



UNIVERSITÄT
BAYREUTH

Internationales Symposium

Elemente einer diskursiven Grund- und
Menschenrechtstheorie

Elements of a Discursive Theory of Fundamental Rights

29. September bis 1. Oktober 2021

Abstracts

Inhaltsverzeichnis

Mittwoch, 29. September

Panel 1: Diskurstheoretische Fundamente

Eric Hilgendorf (S. 1), Jan-R. Sieckmann (S. 1), Leonardo Di Carlo (S. 2)

Panel 2: Ideales Sollen

Hidehiko Adachi (S. 3), Mattias Kumm (S. 3)

Panel 3: Grundfragen zur Prinzipientheorie

Axel Tschentscher (S. 4), Virgílio Afonso da Silva (S. 4)

Keynote: Mark Tushnet (S. 6)

Donnerstag, 30. September

Panel 4: Theorie der Verhältnismäßigkeit

Martin Borowski (S. 9), Matthias Klatt (S. 9), María Elósegui (S. 10)

Panel 5: Interpretation und Argumentation

Andreas Funke (S. 12), Laura Clérico / Martín Aldao (S. 12)

Panel 6: Begriff und Geltung des Rechts

Nils Jansen (S. 13), Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (S. 13)

Keynote: Dieter Grimm (S. 15)

Freitag, 1. Oktober

Panel 7: Menschenrechtsbegründungen

Georg Lohmann (S. 17), Alejandro Nava Tovar (S. 18), Carsten Bäcker (S. 18)

Panel 8: Grundrechtskonzeptionen

Josef Franz Lindner (S. 20), Carlos Bernal-Pulido (S. 20)

Panel 9: Verfassungsrechtliche Rechte

Julian Rivers (S. 21), Jorge Alexander Portocarrero Quispe (S. 21)

Keynote: Robert Alexy (S. 23)

Mittwoch, 29.09.21

Panel 1: Diskurstheoretische Fundamente

Eric Hilgendorf (Würzburg)

Die Diskurstheorie des Rechts

Die Versuche, Moral zu „begründen“, reichen bis in die Antike zurück. Wichtige Stationen sind das theonome Begründungsmodell, wie es sich etwa in der Bibel findet, die Ideenlehre Platons, das religiöse Naturrecht des Mittelalters sowie das Natur- und Vernunftrecht der Aufklärung. Auch der kategorische Imperativ Kants und der klassische Utilitarismus Benthams gehören in diesen Zusammenhang. In der Gegenwart spielt, zumindest in Deutschland, die Diskursethik eine wichtige Rolle. Grundidee ist, dass mit dem Gebrauch von Sprache bestimmte normative Annahmen über den Gesprächspartner bereits getroffen wurden. Auf diese Weise soll Sprache als Moralquelle dienen. Wichtige Vertreter des diskursethischen Ansatzes sind Karl-Otto Apel und Jürgen Habermas; in der Rechtsphilosophie hat sich Robert Alexy zu ihr bekannt. Skeptiker haben eingewandt, dass der Versuch einer Moralbegründung über Sprache einer kritischen Analyse nicht standhalte. Des Weiteren wurden die Versuche kritisiert, diskursethisch legitimierte Normen als „Argumentationsregeln“ zu formulieren. In dem Vortrag soll es darum gehen, diese Kritiken Revue passieren zu lassen und einen Alternativvorschlag zu präsentieren.

Jan-R. Sieckmann (Erlangen)

Diskurs und Autonomie

Ein zentrales Problem der Diskurstheorie ist, wie ein rationaler Diskurs zur Begründung normativer Aussagen beitragen kann. Eine Begründung muss sich auf Gründe stützen, die jedem vernünftig Urteilenden einleuchten. Wenn es aber solche Gründe gibt, scheint ein

Diskurs als Begründungsinstrument überflüssig und hätte lediglich heuristische Funktion. Das Ergebnis würde aus den Gründen folgen. Wenn es aber keine Gründe für eine normative Aussage gibt, kann auch ein Diskurs keine Begründung liefern. Ein paralleles Problem besteht hinsichtlich der Konzeption moralischer Autonomie. Autonome Subjekte sollen selbstgesetzgebend sein. Es ist nicht klar, wie eine Bindung an selbstgesetzte Normen möglich sein sollte. In diesem Beitrag soll untersucht werden, welche Bedeutung Diskurs und Autonomie für die Begründung von Normen haben können. Eine wichtige Unterscheidung ist dabei die der Konzeption von Diskursen als Erkenntnisverfahren oder als Normerzeugungsverfahren.

Leonardo Di Carlo (Foggia)

Robert Alexys Diskursregeln zwischen funktionaler und transzendentaler Dimension

Ziel dieses Beitrags ist es, die Diskurstheorie von Robert Alexy im Hinblick auf zwei Grundkategorien der Rechtserfahrung zu untersuchen: die Rechtsidentifikation und den Rechtsbegriff im engen Sinn. Hinsichtlich der ersten der beiden Kategorien wird in diesem Beitrag die These vertreten, dass Diskursregeln die Grundlage für die Identifikation von Recht bilden. Ideelle Objekte wie Rechtsnormen können letztlich nur dann wahrgenommen werden, wenn sie nach den Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses argumentativ organisiert und strukturiert sind. Im Hinblick auf den Rechtsbegriff muss das Recht mittels der Grundrechte, die Alexy in den Diskursregeln begründet, der sozialen Integration dienen. Der allgemeine praktische Diskurs bildet daher die Grundlage sowohl für die Identifikation des Rechts als auch für den Rechtsbegriff.

Panel 2: Ideales Sollen

Hidehiko Adachi (Kanazawa)

Ideales Sollen als Sollen in der idealen Welt

Nach Robert Alexy stellen Prinzipien „ideales Sollen“ dar. Ist dieses ideale Sollen als Sollen in der idealen Welt zu verstehen? Zur Beantwortung dieser Frage werden mehrere Unterscheidungen von Normen betrachtet. Dabei handelt es sich um die Unterscheidung zwischen Normen und normativen Aussagen (norm-propositions), um die zwischen individuellen und generellen Normen sowie die zwischen bedingten und unbedingten Normen. All diese Unterscheidungen sind theoretisch unabhängig von der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien nach Alexy. Auf der Grundlage dieser verschiedenen Unterscheidungen wird die These vertreten, dass Prinzipien als (individuelle und unbedingte) Normsätze in der idealen Welt verstanden werden können.

Mattias Kumm (New York|Berlin)

The ideal dimension of the law

After analyzing and discussing competing claims about the ideal dimension of the law by Robert Alexy, Joseph Raz and Ronald Dworkin this contribution seeks to develop the basic contours of a non-positivist conception of law, that puts law's claim to legitimate authority at its center.

Panel 3: Grundfragen zur Prinzipientheorie

Axel Tschentscher (Bern)

Die schweizerische Rezeption der Grundrechtstheorie Robert Alexys

Die Grundrechtstheorie von Robert Alexy ist in der Schweiz wenig bekannt und spielt in der Rechtsprechung der Gerichte eine geringere Rolle als in Deutschland. Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass sich wortgewaltige Gegner der Theorie zwar in Deutschland finden, nicht aber in der Schweiz. Gleichwohl ist der Siegeszug der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Grundrechtsjudikatur der Schweiz nicht aufzuhalten. Insofern kann man die damit verbundene Abwägung durchaus als implizite Rezeption jedenfalls von Teilen der Theorie ansehen. Die institutionellen Besonderheiten der schweizerischen Judikatur, insbesondere das System der diffusen statt konzentrierten Normenkontrolle und das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber, bilden allerdings eine Rezeptionshürde. Außerdem enthält die Bundesverfassung seit der Totalrevision von 1999 zwei zentrale Normen zur Verhältnismäßigkeit, die einen Rekurs auf die Prinzipientheorie als grundrechtstheoretisches Fundament weitgehend entbehrlich machen.

Virgílio Afonso da Silva (São Paulo)

Die verborgene Welt hinter Fußnote 24

„Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip“. Dies ist eine der Kernannahmen von Alexys Theorie der Grundrechte. Eine zweite Kernannahme lautet: Abwägungen gehören zur Welt der Prinzipien. In meinem Beitrag versuche ich, eine weniger monolithische Sichtweise der Abwägung anzubieten. Prinzipien und Regeln treffen ständig aufeinander, und es gibt keine Möglichkeit, Regeln gegen Abwägungen zu immunisieren. Die Behauptung, dass es Regeln gibt, die strikt gelten und deshalb vor Prinzipien und Abwägung geschützt sind (Theorie der Grundrechte, Kapitel 3, Fußnote 24), ist selbst das Ergebnis einer Abwägung. Ich behaupte daher, dass Abwägungen, je nach Art der Spannung zwischen Regeln und Prinzipien, unterschiedliche Rollen spielen. Bei einer verfassungsgerichtlichen Normkontrolle kann etwa die Verfassungsmäßigkeit einer Regel anhand einer Abwägung von Prinzipien geprüft werden. Demgegenüber werden Prinzipien und Abwägungen bei der herkömmlichen juristischen Interpretation nicht gegen die Geltung einer Regel eingesetzt;

vielmehr dienen sie dazu, zu bestimmen, was die Regel verlangt. Die Feststellung, dass Prinzipien und Abwägungen unterschiedliche Rollen in verschiedenen Kontexten spielen können, führt zu einer weiteren Differenzierung, nämlich der zwischen der Abwägung als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Abwägung als autonome Auslegungsmethode (eine Differenzierung, die zunehmend ignoriert wird). Diese Schlussfolgerung hat aber nicht nur theoretische, sondern auch institutionelle Implikationen, auf die ich in meinem Beitrag ebenfalls eingehen werde.

Keynote: Mark Tushnet (Boston)

Mark Tushnet (Boston)

Proportionality and the Problem of Regulatory Subsidies

Regulatory subsidies (often described as a form of “special interest” legislation) are pervasive in modern socio-economic political systems. Such subsidies take the form of regulations that benefit an identifiable class (or burden a class’s competitors). They are common in labor regulations, occupational regulations, regulations of consumer goods, and more. Using proportionality analysis to deal with their constitutionality raises a number of questions. Providing a group with a subsidy is, or should be, unproblematic as a permissible legislative goal. Almost inevitably, though, a regulatory subsidy is worse than direct payments (or, put another way, there is almost always an equally good or better way to subsidize, via direct payments). The reason is that regulatory subsidies distort economic activity by keeping more efficient sellers, producers, etc., out of the regulated area. They are attractive to legislators, though, for two reasons: The subsidies are hidden – off-budget, so to speak – and the costs are born by consumers and purchasers in that capacity, rather than by them in their capacity as taxpayers. For these reasons, regulatory subsidies are likely to fail to satisfy either the less restrictive means or proportionality as such stages of proportionality analysis. This conclusion can be reached from another direction, by ruling out as a permissible legislative method regulatory subsidies. That is, legitimate purposes must be public-regarding rather than special-interest oriented. Something like this thought seems common in discussions of regulatory subsidies, which are almost always are presented not as subsidies but as consumer- or worker-protection measures, that is, as serving a public-regarding purpose. Here too regulatory subsidies would generally fail proportionality analysis, here at the legitimate purpose step (or perhaps at the pure rationality step, because the purported public-regarding purposes are rarely served even minimally well by regulatory subsidies). Yet, the very pervasiveness of regulatory subsidies suggests some caution in developing an analysis that casts doubt on them across the board. True, the vision of a legislature devoted solely to promoting public-regarding goals is somewhat attractive. It might not be systematically implementable, though. Bruce Ackerman’s argument, that in times of ordinary politics voters tend to elect representatives who will promote the voters’ personal

interests – will vote for representatives who will enact special-interest legislation – seems generally accurate. Regulatory subsidies are a likely result. I do not argue that all special interest legislation is “good.” Indeed, a polity would probably be better off were all its laws to be justified solely in public-regarding terms. Whether courts using proportionality analysis can do more than move toward that goal in tiny steps seems to me questionable. And even that, if possible, might not be desirable if, for systemic reasons, there should be some room for regulatory subsidies, even within a legislative system that generally is public-regarding. Proportionality analysis is likely to be unhelpful to the large extent that it focuses on the challenged legislation at hand rather than on the overall system of which this particular regulatory subsidy is a part. And, finally, it is not clear to me how proportionality analysis might be adapted so as to allow some space for regulatory subsidies without allowing them across-the-board – any yet the preceding analysis suggests that, taken one by one, regulatory subsidies are likely to fail proportionality tests.

Donnerstag, 30.09.21

Panel 4: Theorie der Verhältnismäßigkeit

Martin Borowski (Heidelberg)

Alternativmittel und Optimierung

In der Prüfung der Verhältnismäßigkeit in der Form des Übermaßverbots sind bei der Beurteilung der Erforderlichkeit Alternativmittel in den Blick zu nehmen, welche das staatlicherseits verfolgte Ziel mindestens in gleichem Maße verwirklichen, den Grundrechtsträger aber weniger belasten. Es stellt sich die Frage, welche Auswirkungen Rechten Dritter oder kollektiven Gütern bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Alternativmitteln zukommt, sei es als Teil der Erforderlichkeitsprüfung oder jenseits von dieser. Geht man von einer grundsätzlich umfassenden Pflicht zur Optimierung staatlichen Handelns aus, verlangt dies nach Abwägungen bei der Prüfung von Alternativmitteln. Eine derartige Prüfung lässt sich allerdings nicht bruchlos in die traditionell verstandenen Prüfungen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne einfügen. Dies legt die Einführung eines vierten Teilgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne nahe.

Matthias Klatt (Graz)

Abwägung im Erkenntnisvakuum

Die Abwägung von Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien ist keineswegs immer, aber häufig eine besonders komplexe Herausforderung. Treten Erkenntnisunsicherheiten hinzu, potenzieren sich die Schwierigkeiten. Vollends erratisch scheint die Entscheidungslage zu werden, wenn ein Erkenntnisvakuum besteht. Ein epistemologisches

Vakuum besteht, wenn zwei normative oder empirische Prämissen der Abwägung in gleichem Maße plausibel sind, sich aber widersprechen. Der Anspruch auf Richtigkeit stößt hier scheinbar an eine unüberwindbare Grenze: Welche der gegenläufigen Prämissen richtig ist, und ob überhaupt eine von ihnen richtig ist, kann nicht objektiv festgestellt werden. Es sind diese Situationen, die für Kritiker der Abwägung nur noch Raum für pure Dezision lassen. Der Beitrag untersucht die Methode der Abwägung in Situationen des Erkenntnisvakuums anhand der Rolle formeller Prinzipien. Er verteidigt das Trennungsmodell gegen das Kombinationsmodell und schließt mit der Analyse einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

María Elósegui (Zaragoza|Straßburg)

The weight formula and the headscarf. Alexy's weight formula and its application to the 2015 German Constitutional Decision on the integration of muslim civil servants teachers

This paper analyses the proportionality test and the weight formula of Professor Robert Alexy in the balancing done by constitutional courts and other high courts. As material of analysis is taken the decision of the German Constitutional Court of 2015 about the compatibility of the use of the veil by female civil servant teachers who work in public education with the neutrality of the State. The three steps of the proportionality in broad sense are examined: the principle of adequacy or suitability, the principle of necessity and proportionality in the strict sense, concluding that this judicial decision correctly applies the principle of strict proportionality. First, because it establishes adequately that the degree of dissatisfaction of the school peace or the rights of the parents must be measured and qualified in view of real conflicts. Second, in examining the importance of satisfying the teachers' right to religious freedom and the negative consequences of the land's prohibitive law, it judges that this constitutes a serious injury and that it is a disproportionate and unnecessary measure. A general prohibitive law based on an abstract danger is contrary to the LF and an excessive interference in a DF because it does not allow the weighing of the specific case. Therefore, in the third step it is concluded that the importance of satisfying the rights of female teachers justifies the release of negative religious freedom of the students and that positive religious freedom prevails, with the exception of cases in which there are real conflicts. In these last, weighted the circumstances would fit certain transitory

temporary prohibitions of the use of the veil in specific places, a measure that for our part we have not considered adequate.

Panel 5: Interpretation und Argumentation

Andreas Funke (Erlangen)

Interpretationskompetenz: Allmende oder judikatives Monopol?

Trotz der Ablehnung des Rechtsrealismus scheint es für die Rechtstheorie ausgemacht zu sein, dass die Interpretation von Rechten eine Angelegenheit von staatlichen Gerichten (vielleicht auch von anderen Staatsorganen) ist. Wenn die Inhaber der Rechte diese Rechte auslegen, ist das eine Laieninterpretation. Sie ist als soziale Tatsache rechtlich unverbindlich. Die juristische Interpretation hat einen institutionellen Charakter (Alexy). Aber folgt daraus, dass die Laieninterpretation nicht bindet, dass sie für die konzeptionelle Welt der Rechtstheorie irrelevant ist? Mein Vortrag geht von der Hypothese aus, dass dies nicht so ist. Der institutionelle Bias erzeugt zumindest Spannungen, die ich herausarbeiten möchte. Inwiefern sind Normen dann noch Handlungsgründe? Geht es um Pflichten zur Achtung von Rechten oder um Pflichten zur Beseitigung von Rechtsverletzungen?

Laura Clérico (Erlangen) / Martín Aldao (Buenos Aires)

Complementing the Theory of Legal Argumentation: Scrapping Stereotypes

Through CEDAW and Belem do Pará the Interamerican Human Rights System sets a high standard against gender stereotyping. However, in order to actually enforce this standard systematically, stereotype analysis should be included in the local and regional legal toolkit. The thesis of this chapter/presentation is that stereotype analysis and legal argumentation theory concerning fundamental rights are mutually complementary. In order to prove the argument firstly we reconstruct legal argumentation and fundamental rights theories as methodological tools. Secondly we revisit stereotype analysis as developed by the ICHR in "Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México" and complement it with Timmer's developments on stereotyping and human rights case law. Finally we conclude that a thorough and committed human rights case law should account for gender stereotyping in order to account for the voices and perspectives of women, often obscured by structural hierarchical social patterns and dynamics which are at odds with human rights claimed standards.

Panel 6: Begriff und Geltung des Rechts

Nils Jansen (Münster)

Die Geltung des Rechts – Begriffsgeschichte und Theorie

Der Beitrag fragt nach dem Begriff der Geltung und geht dabei der verbreiteten Intuition nach, wonach der Begriff der Geltung Urteile über die Existenz von Normen zum Ausdruck bringt. In einem historischen Zugriff rekonstruiert der Beitrag das Aufkommen des Begriffs „Geltung“ als eines Kinds der juristischen Moderne. Als mit den ersten Verfassungen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Verbindlichkeit verfassungswidriger Gesetze fraglich wurde, begannen Juristen, verfassungswidrige Normen als „nicht existent“ zu beurteilen, weil solche Normen nicht Teil des Rechtssystems geworden seien. Als bald setzte sich für diesen Sachverhalt dann der Begriff der „Geltung“ durch. Geltungsaussagen in diesem Sinne der Zugehörigkeit zum Rechtssystem bzw. Existenz einer Norm sind nur in gestuften Rechtsordnungen sinnvoll; das erklärt, warum die Rede von Geltung erst mit der Entstehung gestufter Rechtssysteme aufkam. Dabei hat der Begriff der Geltung eine normative Komponente, weil es um die Verbindlichkeit von Normen geht, und eine deskriptive Komponente, weil die Verbindlichkeit von Rechtsnormen einen institutionellen Charakter hat. Das erklärt, warum Geltung in diesem Sinne nur als juristischer Begriff sinnvoll ist und die Rede von „moralischer“ oder „sozialer Geltung“ in die Irre führt.

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Belo Horizonte)

Formal Principles and the Concept of Law

In Robert Alexy's discursive theory of law, the concept of law is defined by means of balancing the principles of legal certainty, which is a formal principle, and material correctness or justice, which is a material principle. Inclusive non-positivism, which states that unjust law is valid except in cases of extreme injustice (Radbruch's formula), represents, according to Alexy, the appropriate balancing between these two principles. Since balancing involves, in this case, a formal and a material principle, it may be useful to verify how the models of formal principles that were developed within the principles' theory reconstruct this balancing procedure. The main models of formal principles that were developed for the reconstruction of balancing decisions in the context of judicial review are the combination model (or mixed substantive-formal model), the separation model and the epistemic model.

The pure substantive-formal model, which was not used by any principles' theorist to reconstruct the balancing procedure involved in judicial review, was used by Alexy to reconstruct the balancing procedure involved in the concept of law. In this work, I should analyse the application, to the concept of law, of the combination model made by Martin Borowski and of the pure substantive-formal model made by Robert Alexy.

Dieter Grimm (Berlin)

Mehr Vor- als Nachteile. Robert Alexys Verteidigung des allgemeinen Freiheitsrechts

Robert Alexy setzt sich in seinem Grundrechtsbuch von 1985 auf fast 50 Seiten mit Art. 2 Abs. 1 GG auseinander, den er wie das Bundesverfassungsgericht im Elfes-Urteil von 1957 als allgemeines Freiheitsrecht (tun und lassen, was man will) versteht. Er untersucht die Einwände gegen diese Deutung und gelangt zu dem Schluss, dass sie „zu mehr Vor- als Nachteilen führt“ (S. 312 f.). Zu denjenigen, welche das Konzept kritisieren, gehöre auch ich. In dem Sondervotum zum „Reiten im Walde“ (BVerfGE 80, 137, 164 ff.), vier Jahre nach Alexys Buch, ist das dargelegt. Nach der Öffnung der Gerichtsakten liegt nun auch die Entstehungsgeschichte des Elfes-Urteils zutage (vgl. meinen Beitrag in Florian Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 155). In meinem Referat will ich das Elfes-Urteil im Licht von Alexys und meinen Vorstellungen und unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte erneut betrachten.

Freitag, 01.10.21

Panel 7: Menschenrechtsbegründungen

Georg Lohmann (Magdeburg)

Über die Rollen von Rechtfertigungen bei Menschenrechten

Die Rollen von Rechtfertigungen bei Menschenrechten werden von einer Alexy entgegengesetzten Position aus untersucht: Im Gegensatz zu ihm werden drei Konzeptionen unterschieden; die internationalen Menschenrechte sind keine rein moralischen Rechte, sondern juristische Rechte mit Klage- und Durchsetzungschancen; sie existieren nicht schon dann, wenn sie begründet sind, sondern werden aus der performativ gesetzten gleichen Menschenwürde als Basis vertraglich gesetzt. Deswegen weisen sie aber charakteristische Mängel auf: Es fehlt eine „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ und ihre Begründungen sind strukturähnlich wie bei Habermas (rationale und existentielle Bestandteile), so dass es nur eine Frage der Bezeichnung zu sein scheint, ob man von „konstruktiver Metaphysik“ oder „Nachmetaphysik“ spricht. In leichtem Gegensatz zu beiden sollen Begründungen *via negationis* gewählt werden, die den egalitären Universalismus der Menschenrechte nur *präsumptiv* behaupten, in Wahrheit aber nur Egalisierung und Universalisierung begründen. Wie bei Alexy haben sie daher Schwierigkeiten, in allen Situationen als „Trümpfe“ zu gelten, und funktionieren nur als „Prinzipien“.

Alejandro Nava Tovar (Mexiko City)

Cultural Relativism and Human Rights. A Universalist Answer to the Decolonial Turn

Alexy's work on human rights has not been limited to the constitutional or institutional dimension of rights. Rather, his work has been extended to the ideal or philosophical dimension of human rights. Both dimensions coexist and are connected in Alexy's work. Thus, Alexy's theory of human rights was extended to include the dimension of the moral justification of human rights. There is, however, a contemporary issue in the current legal-philosophical debate that is related to the moral-philosophical dimension of human rights. According to this issue, the moral universality of human rights is not such, for the moral universality that justifies human rights is embedded in an abstract, Eurocentric vision of human rights, and, therefore, universalist theories of human rights must be discarded. Derived from these cultural-relativist critiques of human rights, I will explore the scope of the alexyan justification of human rights with the aim of offering an intercultural dialogue concerning the universalist justification of human rights for all societies. My argument proceeds by way of presenting a brief sketch Alexy's justification of human rights. Then, I invite attention to the criticism being raised by cultural relativism to the universalistic human rights justification. I return, in closing, to the necessary claim to moral universal correctness of human rights without Eurocentric reductionism.

Carsten Bäcker (Bayreuth)

Unbegründetes Begründen. Zur Relativität der diskurstheoretischen Begründung der Menschenrechte

Für Robert Alexy ist die Begründbarkeit der Menschenrechte, verstanden als moralische Entitäten, notwendige und hinreichende Voraussetzung ihrer Existenz. Das Unbegründete ist zu begründen. Wenn Menschenrechte universale, fundamentale, abstrakte, moralische und prioritäre Rechte sind, wie Alexy annimmt, kann es sie also nur geben, wenn sie (als solche) begründbar sind. Alexys Begründung der Menschenrechte ruht auf seinen Grundannahmen zur Diskurstheorie des Rechts, aus denen er existentielle Fundamentalsätze expliziert, die die Geltung der Menschenrechte begründen sollen. Einwände gegen die diskurstheoretischen Grundannahmen schlagen daher auf seine Menschenrechtsbegründung durch – mit Auswirkungen auf den (diskurstheoretisch begründbaren) Begriff der Menschenrechte. Aus der Perspektive meiner relativistischen

Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts sind Menschenrechte nicht als universelle, sondern nur als historisch-kulturell kontingente Rechte begründbar, und aus der Sicht meines darauf beruhenden divergenten Verhältnisses von Recht und Moral, welches dem konvergenten Verständnis von Alexy entgegensteht, können sie auch nur eingeschränkt als prioritäre Rechte angesehen werden. Doch diese Degradierungen der Menschenrechte müssen die Menschenrechtsslage nicht schwächen; sie sind vielmehr ein essentieller Anreiz zur Positivierung fundamentaler Rechte auf Verfassungsebene.

Panel 8: Grundrechtskonzeptionen

Josef Franz Lindner (Augsburg)

Grundrechte als Kooperationsrechte

Der Vortrag befasst sich mit der Frage, ob und inwieweit sich den Grundrechten Kooperationsansprüche gegen den Staat oder einen Dritten entnehmen lassen. In diese Frage ist vor allem durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bewegung gekommen: Durch die Stadionentscheidung und die Grabmalentscheidung weitet das Gericht den Kooperationsrahmen der Grundrechte beträchtlich – was allerdings quer liegt zu den ebenfalls grundrechtlich geprägten Grundstrukturen des bürgerlichen Rechts.

Carlos Bernal Pulido (Bogota|Dayton)

Constitutional Economic and Social Rights and Proportionality

This book chapter outlines a model of proportionality analysis for the adjudication of constitutional economic and social rights. The structure of this model considers empirical and normative aspects, and the distinction between level and mode of fulfilment of positive economic and social rights. This model answers two core questions: (i) To what extent constitutional courts ought to determine the substantive content of those rights, when stakeholders claim that political authorities have failed to protect them? And (ii) how constitutional courts should ground their decisions concerning the determination of that normative content?

Julian Rivers (Bristol)

Constitutional Rights and the Separation of Powers

In recent years, the Thomist moral and legal philosopher, John Finnis, has vigorously defended a conservative interpretation of the British Constitution. His criticism of the increasing role of British judges is reinforced by his views on the nature of practical reason and its relation to human rights and positive law. In particular, he is strongly critical of the doctrine of proportionality in both moral and legal reasoning. At first sight, then, the constitutional theory of John Finnis seems to diverge widely from that of Robert Alexy. Both theorists share a commitment to moral objectivism, human rights and non-positivism but are known to defend different versions of the latter. In this paper I seek to clarify further the points of divergence. In this context I ask whether Alexy's theory is suitable for the British Constitution, particularly in relation to the conception of the separation of powers typically found within 'Westminster-style' constitutions. Is there a point of possible institutional *convergence* between the theories of Alexy and Finnis? Or, by contrast, does the adoption of Alexy's theory have implications for contemporary debates about the British Constitution?

Jorge Alexander Portocarrero Quispe (Madrid)

The special character of constitutional provisions

Are constitutional provisions different from the ordinary legal norms in any sense? An answer to this question addresses not only issues related to the structure and systematic of legal norms, but also critical aspects at the level of legal philosophy. The aim of this paper is to present an argument in favor of an affirmative answer to this question, namely, the thesis of the special character of constitutional provisions. This thesis raises the claim that the special character of constitutional provisions relies in their hierarchical position within the legal system, and in their double function as moral-institutionalizing and power-conferring norms. To make a case on behalf the special character of constitutional provisions, I will explore two groups of arguments related to the two mentioned aspects of the special character thesis, namely that related to the authoritative aspect and that related to the substantial or valued based element. As a result, it will be claimed that the special character of constitutional

provisions explains many of the particularities and challenges of the constitutional interpretation.

Keynote: Robert Alexy (Kiel)

Robert Alexy (Kiel)

Antworten und Anmerkungen

