschreibung des Rechtssystems. Besondere Bedeutung kommt dabei der Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung des Rechtssystems zu. Beiden geht es um die Einheit des Systems. Selbstbeobachtung ist die im System auf das System gerichtete Operation, während Selbstbeschreibung die Anfertigung eines entsprechenden Textes meint. Für das Rechtssystem wird diese von der Rechtspraxis, der Rechtsdogmatik, der Rechtsphilosophie und der Juristischen Methodenlehre wahrgenommen. Der Fremdbeschreibung des Rechtssystems als eines sich selbst beschreibenden Systems widmen sich insbesondere Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte. Auf dieser Grundlage vereinigt die Festschrift historisch-methodologische Untersuchungen (I.), rechtsphilosophische Reflexionen (II.), sprachphilosophische Analysen (III.), rechtsrealistische Betrachtungen (IV.) und rechtssoziologische Beobachtungen (V.).

Die Vita unseres Jubilars hat im Vorwort der ihm zum 60. Geburtstag gewidmeten Festschrift ausführliche Würdigung erfahren, so dass an dieser Stelle darauf Bezug genommen werden kann [Aarnio/Paulson/Weinberger/von Wright/Wyduckel (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Duncker & Humblot, Berlin 1993, V–IX]. Etwas Wichtiges bleibt aber nachzutragen: Seit seiner Emeritierung widmet sich Werner Krawietz mit ganzer Kraft und großem Erfolg dem Aufbau und der Leitung des Internationalen Zentrums für deutsch-russische Rechtsstudien der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. In diesem Rahmen wird an der Akademischen Rechtsuniversität Moskau gemeinsam mit der Universität Münster und ihrer Rechtswissenschaftlichen Fakultät ein integriertes deutsch-russisches Studienprogramm betrieben.

Wir halten an dieser Stelle inne, um eines Beitragenden zu gedenken, der während der Drucklegung dieser Festschrift verstorben ist: Georg Henrik von Wright, Nachfolger Ludwig Wittgensteins auf dem Lehrstuhl für Philosophie der University of Cambridge und Begründer der modernen Normenlogik. Mit ihm war Werner Krawietz seit langem kollegial verbunden. Wir werden ihm ein ehrendes Andenken bewahren.

Dieser Band hätte nicht fertiggestellt werden können ohne die tatkräftige Mithilfe einiger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Hier sind vor allem Wiss. Ass. Dr. Rainer Schröder und Wiss. Mitarb. Ben Michael Risch von der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden zu nennen, die den redaktionellen Entstehungsprozess dieser Festschrift mit großer Umsicht und beeindruckender Sorgfalt begleitet haben. Vorbereitung und Abwicklung der umfangreichen Korrespondenz lagen in den Händen von Frau Katrin Börner. Ihnen allen sei für ihre nie nachlassende Mithilfe sehr herzlich gedankt.

Besonderer Dank gilt schließlich dem Verlag Duncker & Humblot sowie seinem Geschäftsführenden Gesellschafter Herrn Professor Dr. jur. h.c. Norbert Simon, dessen großzügige Förderung und Unterstützung die Publikation dieser Festgabe ermöglicht hat.

Im Advent 2003

*Die Herausgeber*





# Inhaltsverzeichnis

## I. Historisch-methodologische Untersuchungen

<i>Harold J. Berman</i>	
Integrative Jurisprudence and World Law .....	3
<i>Athanasios Gromitsaris</i>	
Die methodologische Herausforderung des Europarechts. Zum Verhältnis von Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie am Beispiel des Staatshaftungsrechts .....	17
<i>Birgit Krawietz</i>	
Ibn Taymiyya, Vater des islamischen Fundamentalismus? Zur westlichen Rezeption eines mittelalterlichen Schariatsgelehrten .....	39
<i>Gerd Roellecke</i>	
Religion, Moral und Rechtsstruktur. Zur Frage nach der Richtigkeit des Rechtes .....	63
<i>Florian Simon</i>	
Legalität, Legitimität und das Politische – Ein Briefwechsel .....	83
<i>Klaus Veddelar</i>	
„Das Recht als Kultur – Was steckt dahinter?“ .....	99
<i>Dieter Wyduckel</i>	
Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte. Warum die Rechtsgeschichte der Rechtstheorie und die Rechtstheorie der Rechtsgeschichte bedarf .....	109

## II. Rechtsphilosophische Reflexionen

<i>Jan M. Broekman</i>	
The Multicultural Self .....	143
<i>Ernesto Garzón Valdés</i>	
Heuchelei, Mitgefühl und Rechtsstaat .....	163
<i>Henry Kerger</i>	
Zum Verhältnis von Norm und Regel bei Nietzsche, Wittgenstein und Ihering .....	189
<i>Joachim Lege</i>	
„Recht und Moral“. Überlegungen zu einer altehrwürdigen Antithese .....	217

<i>Raul Narits</i>	
Legitimationsfragen des Grundgesetzes im offenen Gesellschaftsleben . . . . .	225
<i>Walter Ott</i>	
Anthropologische Vorgegebenheiten des Rechts . . . . .	243
<i>Johannes Strangas</i>	
Kritische Bemerkungen zur Deutung der rechtlichen Grundnorm als Fiktion	265

### III. Sprachphilosophische Analysen

<i>Aulis Aarnio</i>	
On the Notion of Systematization. Some Thoughts on Normative Systems .	293
<i>Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero</i>	
Three Problems of Three Theories of Legal Validity . . . . .	303
<i>Eugenio Bulygin</i>	
Rechtsprechung: Anwendung oder Erzeugung des Rechts? . . . . .	317
<i>Massimo La Torre</i>	
The Rationality of Law and its Limits: Legal Reasoning Between Logic and Decision . . . . .	329
<i>Stanley L. Paulson</i>	
Der Mittelweg Hans Kelsens: Ein zweiter Blick . . . . .	345
<i>Alexander Peczenik</i>	
The Clash of Legal Doctrine with Analytical Philosophy? . . . . .	365
<i>Kaarlo Tuori</i>	
Legal Science and the Coherence of Law . . . . .	383
<i>Ota Weinberger</i>	
Pragmatische Bedeutungstheorie und Juristische Interpretation . . . . .	405
<i>Georg Henrik von Wright</i>	
Action . . . . .	415

### IV. Rechtsrealistische Betrachtungen

<i>Francesco Belvisi</i>	
Die Positivität des Rechts beim frühen Jhering: Zwischen Formalismus und Realismus . . . . .	429
<i>Jes Bjarup</i>	
Law and Legal Knowledge from a Realistic Perspective . . . . .	459
<i>Carla Faralli</i>	
The Reception of Scandinavian Legal Realism . . . . .	485

<i>Ansgar Hense</i>	
Mehrperspektivische Annäherungen an das Phänomen Solidarität und das Solidarprinzip. ‚Aundeutungen von Deutungen‘ und Problemstellungen aus der Perspektive der Rechtswissenschaft und der Nachbarwissenschaften . . .	525
<i>Stig Jørgensen</i>	
Law and Society . . . . .	571
<i>Thomas Lundmark</i>	
Harmonisation through Precedents . . . . .	577
<i>Enrico Pattaro</i>	
Norms and Normative Systems . . . . .	587
<i>María José García Salgado</i>	
Rechtliche versus gesellschaftliche Interessen? Philipp Hecks Konflikttheo- rie als Beitrag zur modernen Rechtstheorie . . . . .	613
<i>Robert S. Summers</i>	
Form and the Theory of Law . . . . .	635
<i>Csaba Varga</i>	
What is to Come after Legal Positivism is Over? Debates Revolving around the Topic of <i>The Judicial Establishment of Facts</i> . . . . .	657
<b>V. Rechtssoziologische Beobachtungen</b>	
<i>Antonis Chanos</i>	
Recht verstehen. Zur systemtheoretischen Rekonstruktion hermeneutischen Sinnverstehens im Bereich des Rechts . . . . .	679
<i>Raffaele De Giorgi</i>	
Handlung als historisch-evolutives Artefakt . . . . .	707
<i>Nikolaos Intzessiloglou</i>	
Integrating Sociology of Law in a Global Legal Science . . . . .	721
<i>Rainer Schröder</i>	
Social Institutions Revisited – zum Verhältnis von Institutionen- und Systemtheorie . . . . .	747
<i>Martin Schulte</i>	
Begriff und Funktion des Rechts der Gesellschaft. Eine Selbst- und Fremd- beschreibung des Rechtssystems . . . . .	767
<i>Boris N. Toporin</i>	
Selbstreferenz, Positivität und Dualismus des Rechts im russischen Rechts- system . . . . .	791
Bibliographie Werner Krawietz ( <i>Andreas Scheman</i> und <i>Petra Werner</i> ) . . . . .	803
Verzeichnis der Mitarbeiter . . . . .	843





## **I. Historisch-methodologische Untersuchungen**



# Integrative Jurisprudence and World Law

By Harold J. Berman

In this essay, dedicated to Werner Krawietz in honor of his distinguished scholarship and of his adherence to a legal theory that transcends national boundaries, I advocate a revival of the historical school of legal theory and its re-integration with its two rival schools, positivism and natural-law theory. I argue further that such an integrative jurisprudence, which combines the three major schools, is needed to understand the growing body of world law that has accompanied the expansion of the world economy and the emergence of a world society.<sup>1</sup>

## I.

The three major schools of modern Western jurisprudence – positivism, natural-law theory, and the historical school – finally separated from each other only in the late eighteenth and nineteenth centuries. Indeed, the historical theory, which had been adumbrated in earlier centuries, especially in England, only became a distinct “school” when it was elaborated in Germany by Savigny in the early nineteenth century.<sup>2</sup>

Summarizing each of the three schools separately, one may say that positivists treat law as essentially a political instrument, a body of rules promulgated (“posited”) and enforced by official law-making authorities, “the state;” naturalists treat law as essentially moral in character, an embodi-

---

<sup>1</sup> This essay draws on previous articles by the author, including “Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History,” *California Law Review*, vol. 76 (1988), pp. 779–801; “Law and Logos,” *DePaul Law Review*, vol. 44 (1994), pp. 143–164; “World Law,” *Fordham International Law Journal*, vol. 18 (1995), pp. 1617–1622.

<sup>2</sup> In the seventeenth century English jurists and English courts counterposed the historical development of the English common law to the absolute power of the crown. See Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale,” *Yale Law Journal*, vol. 103 (1994), pp. 1651–1738. A century later Edmund Burke expounded a political philosophy that stressed the supremacy of evolving tradition over both political will and abstract reason. It is generally believed that Savigny was influenced by the writings of Burke, which were widely known in Savigny’s time.

ment of principles of reason and conscience implicit in human nature; and historicists treat law as essentially cultural in derivation, a manifestation of the historically developing ethos of the society whose law it is. Positivists emphasize the source of law in legislation, and analyze the rules of law existing in a given polity at a given time independently of their correspondence to moral principles and independently of the historical consciousness of the given polity. Only after one determines what the law “is,” they say, is it appropriate to consider what it “ought to be.” Naturalists, on the other hand, emphasize the source of law in fundamental principles of justice, merging the “is” and the “ought” and analyzing legal rules in the light of the moral purposes that underlie them. Finally, historicists emphasize the source of the law that “is” and the law that “ought to be” in the past customs and traditions of the given society, including the previous decisions of its courts and the scholarly writings of its jurists, contending that the meaning of legal rules is to be found in the character, the culture, the evolving historical values, of that society.

Prior to the so-called Enlightenment of the eighteenth century, the question of primacy among these three theories was not critical, since in Christian Europe it was almost universally presupposed that God is the ultimate source of order, of justice, and of human destiny – all three. Thus it was possible to integrate in theological terms the political, the moral, and the historical dimensions of law. Pre-Enlightenment writers such as Aquinas, Grotius, and Locke, who, despite their diversity, are usually characterized as believers in natural law, also accepted major parts of both the positivist concept of law as a body of rules laid down by the lawmaking authority and the historicist concept of law as an expression of the customs and beliefs of the society whose law it is. Roman Catholic, Protestant, and Anglican jurisprudence certainly differed from each other in important respects, but all three postulated that God has implanted reason and conscience in human minds and hearts, that he has ordained earthly rulers with power to make and enforce laws, and that the history of law represents the providential fulfillment of God’s plan. Tensions among the political, the moral, and the historical dimensions of law were recognized, but they were finally resolved by finding their common source in the tri-une God, who is an all-powerful lawmaker, a just and compassionate judge, and the inspirer of historical progress, and whose “vestiges” in the human psyche, as St. Augustine taught, are will, reason, and memory, respectively.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> See St. Augustine Confessions (E. B. Pusey trans., 1907), pp. 317–18: “Now, the Three I spake of are, To Be, to Know, and to Will. For I Am, and Know, and Will; and I Know myself to Be, and to Will; and I Will to Be, and to Know. In these three, then, let him discern that can, how inseparable a life there is, yea one life, one mind, and one essence, yea lastly how inseparable a distinction there is,

With the secularization of legal scholarship in the nineteenth and twentieth centuries, the tension between positivist and naturalist theories of law became especially sharp. In recent decades – at least in England and the United States – their opposition to each other has begun to be somewhat softened. Positivists acknowledge that a legal system may expressly include overriding moral norms guaranteeing procedural and substantive equity and equality both in legal rules themselves and in their application. Similarly, naturalists have increasingly taken account of the moral nature of the political element in law – the virtues of legal security, including faithful adherence to statutory texts.

Naturalists and positivists ultimately diverge, however, in their interpretation of legal rules. The positivist interprets them according to the intent of the lawmaker, since law, for the positivist, is an instrument of the will of the lawmaker. The naturalist, on the contrary, considers also the purpose of the rule itself, including its purpose as part of a system of justice. The naturalist assumes that it is a purpose of every rule of law that it be applied fairly, equitably, and that if the lawmaker has perversely intended a gross injustice then that intent is not to be carried out. Thus in interpreting and applying legal rules one who adheres to a positivist theory of law will, in effect, defend, above all, the political order, while one who adheres to a theory of natural law will, in effect, defend, above all, the moral order.

What is missing from the debate between legal positivists and legal naturalists is a recognition of the normative significance of the historical dimension of law. In history, in real life, what is morally right in one set of circumstances may be morally wrong in another; likewise, what is politically good in one set of circumstances may be politically objectionable in another. Conflict between the morality and the politics of law, between what philosophers call the Right and the Good, may be resolved in the context of historical circumstances; history, the remembered experience of society, may permit or even compel an accommodation between morality and politics. This is, indeed, a fundamental purpose of law, which may be defined as the balancing of justice and order in the light of experience.

Historical jurisprudence, which had been implicit in the development of the Western legal tradition from the twelfth century on,<sup>4</sup> and which had played a critical role in the development of the English common law in the

---

and yet a distinction.” Augustine’s concept of “will” included intent and desire, of “knowledge” and “mind” included reason and conscience, and of “being” and “essence” included memory, which he understood as not only recollection of the past but also awareness of the present and anticipation of the future. This definition of memory corresponds to the concept of “the temporally extended self” developed by the eminent cognitive psychologist Ulric Neisser. See Neisser, “Five Kinds of Self-knowledge,” *Philosophical Psychology*, vol. 1 (1988), pp. 35, 46–50.