

108  
P 414  
20229

general comparative and historical framework, but the methods in question are not linked with those elaborated when constructing the models of a rational law-making (J. Wróblewski, "Model racjonalnego tworzenia prawa" (A Model of the Rational Law-making), *Panstwo i Prawo* 11, 1973.). The concept of a legal technique used for methodology of the application of law seems to be strongly influenced by the ideas of F. Geny. The application of law should realize three principal values by making a compromise of the "exegetical method" and the "sociological method" (p. 224). It seems that the methods of the application of law and of its ideology are treated in a rather simplified way and do not keep a clear division between descriptive and normative approach (Cf. J. Wróblewski, "Idéologie de l'application judiciaire du droit", *Österr. Zft. f. öff. Recht* 25, 1974.).

There is the open question whether and, eventually, how the "methods of legal technique" are linked with the "methods of legal cognition". This question is important and should be answered especially by those assuming that these two types of methodology do constitute two parts of a legal methodology as a whole.

Lódź

Jerzy Wróblewski

Waldemar Schreckenberger, *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*. Alber-Verlag, Freiburg 1978. 467 pages. Prix 98,— DM.

Le beau volume de Waldemar Schreckenberger, qui constitue sa thèse d'habilitation à l'Université de Mainz, est une importante contribution au débat sur la nature du raisonnement juridique.

N'étant pas spécialiste en droit constitutionnel allemand, je ne dirai rien de la manière dont l'auteur interprète les décisions de la Cour, qu'il cite abondamment. Ce qui m'intéresse surtout, et qui intéressera tout lecteur que préoccupent les problèmes de logique et de méthodologie juridiques, c'est son analyse du rôle d'une Constitution et d'un tribunal constitutionnel dans un système de droit, et de la manière dont la Cour constitutionnelle a pu, grâce à des techniques argumentatives appropriées, s'acquitter de sa tâche de façon approfondie.

Si le raisonnement juridique devait être considéré comme la simple déduction d'une décision particulière à partir d'une règle de droit générale — qui indiquerait quelles conséquences juridiques découlent d'un état de choses donné — les principes constitutionnels ne devraient pas être considérés comme des règles de droit. En effet, on ne voit pas comment, par simple déduction, on pourrait tirer une conséquence juridique de textes aussi vagues que l'Art. 1, Abs. 1, ou de l'article 2, Abs. 1 de la loi constitutionnelle qui s'énoncent respectivement: «Die Würde des Menschen ist unantastbar» et «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». En effet, au positiviste qui voudrait arriver à des conséquences juridiques grâce à une simple analyse sémantique, ces textes devraient paraître des formules vides, le deuxième pouvant même être interprété comme la tautologie «chaque personne est libre de ce faire ce qui ne lui est pas interdit». Mais le rôle de ces textes est différent. Il est de proclamer que les principes sur lesquels se fonde le nouvel Etat allemand, érigé sur les ruines de l'Etat nazi, sont ceux qui caractérisent la grande tradition des démocraties libérales, et qui proclament la dignité de la personne humaine, sa liberté, ainsi que le principe de l'égalité de tous devant la loi (Art. 3, Abs. 1, GG). Leur rôle est, d'une part, de légitimer le nouvel Etat aux yeux de l'opinion publique, et de donner des directives à ceux qui exercent dans cet Etat les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Mais ce qui est le plus intéressant pour ceux qui étudient le raisonnement juridique en général, et le raisonnement judiciaire en particulier, est de voir comment la Cour tranchera les conflits où l'une des parties invoque la violation de l'un ou l'autre article de la Constitution. Comment la Cour pourra-t-elle, sans paraître trancher d'une façon arbitraire, décider que telle disposition légale viole ou ne viole pas telle disposition constitutionnelle, alors que celle-ci est rédigée d'une façon tellement vague que la Cour semble disposer d'un pouvoir d'interprétation presque illimité? C'est à cette préoccupation que répondent les techniques d'argumentation de la Cour, si longuement et si finement analysées par l'auteur: il montre clairement que le rôle des techniques rhétoriques est de créer un *consensus*, non seulement autour des principes de la Constitution, mais aussi de la manière dont ceux-ci sont interprétés et appliqués.

Toute solution d'un conflit relatif à l'application d'un texte constitutionnel ne peut résulter que d'un choix entre des interprétations possibles d'un même texte ou du primat accordé à l'une ou l'autre des valeurs pro-

tégées par la Constitution: pour que la décision prise ne paraisse pas arbitraire, il lui faut un fondement autre que le texte lui-même. Les premières décisions de la Cour faisaient allusion à un droit supérieur («überverfassungsmäßiges Recht»), puis à une vision préconstitutionnelle («vorverfassungsmäßige Ebene») (pp. 142–148), dont les constituants se seraient inspirés. Mais bientôt le tribunal s'est rabattu, pour chercher un critère de décision et de justification, sur un principe herméneutique caractéristique des sciences humaines (Geisteswissenschaften). En concevant les divers articles de la Constitution comme exprimant une vision globale, celle d'un Etat de droit, d'une démocratie pluraliste, la Cour a inventé une «argumentation holiste» (pp. 541 et suivantes) où chaque texte est rattaché à une conception unitaire et globale: le droit constitutionnel consisterait non seulement en articles isolés, mais aussi «aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert habe» (p. 148). Il s'agit ici du passage bien connu de l'acte à l'essence, grâce auquel l'essence fournissant le critère, il ne serait plus absurde de parler des «Verfassungswidrige Verfassungsnormen» (p. 157) c'est-à-dire de textes constitutionnels contraires à l'*esprit* de la Constitution. Cette conception devient, comme le tribunal l'a lui-même affirmé, le principe directeur de l'interprétation: «Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der Staatlichen Gemeinschaft zu sein» (pp. 164–165).

Cet ordre étatique, qualifié ailleurs de «Freiheitliche demokratische Grundordnung» (p. 169) fournit une vision unitaire qui, systématiquement élaborée à l'occasion de cas concrets, permettra à la fois de préciser les termes qui figurent dans les textes constitutionnels, de compléter les lacunes de la loi, de systématiser l'ensemble des valeurs protégées par la Constitution et, le cas échéant, d'amender les textes contraires à l'*esprit* de la Constitution.

La Cour constitutionnelle, dans la mesure où elle vise un *consensus*, préférera recourir à des notions moins techniques, mais susceptibles de faire l'objet d'un accord généralisé, ce qui lui permettra de montrer que le grand pouvoir qui lui a été donné d'interpréter des textes vagues, protégeant des valeurs parfois incompatibles, a été exercé d'une façon raisonnable, conformément à des principes généralement reconnus.

La thèse de Josef Esser, selon laquelle toute décision judiciaire est l'expression d'un jugement de valeur explicite ou implicite, ne se confirme dans aucun domaine d'une façon aussi éclatante que dans les décisions de la Cour Constitutionnelle.

Grâce à l'étude de Waldemar Schreckenberger, les démarches de la Cour sont présentées comme sous un verre grossissant. Sa lecture convainc de l'importance primordiale du facteur rhétorique pour la compréhension et l'interprétation des textes constitutionnels.

Bruxelles

Chaim Perelman

Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1978. 396 Seiten. Preis 32,— DM.

Die Göttinger Dissertation gliedert sich auf eine Einleitung in drei Hauptabschnitte, nämlich zu einigen Theorien des praktischen Diskurses, einen Entwurf einer Theorie des allgemeinen rationalen praktischen Diskurses und eine Theorie der juristischen Argumentation. Philosophisch fußt die bei Ralf Dreier gefertigte Arbeit auf analytischer Ethik (unter Anleitung von Günter Patzig), der Konsensustheorie der Wahrheit von Jürgen Habermas, der Erlanger Schule und der Theorie der Argumentation von Chaim Perelman. Herrschaftscharakter und Geschichtlichkeit des Rechts werden nicht selbständig reflektiert und in die Theoriebildung einbezogen (vgl. aber S. 169 ff., auch Note 411, und S. 190 ff.). Die Arbeit bleibt so einem Generaleinwand philosophischer Laien juristischer Schulung ausgesetzt (vgl. etwa W. Schmidt, *VVDStRL* 33 (1975), S. 184 ff., 197 f.; zum geringen demokratietheoretischen Ertrag des Ansatzes von J. Habermas vgl. G. Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen 1978, S. 104 ff., 106 Note 146). Alexy verweist diese Fragen in die Gesellschaft (S. 358 f., 258), sucht sie also bewußt nicht zum Gegenstand der Metaebene einer Theorie juristischer Begründung oder Verfahren zu machen. Dieses Vorgehen erstaunt nicht, sofern jüngere Vertrags- und Konsensustheorien (John Rawls, Jürgen Habermas) überhaupt auf eine Theorie von Herrschaft und Geschichte verzichten und eine ideale (Ausgangs-)situation hypothetisch voraussetzen oder in Freiheit erarbeiten wollen.