

JÜRGEN HABERMAS

RECHT EN MORAAL

Twee voordrachten

*Ingeleid door
Wibren van der Burg
en Willem van Reijen*

UITGEVERIJ KOK AGORA, KAMPEN
DNB/UITGEVERIJ PELCKMANS, KAPELLEN

Wibren van der Burg
en Willem van Reijen

CIP-GEGEVEN'S KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Habermas, Jürgen

Recht en moraal / Jürgen Habermas ; ingel. door Wibren van der Burg en Willem van Reijen ; [vert. uit het Duits door Angela Pfaff . . . et al.]. — Kampen : Kok Agora ; Kapellen : DNB/Pelckmans

Vert. van: Recht und Moral : zwei Vorlesungen. — Salt Lake City : University of Utah Press.

ISBN 90-242-7602-0 (Kok Agora)

ISBN 90-289-1314-9 (DNB)

SISO 390.4 UDC 340.12 NUC1 612

Trefw.: rechtsfilosofie.

Oorspronkelijke titel:

Recht und Moral. Zwei Vorlesungen

© University of Utah Press, Salt Lake City, U.S.A.

De Engelse editie van deze lezingen is opgenomen in:

The Tanner Lectures on Human Values, vol. 8

Copyright © 1988, University of Utah Press and Cambridge University Press

Vertaald door Angela Pfaff en Bertine van Sluys

© Nederlandse editie, 1988, Kok Agora, Kampen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvondigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of op enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgevers.

Omslag Rob Lucas

ISBN 90 242 7602 0 (Nederland)

ISBN 90 289 1314 9 (Belgie)

D/1988/0055/45

INLEIDING

DE PLAATS VAN DE 'TANNER LECTURES' IN HET OEUVERE VAN JÜRGEN HABERMAS

De spanningsverhouding van legitimiteit en legaliteit speelt in de filosofie van Jürgen Habermas van het begin af aan een belangrijke rol. Er kunnen drie kristallisatiepunten in het verloop van Habermas' positiebepaling ten aanzien van de relatie van legaliteit en legitimiteit worden aangegeven. In zijn eerste grote werk, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, uit het jaar 1962, schetst Habermas het belang van een goed functionerende openbare politieke meningsvorming. Een democratische rechtsorde kan alleen blijvend worden verwezenlijkt wanneer in het openbaar argumenten pro en contra ten aanzien van wetsvoorstellen te berde kunnen worden gebracht en zo alle burgers de genomen besluiten niet alleen als legaal maar ook als legitiem, dat wil zeggen als rationeel gerechtvaardigd kunnen beschouwen.

Op voor hem karakteristieke wijze geeft Habermas een *reconstructie* van het ontstaan en de ontwikkeling van de burgerlijke maatschappij sinds het begin van de negentiende eeuw. Zo'n reconstructie houdt in dat bepaalde aspecten van de geschiedenis in zodanig verband met elkaar worden gebracht, dat onder de oppervlakte van de verschijnselen de dynamiek van een ontwikkeling wordt blootgelegd.

Een tweede kristallisatiepunt in de ontwikkeling van Habermas' rechtsfilosofie is de *Theorie des kommunikativen Handelns* uit 1981. Nu laat Habermas zien op welke filosofische grondslagen onze westerse

politieke en maatschappelijke orde rust en welke betekenis de rationeel gerechtvaardigde consensus heeft die strijdende partijen moeten nastreven om politiek en sociaal verantwoord te kunnen handelen.

Het derde en voorlopig laatste kristallisatiepunt in Habermas' overwegingen ten aanzien van het verband tussen politieke en morele rechtvaardiging wordt gevormd door de hier weergegeven *Tanner Lectures* (1987). Wij zullen nu eerst op de twee eerstgenoemde kristallisatiepunten ingaan en daarna op de *Tanner Lectures*.

1. 'Strukturwandel der Öffentlichkeit'

De ontwikkeling van de handel aan het eind van de zeventiende eeuw brengt volgens Habermas met zich mee dat er bij de koopliden een steeds grotere behoefte aan informatie ontstaat. Naarmate handel en industrie voor het voortbestaan van de staat steeds belangrijker worden verliezen ze hun 'privé'-karakter; de overgang van de privé-sector naar de publieke (overheids-)sector wordt vloeiend. Daarmee wordt ook de informatie die nodig is voor het op gang houden van de commerciële relaties en dergelijke steeds meer openbaar. Deze tendens wordt kracht bijgezet door een steeds sterker overheidsingrijpen in het commerciële gebeuren, niet alleen door het heffen van belastingen, maar ook door ondersteunende wetten.

In samenhang met deze situatie ontstaat wat Habermas het *raisonnerende publiek* noemt, dat wil zeggen: de gemeenschap van burgers die de legitimiteit van de wetten bediscussieën. Van de staat wordt verlangd dat hij rekenschap aflegt van de maatregelen die hij neemt. Daarbij betreffen de burgers zich

op de *Vernunft* (rationaliteit). Dit betekent dat de overheid zich bij haar maatregelen niet kan beperken tot het handhaven van de orde, maar door middel van argumenten de burgers ervan moet overtuigen dat de getroffen maatregelen het beste voor allen zijn. Alleen op deze wijze kan de overheid haar macht- en geweldmonopolie op den duur legitimeren.

Volgens Habermas hebben de burgerlijke democratieën deze taak steeds meer uitgehouden. In plaats van een forum te constitueren dat de rationele discussie over politieke problemen mogelijk maakt, organiseert het politieke systeem in de vorm van een partijenstelsel alleen nog een soort verkiezingscircuit, waarbij het er slechts op aankomt de mensen zó te paaien, dat ze op de 'gewenste' partij stemmen, zonder dat dit tot een controle op de politiek door de burgers leidt. Dit systeem werkt zolang als de staat door verbetering van de materiële omstandigheden van de burgers zijn bestaan legitimeert. Politieke participatie wordt vervangen door consumptie. De problemen die dit met zich meebrengt worden zichtbaar in tijden van economische recessie.

In maatschappijen als de onze, zogenaamd liberaal-kapitalistische, openbaren crises zich als economische crises. Economische crises betekenen echter direct gevaar voor de politieke en sociale stabiliteit. De staat die zich niet aan de burgers presenteert als coördinatiecentrum voor rationele beslissingen, maar als regulator van economische verhoudingen, wordt onmiddellijk in zijn existentie bedreigd wanneer hij deze taak niet tot ieders tevredenheid vervult. Zijn waarde wordt alleen aan zijn economische prestaties afgemeten, niet aan de rationaliteit van zijn beslissingen. Er kan een loyaliteitscrisis tussen burgers en staat ontstaan. Deze

kan leiden tot een motivatiecrisis bij de burgers, die zich in hun privéleefterreinen terugtrekken. De depolitiserende werking van de burgerij heeft daarmee haar hoogtepunt bereikt.

Een oplossing ziet Habermas in het repolitiseren van de sociale relaties, vooral met het oog op het bevorderen van het inzicht dat alleen die normen gelden die op basis van rationele discussie als gerechtigd zijn te beschouwen.

De voorstelling van een brede maatschappelijke discussie over de normen die algemeen zouden gelden heeft natuurlijk een contrafactisch karakter, dat wil zeggen dat ze geldt als een ideaal dat in de praktijk nooit totaal zal worden verwezenlijkt. Desondanks geeft het een achtergrond, waartegen de kwestie in hoeverre concrete normen nu wel legitiem zijn aan de orde kan komen. Legitiem heet hier dus rationeel, in die zin dat, willen normen legitiem zijn, ze in principe door alle mensen die het goed menen en over dezelfde informatie beschikken kunnen worden geaccepteerd als zijnde in het algemeen belang.

De vraag naar de gerechtigdheid van geldende normen is voor Habermas dus identiek met de vraag naar hun rationaliteit, hun algemene aanvaardbaarheid. Maar het gerechtigdheid van normen door middel van een rationele discussie ziet Habermas als een procedurele voorwaarde voor het oplossen van de praktisch-politieke en economische crises in de laatkapitalistische maatschappij, niet als de oplossing zelf.

Habermas' reconstructie uit het jaar 1962 eindigt betrekkelijk pessimistisch. Hij laat zien dat de burgerlijke democratie staat of valt met het functioneren van openbaarheid in politiek, rechtspraak en bestuur. In de mate waarin de jonge burgerlijke maatschappij erin slaagde de eis van openbaarheid

politiek te verwezenlijken, was ze in staat politieke hervormingen tot stand te brengen. Het principe van de openbaarheid werd echter snel uitgehold, hetzij door economische dwang van groepen, hetzij door politieke groeperingen die uit eigenbelang de staatsorganen voor groeps- en privébelangen misbruikten. Daarmee is een argumentatieve oplossing van belangen tegenstellingen, vooral via het parlement, voor de staat niet meer haalbaar. Dat wil zeggen dat de discussie niet meer rationeel kan worden gevoerd. De burgers applaudiseren, met wisselende meerderheden, alleen nog voor politieke beslissingen als hun belangen erdoor worden gediend. Als het de functie van de politiek is, rationele beslissingen tot stand te brengen, heeft zij zodoende definitief aan werkzaamheid ingeboet. De openbaarheid van de politiek wordt steeds meer teruggebracht tot het tot stand brengen van een algemene, en dus diffuse, acceptatie van het politieke systeem als zodanig, inspelend op ieders hoop 'aan zijn trekken te komen'. Habermas zal in zijn verdere ontwikkeling van zijn theorie vasthouden aan de opvatting dat het politieke systeem de openbaarheid als 'plaats' voor argumentatieve discussie moet herstellen, omdat alleen zo politieke beslissingen weer rationeel genomen kunnen worden.

2. 'Theorie des kommunikativen Handelns'

In zijn vroegere werk legde Habermas, zoals we hebben gezien, verband tussen een feitelijk goed werkende openbare meningsvorming en de verwezenlijking van een democratisch bestel. In zijn 'magnum opus' wil Habermas laten zien aan welke voorwaarden democratische politieke meningsvor-

ming en bestuur moeten voldoen en hoe deze filosofisch kunnen worden onderbouwd. Een centrale positie in zijn argumentatie wordt ingenomen door de notie van de taal als medium voor de beoordeling van de rationaliteit van argumenten. Habermas gebruikt daarbij de notie van rationaliteit in een brede betekenis. 'Rationeel' noemt hij niet alleen datgene wat wij met termen als efficiënt en doelmatig identificeren, maar juist ook het rechtvaardigen van opvattingen en handelingen. Rationeel rechtvaardigen is niet alleen iets dat wij doen binnen geïnstitutionaliseerde kaders, maar, zoals Habermas betoogt, een wezenskenmerk van communicatie. Daarom volgt nu eerst een korte uitleg van die overwegingen die als de kern van Habermas' filosofie moeten worden beschouwd.

2.1. *Communicatietheorie*

Habermas' communicatietheorie kan als het hart van zijn sociale filosofie worden beschouwd.

In de mogelijkheid conflicten door argumentatie op te lossen ziet Habermas de evolutionaire sprong bij uitstrek in de geschiedenis van de mensheid. Hij wijdt daarom uitvoerig aandacht aan wat er gebeurt wanneer mensen door middel van taal verwachtingen en intenties te kennen geven, en zodoende een sociale situatie constitueren. Habermas maakt daarbij uitvoerig gebruik van de analyses die op taalfilosofisch terrein door Austin en Searle zijn gegeven. Deze houden in dat taalgebruik als een handelen moet worden beschouwd; het heeft onmiddellijke praktische consequenties voor het menselijk doen en laten. Niet in de laatste plaats wordt door taalgebruik (en de daarmee al dan niet corresponderende niet-talige handelingen) iemands betrouwbaarheid en redelijkheid op de proef gesteld. Deze

betrouwbaarheid en redelijkheid bepalen wederom in hoeverre iemand als gespreks- en handelingspartner au sérieux wordt genomen.

Habermas stelt nu dat alleen al het feit dat mensen überhaupt met elkaar spreken een aantal condities voor sociale omgang in zijn algemeenheid blootlegt. Om dit met een wat overtrokken these te illustreren kan men zeggen dat aan ieder gesprek de (contrastische) veronderstelling ten grondslag ligt dat de gesprekspartners niet liegen. Dat geldt ook wanneer we weten dat iedereen wel eens liegt. De voorstelling echter dat liegen of niet liegen de mensen niets uitmaakt, zou het voeren van gesprekken zinloos maken.

De gesprekspartners moeten er echter nog een aantal veronderstellingen op na houden om spreken überhaupt als zinvol te kunnen ervaren en het als deel van concrete sociale relaties te kunnen beschouwen.

Habermas noemt in totaal vier van zulke principiële veronderstellingen:

1. de zinnen die worden gesproken moeten *begrijpelijk* zijn;
2. de *waarheid* van de uitspraken die gedaan worden moet worden aangenomen;
3. de partners moeten van elkaar aannemen dat ze het serieuze bedoelen, dat zij *waarschijnlijk* ten opzichte van elkaar zijn, dat wil zeggen: ze moeten van elkaar aannemen dat zij hun eigen en anderen taaldaden als bindend opvatten.
4. de voorstellen die gedaan worden moeten, grosso modo, in het kader van de heersende normen te plaatsen zijn, d.w.z. als *'juist'* (*'richtig'*) waarbaar zijn, tenzij natuurlijk juist die normen ter discussie worden gesteld.

Wordt aan al deze voorwaarden voldaan, maakt

daarbij geen van de gesprekspartners gebruik van machtsmiddelen, dan hebben we te maken met de 'ideale gesprekssituatie'. Zoals gezegd ligt deze contrafactisch, dus als ideaal, aan iedere taalmatige handeling ten grondslag. Evolutionair gezien is het taalmatig handelen echter het menselijk handelen *par excellence*, en moet dus als ideaal voor ieder menselijk handelen worden beschouwd.

Nu is het natuurlijk duidelijk dat in de praktijk niet aan alle voorwaarden is voldaan. Mensen kunnen elkaar bewust misleiden, bedriegen, et cetera. Dan hebben we uiteraard niet met oprecht handelen en spreken te maken, maar met een gedegenereerd soort handelen en spreken (Habermas noemt bijvoorbeeld het strategisch handelen). Mensen kunnen elkaar echter ook onbewust bedriegen. Ze kunnen zich vergissen in hetgeen ze van anderen menen te verwachten (bijvoorbeeld wanneer ze zich niet bewust zijn van hun diepste verlangens, omdat ze hebben geleerd dat de bevreemding ervan niet 'netjes' is). Ze kunnen zich (al dan niet in samenhang daarmee) vergissen in hetgeen anderen van hen verwachten, et cetera. Het is duidelijk dat we ons met zulke problemen op het terrein van de psychoanalyse begeven en Habermas grijpt daar in deze context naar terug, mede om aan te geven dat de 'ideale gesprekssituatie' een ideale voorstelling is. Daarbij geldt echter dat het niet om een willekeurig ideaal gaat maar om een ideaal dat noodzakelijk aan iedere gesprekssituatie ten grondslag ligt.

Hoe abstract het bovenstaande in eerste instantie ook moge overkomen, aan één ding laat Habermas geen twijfel bestaan: het gescherste model van een ideale gesprekssituatie ligt ten grondslag aan onze westerse democratie. Het houdt immers in dat over zaken van algemeen belang wordt beraadslaagd en

beslist zonder dat er van een informatievoorsprong, van de status van de spreker, laat staan van andere vormen van machts- of geweldutoetening gebruik wordt gemaakt. Dergelijke elementen vinden we ook terug in de fundamentele ideeën achter het democratisch model, dat in beginsel ook gericht is op het bereiken van consensus. Het meerderheidsbesluit dat door de minderheid wordt geaccepteerd als verbindeijk voor eigen handelen is slechts de noodbrug die alleen op basis van dit zogenaamde 'consensus-principe' functioneert.

2.2. Rationaliteit

Vanuit deze basisanalyse die Habermas reeds in tal van essays en hoofdstukken in eerdere boeken heeft voorbereid, kan hij nu drie zaken aan de orde stellen: welk verloop onze westerse culturele politieke ontwikkeling heeft genomen; welke facetten daarvan in de sociologie en sociale filosofie zijn belicht en welke eenzijdigheden ons daarbij tot op heden parten hebben gespeeld.

Aan deze drie beschouwingen ligt de opvatting ten grondslag dat de drie handelingsdimensies en de daarmee verbonden pretenties van waarheid, juistheid (rechtvaardigheid) en waarachtigheid oorspronkelijk een geheel vormen. De ware betekenis van de term rationaliteit ligt in deze éénheid. De leidraad van Habermas' betoog is dat in het verloop van de ontwikkeling een éézijdig accent op doelmatigheids- en waarheidscriteria is komen te liggen en dat daarbij ethische en waarachtigheidsaspecten op de achtergrond zijn geraakt.

Hand in hand daarmee heeft een begripsverschuiving plaatsgevonden. De term rationaliteit wordt uitsluitend nog in de zin van doel-middel-rationaliteit gebezigd. Daardoor wordt 'vergeten' dat ratio-

naliteit eigenlijk meer omvat. Wanneer het echter lukt inzicht te krijgen in de oorzaken en de samenhang van onze historische ontwikkeling kan ook worden verduidelijkt dat het historisch gebeuren geen noodlot is maar door mensen beheerst kan worden.

Voor zijn analyse van onze cultureel-maatschappelijke ontwikkeling sluit Habermas aan bij Max Weber en Durkheim. Weber stelt vast dat aan het begin van onze westerse cultuur de mensen hun relaties met elkaar en met hun natuurlijke omgeving tot uitdrukking brachten in mythen en religieuze interpretaties. Kenmerkend voor deze 'verhalen' en de daarin verwoorde levenservaring is dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen feit en fantasie, tussen het woord (casu quo teken of symbool) en datgene waar het naar verwijst, tussen eigen (individuele) behoeften, drijven en angsten en het sociaal en natuurlijk gebeuren. Ook een individueel, persoonlijk bewustzijn is onbekend.

In de loop van de tijd vindt plaats wat Weber *Entzauberung* noemt. De mythen en religieuze interpretaties van het natuurlijk en sociaal gebeuren verliezen hun kracht. De mensen leren verschillende zaken uit elkaar te houden. De vraag naar waarheid komt los te staan van die naar morele rechtvaardigheid. Individueel handelen kan worden onderscheiden van handelen in groepen en (nog later) van handelen door instanties. Mensen leren dat er verschillende oriëntaties voor handelen bestaan: onder meer een oriëntatie op efficiency-criteria en een op waardencriteria (respectievelijk *Zweckrationalität* en *Wertationalität*).

Deze ontwikkeling heeft volgens Weber enorme voordelen. Het belangrijkste is wel dat mensen nu zeer doelgericht en met optimaal gebruik van hun ten

dienste staande hulpmiddelen kunnen handelen. De enorme vooruitgang op het terrein van de natuurbheersing en de goederenproductie is alleen zó te verklaren; zeker in vergelijking van onze westerse cultuur met andere culturen waarin deze uitsplitsing in mindere mate heeft plaatsgevonden.

Een verschijnsel dat in deze context goed kan worden geplaatst is de verwetenschappelijking van onze maatschappij op terreinen van opvoeding, productie en beleid. In het moderne kapitalisme ziet Weber de adequate organisatievorm voor een maatschappelijk bestel dat aan efficiency een zo hoge waarde toekent als wij dat doen en hij ziet – zoals bekend – een samenhang tussen de 'systematische individuele leefwijze' die bestaat uit een op de realiteit georiënteerde, doelen en middelen afwegende en van prognoses gebruik makende instelling, de protestante ascetische leefwijze, en de door het politieke bestel ter beschikking gestelde handelingsmogelijkheden.

Wat dit laatste betreft steekt Weber de loftrumpet over de uitsplitsing van economie, recht en politiek, die ieder in de vorm van zelfstandige organisaties en instanties met eigen regels en wetmatigheden functioneren en zo beter in staat zijn specifieke problemen op de gunstigste manier aan te pakken, zonder daarbij met elkaar overhoop te raken. Ook al is dit voordeel in de loop van de tijd wat twijfelachtig gebleken – niet te ontkennen is dat de probleemoplossingscapaciteit door het uitsplitsen van verschillende handeldingsdimensies in eerste instantie inderdaad wordt vergroot.

Toch ziet Weber ook het nadeel van deze ontwikkeling. De loskoppeling van effectiviteitscriteria van rechtvaardigheidsproblemen veroorzaakt een desoriëntatie – het succes maakt de mens blind – en

bovendien worden rechtvaardigheidsproblemen steeds meer in procedurele problemen vertaald. De inhoudelijke vraag of iets rechtvaardig is wordt 'vertaald' in de vraag of een gegeven oplossing (bijvoorbeeld in de rechtspraak) op de juiste wijze tot stand is gekomen. Toch acht Weber de oriëntatie op de doel-middel-rationaliteit zo belangrijk dat hij als het ware het fundament legt voor de vernauwing van het rationaliteitsbegrip. Weber identificeert, aldus Habermas, de doel-middel-rationaliteit met rationaliteit en berooft zichzelf daarmee van de mogelijkheid de 'zin' van het handelen tot onderwerp van zijn sociologie te maken.

Weber, zo stelt Habermas, heeft alleen oog voor de dimensie van de coördinatie van handelingen en heeft vooral waardering voor die sectoren waarin deze coördinatie zonder taalgebruik, dus 'sprake-loos' kan plaatsvinden. Dat zijn de economie en de politiek. Geld en macht zijn media voor het efficiënt op elkaar afstemmen van handelingen en intenties. Ze legitimeren zichzelf door het feit dat ze functioneren. Het gegeven dat ze niet-talig functioneren sluit niet alleen de vraag naar andere criteria dan 'werkt het?' uit, maar laat zelfs niet eens de vraag naar de ontoreikendheid van dit criterium opkomen.

Habermas werpt hier de fundamentele vraag op of geld en macht op den duur als maatschappelijk bindmiddel kunnen functioneren – of met andere woorden de integratie van individuele doelstellingen en waardepatronen in het maatschappelijke patroon uitsluitend door beloningen in geld en macht (participatie van individuen aan rijkdom en politiek) tot stand kan worden gebracht –, of dat het maatschappelijk bestel ook een algemeen aanvaard waardepatroon moet belichamen. In tech-

nische termen gevat luidt het alternatief: systeemintegratie of sociale integratie?

2.3. *Het tweetrapsmodel van systeem en leefwereld*
Wat zoiest met betrekking tot de culturele ontwikkeling als 'Entzauberung' is geanalyseerd, kan met Weber, Marx en Lukács voor de dimensies van menselijke ervaring en handelen 'Verdinglichung' worden genoemd. Verzakelijking is het reduceren van een met zingeving en normatieve rechtvaardiging pas tot zijn recht komend handelen tot een puur doelmatig handelen.

De ontwikkeling van onze maatschappij tot een bestel waarin effectiviteit en efficiency de enige maatstaven zijn geworden om handelingen te rechtvaardigen, dreigt de gepropageerde vooruitgang in haar tegendeel te laten omslaan. Ook volgens Habermas biedt het uitsplitsen van duidelijk te onderscheiden handeldingsdimensies, doelgericht handelen, normatief handelen en authenticiteit evolutionaire voordelen. Op ieder van de terreinen kan optimaal worden gezocht naar de beste methoden om bepaalde problemen op te lossen, zonder dat men elkaar daarbij opzadelt met het probleem overwegingen van buiten af bij de eigen besluitvorming te betrekken.

De daarmee gepaard gaande ontwikkeling van instituties in de brede betekenis van het woord zoals rechtspraak, politie, welzijnszorg, politiek, economie en kunst biedt ongeëvenaarde ontwikkelingsmogelijkheden. Daartegenover staat echter de vernietiging van de leefwereld: van de op basis van de alledaagse omgang tussen de mensen steeds weer tot stand gebrachte overeenstemming over 'goed' en 'kwaad', over de betekenis van datgene wat men voor 'waar' en 'onwaar' houdt, voor 'echt' en 'on-echt'.

De subsystemen economie en politiek ontwikkelen een eigen wetmatigheid voor hun functioneren en hebben zich, zo stelt Habermas, al lang losgemaakt van de doelstelling waarmee ze in het leven zijn geroepen. Ze parasiteren op de leefwereld voor zover ze alleen het criterium van de doel-middel-rationaliteit kennen en toepassen. De rationaliteit van de leefwereld omvat echter de zoveel belangrijker dimensies van de normatieve legitimatie en van de waarachtigheid. Door de toenemende overheersing van de systemen ('kolonialisering' in het taalgebruik van Habermas) worden traditionele vormen van menselijke solidariteit vernietigd. Terwijl vroeger economische uitbuiting en ideologische misleiding de vervreemding gestalte gaven, wordt nu de bron waaruit kracht voor het verzet kan worden geput, gedempt. Totale regeling van 'buiten af' van datgene wat alleen op basis van overeenstemming kan leven, vernietigt dat leven.

Dit proces wordt door Habermas gekoppeld aan het 'sprakeloos functioneren' van politiek en economie door middel van macht en geld.

De sprakeloze en uitvoerende bureaucratie vernietigt nu weliswaar de leefwereld maar – en dat is het paradoxe en tegelijk hoopgevend – kan alleen bestaan voor zover communicatie nog plaatsvindt. Met dit punt keert Habermas zich tegen het pessimisme van de Kritische Theorie van Adorno en Horkheimer uit de *Dialektik der Aufklärung*, waarin de onstuitbare ondergang van onze cultuur wordt geschilderd.

Er is een grens aan de mate waarin 'succes' en 'wrijvingsloos functioneren' zichzelf legitimeren. De instrumentalisering van de rede, zoals men filosofisch de eenzijdige nadruk op doel-middel-rationaliteit noemt, kan niet tot in het oneindige doorgaan. Praktisch politiek geformuleerd: er is een grens aan

de mate waarin men het individu door systeemintegratie (beloning-bestrafing) in de maatschappij kan integreren en er is een grens aan de mate waarin objectiverend sociaal-wetenschappelijk onderzoek 'ware' uitspraken over mensen kan doen. Uiteindelijk blijft normatieve legitimatie een vereiste in de politiek. Er is, wetenschappelijk gesproken, een grens aan de mate waarin sociale processen kunnen worden geobjectiveerd wanneer men aan een alomvattende pretentie van het verklaren en begrijpen van menselijk gedrag wil vasthouden.

Met behulp van zijn 'tweetrapsmodel' van systeem en leefwereld wil Habermas ontsnappen aan een totaal pessimisme. De ontwikkeling heeft weliswaar een dreigend karakter gekregen, maar in de leefwereld liggen nog reserves om het proces weer beheersbaar te maken. Ondanks het grote verschil in deze tussen Habermas enerzijds en Adorno en Horkheimer anderzijds, legt Habermas nadruk op de overeenstemming in zijn programma voor sociaal-wetenschappelijk onderzoek en dat van de traditionele Kritische Theorie uit de tijd van het *Zeitschrift für Sozialforschung* (1932-1941). Evenals toen dient onderzoek zich te richten op: de integratievormen (individu-maatschappij) in het moderne bestel; het opvoedingspatroon; de massamedia; de vormen van protest en het onderdrukte protest; de kunst en ten slotte de wetenschapskritiek.

Habermas is bescheiden genoeg het bij het aangeven van deze onderzoeksterreinen te laten. Maar de claim die hij op de basis en de methode van sociaal-wetenschappelijk onderzoek legt is zwaar genoeg en niet minder fundamenteel dan zijn politieke kritiek op het reilen en zeilen van ons politiek bestel.

2.4. *De brugfunctie van het recht*

Hoe wordt volgens Habermas nu de verstoorde eenheid in dat tweetrapsmodel hersteld en gewaarborgd? Het formele recht blijft hierbij een sleutelrol te spelen. In de ontwikkeling van een feodale naar een moderne maatschappij vinden gelijktijdig meerdere differentiatieprocessen plaats. Niet alleen economie, politiek en leefwereld gaan uit elkaar, maar ook recht en moraal. Het aldus ontstane formele recht zorgt ervoor dat het zelfstandig worden van de beide subsystemen economie en politiek mogelijk wordt, terwijl tegelijkertijd de essentiële band met de leefwereld behouden blijft. Het recht heeft dus een soort brugfunctie tussen systeem en leefwereld: het institutionaliseert zowel de scheiding als de verbinding. Maar hoe precies deze brugfunctie vervuld wordt, is het grote probleem bij Habermas.

Het formele recht is in eerste instantie een institutie, die de beide subsystemen en hun media macht en geld met de leefwereld verbindt, en die zorgt dat de beide media – die niet uit zichzelf voor voldoende vertrouwen in het systeem (dus voor de legitimatie ervan) kunnen zorgen – teruggekoppeld worden aan de leefwereld. Het medium geld wordt geïnstitutionaliseerd via privaatrechtelijke instituties als eigendom en contract, en het medium macht via de publiekrechtelijke ambtenorganisatie. Het formele recht schept een kader, waarbinnen de beide subsystemen zuiver resultaatgericht kunnen functioneren; bovendien zorgt het in de moderne maatschappij althans gedeeltelijk voor de benodigde legitimatie van de politiek (en indirect van de economie).

Dit recht wordt zowel gekenmerkt door positivering (het 'Satzungsprinzip') als door inhoudelijke rechtvaardiging (het 'Begründungsprinzip'). Via het eerste principe (inhoudende, dat recht louter geldt

als gevolg van uitgevaardigd zijn door de bevoegde organen) is het recht verbonden met het politieke subsystem, via het tweede (inhoudende, dat het moet worden gerechtvaardigd) met de leefwereld. Hierdoor heeft het recht een eigenaardig mengkarakter; het lijkt zowel tot het systeem als tot de leefwereld te behoren. Het blijkt echter om verschillende componenten van het recht te gaan. Het recht als institutie behoort tot de leefwereld. Daarnaast is er een recht als resultaatgericht medium dat tot het systeem behoort.

Hiermee zet Habermas zich af tegen een rechtspositivisme zoals dat onder andere bij Max Weber voorkomt. Deze tweehoofdigheid van het recht maakt het minder juist om bij Habermas anno 1981 nog te spreken van een politiek-juridisch systeem. Er bestaan veel verbindingen tussen recht en politiek, maar beide vormen zeker geen geheel; het recht is evenzeer verbonden met de leefwereld. Het politieke systeem coördineert handelingen via het zuiver resultaatgerichte medium macht en soms via het medium recht. De institutie van het recht, die per definitie behoort tot de leefwereld, zorgt voor de (gedeeltelijke) legitimatie van het politieke subsystem. Weliswaar heeft Habermas het soms over het 'rechtssysteem', maar dit dient in de gebruikelijke, niet specifiek systeemtheoretische betekenis van 'rechtstelsel' te worden geïnterpreteerd. Voor zover het recht behoort tot de maatschappij als systeem, is het in de vorm van een medium, en niet van een subsystem.

Habermas constateert zelf in zijn *Theorie des kommunikativen Handelns* vrij terloops, dat er sprake is van een accentverschuiving in zijn denken over juridische procedures. Terwijl hij in zijn vroegere werk, met name in de discussie met Luhmann

(*Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971) processueel handelen als een vorm van strategisch handelen beschouwde (en dat deel van het recht dat dit handelen reguleerde dus als tot het systeem behorend), stelt hij in 1981 expliciet dat juridische processen gebaseerd zijn op communicatief handelen. Dit impliceert dat een belangrijk deel van het recht niet meer tot het politieke systeem wordt gerekend, maar tot de leefwereld. Echter de consequenties van deze verandering in zijn denken worden nog niet volledig doorgetrokken, waardoor zijn rechtstheorie in 1981 nog een merkwaardig halfslachtig karakter behoudt.

Uit het voorgaande zou mogelijk kunnen worden afgeleid, dat het recht een onveranderlijk geheel is, wanneer eenmaal de overgang naar de moderne maatschappij is gemaakt. Niets is echter minder waar. Weliswaar blijft het recht steeds de centrale verbindingschakel tussen systeem en leefwereld, maar die schakel zelf verandert sterk. Volgens Habermas is er namelijk sprake van een *juridisering* van de moderne samenleving. Juridisering wordt door hem gedefinieerd als de in moderne maatschappijen te constateren tendens van vermeerdering van het geschreven recht. Deze juridisering in ruimere zin wordt door Habermas op zich niet negatief beoordeeld; er zitten juist veel positieve kanten aan.

Habermas onderscheidt in de Westeuropese geschiedenis vier globale juridiseringsbewegingen, die leiden tot successievelijk de burgerlijke staat (ten tijde van het absolutisme), de rechtsstaat, de democratische rechtsstaat en de democratische rechts- en verzorgingsstaat. In de eerste fase (die de overgang naar de moderne samenleving markeert) gaan staat en economie zo uiteen, dat een vrij zelfstandig economisch subsysteem kan ontstaan naast het politieke

substelsysteem, terwijl beide los komen te staan van de leefwereld. De volgende drie fasen zijn dan te zien als successievelijke pogingen om vanuit de leefwereld de drie verzelfstandigde substelsystemen weer onder controle te krijgen.

Tegelijk wordt hierdoor een ontwikkeling mogelijk waarin de absolute staat omgevormd wordt tot een moderne staat die nieuwe legitieme verkrijgt vanuit een gerationaliseerde leefwereld. Deze ontwikkelingen beoordeelt Habermas zonder meer als gunstig. De constitutionalisering en de democratisering van het aanvankelijk absolute staatsgezag zijn een teken van het onduidelijk vrijheid garanderende karakter van juridische normeringen. De in het kader van de democratische rechtsstaat ontwikkelde verzorgingsstaat is ook te zien als een dergelijke vrijheid bevorderende juridisering. Daardoor wordt het economische systeem op een vergelijkbare wijze onder controle gebracht als in de voorgaande juridiseringsfasen het politieke systeem.

Maar deze laatste fase, de verzorgingsstaat, kent een sterke ambivalentie; er beginnen nu ook negatieve gevolgen van de juridisering zichtbaar te worden. De verzorgingsstaat geeft namelijk wel hulp bij allerlei levensrisico's, maar doet dit via het administratieve apparaat en doorgaans door middel van financiële compensatie, terwijl deze problemen, zoals ouderdom en werkloosheid, doorgaans niet primair van financiële aard zijn. Daardoor worden de leefpatronen van de leefwereld zodanig gevormd, dat ze hanteerbaar worden voor het politieke subsysteem en definieerbaar zijn in termen van individuele rechtsanspraken. De leefwereld wordt nu niet alleen meer beïnvloed en aangetast door de beide media macht en geld, maar ook door het als medium functionerende recht. In deze fase blijkt namelijk het

recht volgens Habermas ook in de leefwereld het karakter van een *medium* aan te nemen, dat weliswaar verbonden blijft met de institutie recht, maar als medium niet meer op overeenstemming gericht is.

Het is het optreden van dit recht als medium in de leefwereld, dat leidt tot de ongewenste gevolgen van de juridisering, met andere woorden: het is het medium recht dat een rol speelt in de kolonialisering van de leefwereld. Het dringt namelijk door in allerlei gebieden, zoals het schoolrecht en het familierecht, die voorheen slechts door rechtsinstituten gereguleerd werden. Het karakter van het recht als institutie brengt mee dat wordt aangesloten op al binnen de leefwereld bestaande (morele) overtuigingen; recht als medium daarentegen herstructureert de leefwereld en vervangt communicatief handelen door resultaatgericht handelen. Het medium recht tast dus de leefwereld aan en draagt bij aan haar verzwakking. Deze ongewenste vorm van juridisering kan slechts voorkomen worden als het recht bepaalde beperkingen worden opgelegd. In de plaats van het medium recht moeten conflictoplossingsprocedures komen, die communicatief handelen bevorderen, zoals op consensus gerichte beslissingsprocedures. De oplossing van Habermas is dus dat recht in de leefwereld nooit als medium mag functioneren, maar alleen als institutie.

We kunnen nu de rechtstheorie van Habermas anno 1981 kort samenvatten. In de moderne maatschappij is het recht een essentiële verbinding tussen systeem en leefwereld. Het zorgt voor de onafhankelijkheid ten opzichte van en voor de verankering (legitimatie) in de leefwereld van de politieke en economische subsystemen. In een normale toestand doet het recht dit als institutie, het reguleert slechts de al aanwezige

structuren van de leefwereld en vult deze aan, en het normeert vanuit de leefwereld de politieke en economische subsystemen. Daarnaast functioneert het recht ook als medium binnen die subsystemen. Pathologische verschijnselen treden op wanneer het recht ook binnen de leefwereld als medium gaat functioneren; dan wordt deze namelijk geherstructureerd op een niet-communicatieve basis. Deze gevolgen moeten worden vermeden door in de leefwereld slechts rechtsinstituten toe te laten die de voorwaarden voor een op overeenstemming gericht handelen scheppen en waarborgen.

Habermas' visie uit 1981 is echter te zien als een soort overgangsfase tussen de periode waarin sprake was van een politiek-juridisch systeem (tot begin jaren zeventig) en de Tanner-lezingen waarbij het recht heel duidelijk primair tot de leefwereld behoort. Vandaar dat er in de *Theorie des kommunikativen Handelns* een onopgeloste spanning bestaat tussen de beide vormen van recht, zonder dat duidelijk wordt hoe die twee vormen van recht in onderling verband staan. Met andere woorden, Habermas verschuift het probleem van de verbinding tussen systeem en leefwereld slechts naar dat van de verbinding tussen recht als medium en recht als institutie. (Zie voor een uitgebreidere kritiek ook W. van der Burg, 'De rechtstheorie van Jürgen Habermas', *Recht en kritiek* 11 (1985) 1, pp. 6-26, uit welk artikel fragmenten zijn overgenomen in deze paragraaf.) Met name zou men kunnen stellen dat Habermas in 1981 een te positivistisch beeld van recht schetst (iets wat hij overigens in 1988 in een discussie met de auteurs erkende, zie *Theory, Culture, and Society*, ter perse).

3. De 'Tanner Lectures' over recht en moraal

3.1. *Recht tussen legitimiteit en instrumentaliteit*

1. Hiermee zijn we dan beland bij de lezingen die hier in vertaling worden aangeboden: de *Tanner-Lectures* over recht en moraal. Binnen het oeuvre van Habermas zijn dit de teksten waarin hij de meest expliciete theorie ontwikkelt over het recht en over de legitimiteit van het recht. Het interessante is dat daarbij uitgebreid wordt ingegaan op enkele actuele debatten in de rechtssociologie en rechtsfilosofie. Zo mengt Habermas zich in het (tot dusverre voornamelijk in Duitsland gevoerde) debat over de juridisering van de samenleving in de verzorgingsstaat. Hij analyseert en corrigeert de uitgangspunten waarmee Weber het debat bepaald en volgens Habermas in de verkeerde richting gestuurd heeft, en komt aldus tot een veel minder negatieve waardering van de jurisdisering dan in 1981 nog het geval was.

Ook andere rechtstheorieën komen uitgebreid ter sprake. De zwakke punten van een aantal stromingen uit Duitsland worden geanalyseerd, waarbij in het bijzonder Luhmanns positie fundamenteel bekritiseerd wordt. Daarnaast geeft Habermas er ook blij van redelijk op de hoogte te zijn van de Amerikaanse discussies rond Dworkin en rond de *Critical Legal Studies*. Deze veelomvattendheid maakt de lezingen heel geschikt als een eerste kennismaking met de actuele discussies in de rechtstheorie. We zullen er eerst enkele thema's uitlichten, voor we overgaan tot een meer gedetailleerde bespreking van de teksten.

2. Het thema van deze lezingen is de spanning in het recht tussen twee aspecten die beide volgens Habermas essentieel zijn voor het moderne recht: de noodzaak tot rechtvaardiging of legitimatie, en de positiviteit en instrumentaliteit van het recht. Het

eerste zorgt voor een interne verbinding met moraal; het tweede voor een interne verbinding met politiek. Deze twee aspecten kwamen we ook al in 1981 tegen.

Anders dan in 1981 zijn dit echter niet twee soorten recht, maar twee aspecten van een en hetzelfde recht. Centrale stelling van deze lezingen is dan ook dat, willen we nog van recht kunnen spreken, het recht beide aspecten moet omvatten. We kunnen dus niet van een inhoudelijke rechtvaardiging door de verbinding met de moraal afzien, zoals het rechtspositivisme bepleit. Evenmin kunnen we echter afzien van de positiviteit van het recht, zoals in sommige natuurrechtstheorieën gebeurt, waar tussen recht en moraal geen verschil meer is.

Het grote probleem is ook nu weer, hoe beide aspecten verenigd kunnen worden. Habermas probeert daarvoor een oplossing te ontwikkelen, die niet alleen een normatieve aanbeveling, maar zelfs in zekere zin een begripsmatige noodzaak en een feitelijke onvermijdelijkheid is. Deze oplossing is dat zowel de politiek als het recht gebaseerd is op de idee van een procedurele rationaliteit, die haar pendant dient te vinden in een procedurele moraaltheorie. In feite wordt daarmee de politiek weer meer in de richting van de moraal getrokken of, in oudere termen, teruggekoppeld naar de leefwereld. Het is de vraag of daarmee niet toch de spanning op een te onrealistische wijze wordt opgelost ten gunste van de legitimiteit en ten koste van een verwaarlozing van de positiviteit van het recht en ook van de eigenheid van de politiek.

3. Nog sterker dan in veel andere teksten van Habermas geldt dat deze lezingen ten eerste vooral een discussie met andere auteurs zijn en ten tweede vrij omvangrijke historische beschouwingen bevat-

ten. Het tweede kenmerk kwamen we al in 1962 tegen, terwijl de *Theorie des kommunikativen Handelns* zelfs helemaal gestructureerd is als systematische discussie met diverse grote auteurs. In deze lezingen worden twee auteurs vrij fundamenteel bekritiseerd: Weber en Luhmann, beide auteurs waarmee Habermas in eerder werk ook al vrij uitgebreid in discussie ging, al was zijn houding tegenover Weber doorgaans aanmerkelijk positiever dan tegenover Luhmann. Aangezien deze keer het hoofdmotief van Habermas een weerlegging van het rechtspositivisme is, worden nu beide schrijvers, die beiden als rechtspositivist te karakteriseren zijn, zeer kritisch geanalyseerd.

Weber heeft volgens Habermas de juridiseringsdiscussie helemaal op een verkeerd spoor gezet door zijn begrippenpaar formeel-materieel. Volgens Weber lag de rationaliteit van het recht in zijn formele, d.w.z. niet-inhoudelijke eigenschappen zoals de algemeenheid van de wet. Daaraan ontleent het recht zijn legitimiteit. Door de verzorgingsstaat wordt echter een toenemend beroep gedaan op juridische regulering (er is dus sprake van juridisering) en wel op een manier waardoor het recht meer met substantiële morele inhoud wordt gevuld. Deze materialisering van het recht zou volgens Weber de legitimiteit ervan aantasten.

Volgens Habermas heeft Weber ten onrechte de legitimiteit van het recht in de moreel-neutrale formele eigenschappen gezocht; het zijn juist de inhoudelijke morele aspecten van het recht die voor de legitiematie zorgen. Daarbij gaat het echter niet zozeer om concrete morele waarden en normen, maar om een abstracte procedurele rationaliteit. Aldus is er een onverbreekelijke band tussen recht en moraal.

Is de eerste lezing een kritiek op Weber, de tweede begint met een fundamentele kritiek op Luhmanns systeemfunctionalisme. Luhmann koppelt het recht en de juridische procedure geheel los van inhoudelijke argumentatie. Habermas toont aan dat deze benadering niet kan verklaren, waarom het recht nog een autonoom systeem is en niet geheel opgaat in de politiek. Vervolgens ontwikkelt hij zijn eigen theorie die wel een verklaring kan geven voor de autonomie van het recht, en wel door deze te funderen in de idee van de rechtsstaat. Daarmee heeft hij bovendien aangetoond dat de procedurele rationaliteit van het recht niet los gezien kan worden van inhoudelijke morele overwegingen.

4. Dit brengt ons op het laatste centrale thema van de lezingen, namelijk de ontwikkeling van de idee van een democratische rechtsstaat. Deze is natuurlijk niet nieuw, maar de argumentatie ervoor is wel vrij origineel. Habermas probeert namelijk aan te tonen, dat in het recht zelf de idee van de rechtsstaat en ook die van de democratie besloten ligt. Een dergelijke methode is typerend voor Habermas; we kwamen haar al tegen in het verband van de communicatietheorie, waar hij stelde dat we in ons spreken contrafactisch de ideale gespreksituatie veronderstellen.

In deze lezingen doet hij iets soortgelijks voor de idee van een rechtsstaat, die gebaseerd is op het uitgangspunt van onpartijdigheid, hetgeen tegelijk grondslag kan zijn voor de idee van democratie. Zowel historisch als inhoudelijk gaat hij vrij uitgebreid in op de idee van de rechtsstaat en maakt duidelijk dat deze niet positivistisch mag worden gereduceerd tot een overheid en burger die zich aan de wet houden. Uiteindelijk is het zelfs zo dat volgens Habermas de rechtsstaat de democratie veronderstelt.

3.2. *Legitimatie door een interne procedurele rationaliteit*

Aangezien de lezingen bepaald niet eenvoudig zijn, zullen we hier kort de hoofdlijnen schetsen, om de bestudering ervan te vergemakkelijken. In de eerste lezing gaat Habermas in discussie met Max Weber. Webers stelling was dat het recht (en daarmee ook het wetig gezag) zijn legitimiteit ontleende aan de formele eigenschappen van het recht. De met de verzorgingsstaat gepaard gaande materialisering (volgens Weber identiek aan moralisering) van het recht wees hij daarom af als een gevaarlijke ontwikkeling, die de eigen rationaliteit van het recht in gevaar brengt. Met dit begrippenpaar 'formeel-materieel' heeft Weber de discussie over juridisering in de verzorgingsstaat sterk bepaald, en volgens Habermas in de verkeerde richting gestuurd.

Wat zijn nu die formele eigenschappen van het recht, en op welke wijze zijn deze de grondslag voor de eigen rationaliteit van het recht? Het recht heeft een drietal formele eigenschappen: de systematische bewerking van alle rechtsnormen tot een overzichtelijke ordening; de algemene, abstracte vorm van de wet, en de door de binding aan de wet gegarandeerde voorspelbare en volgens de regels gaande toepassing en uitvoering van de wet. Deze drie eigenschappen corresponderen met Webers drie rationaliteitsbegrippen, resp. de wetenschappelijke rationaliteit, de doelrationaliteit en de regelrationaliteit.

Echter de vraag is, of deze drie rationale aspecten van het recht, wanneer zij als moreel neutraal worden gezien, wel de grondslag kunnen zijn voor de legitimiteit van het recht. Volgens Habermas is dat niet het geval, en ontleent het recht zijn legitimiteit weliswaar mede aan die drie eigenschappen, maar alleen voor zover zij gecombineerd kunnen worden

met inhoudelijke morele uitgangspunten. De formaliteit van het recht alleen kan dus niet voor zijn legitimiteit zorgen. Met andere woorden, de legitimiteit van de legaliteit valt niet te verklaren uit een moreel neutrale rationaliteit die inherent is aan het recht, maar moet juist op een intern verband tussen recht en moraal worden teruggevoerd.

Dit interne verband is volgens Habermas gelegen in de procedurele rationaliteit van het recht. In de juridische procedures worden juridische discourses geïnstitutionaliseerd, waarin juridische argumentatie centraal staat. Door de belangrijke rol van principes in het moderne recht, principes die zowel van morele (natuurrechtelijke) als juridische aard zijn, staan deze discourses open voor morele discourses. Wanneer er sprake moet zijn van een verstrengeling van recht en moraal als grondslag voor legitimiteit, is dat dus niet zozeer een inhoudelijke moralisering van het recht, alswel een procedurele verstrengeling.

Weber mag dan ongelijk hebben gehad met zijn verbinding tussen pure formaliteit en legitimiteit van het recht; zijn diagnose van een deformalisering van het recht is, sinds hij die stelde, alleen maar verder bevestigd, ook in vormen die Weber niet had voorzien. Als eerste aspect noemt Habermas het ontstaan van reflexief recht, een type recht dat in Duitsland momenteel het middelpunt van de rechtssociologische discussie vormt. Dit type recht is met de verzorgingsstaat sterk opgekomen, en delegeert besluitvorming aan onderhandelingen tussen de direct betrokkenen (in Nederland valt hier bijvoorbeeld de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie als een voorbeeld van reflexief recht te noemen). Daarnaast is er ook sprake van een toenemende marginalisering en instrumentalisering van het recht. Met de versnelde

verandering van het recht komt ook de legitimiteitsvraag sterker naar voren. Merkwaardigwijze gaat dit gepaard met een toenemende moralisering van het recht in de zin van een sterkere oriëntatie op rechtsbeginselen met een natuurrechtelijke herkomst. Deze tendensen zijn samen te vatten onder de term 'Verrechtlichung' (in de Duitse discussie heeft deze term, anders dan het door ons gekozen Nederlandse equivalent 'juridisering', veelal een sterk pejoratieve klank).

Na aldus de uitgangspunten voor de rechtstheoretische discussie aan de hand van Webers aanzet te hebben geschetst, gaat Habermas in op een drietal stromingen in de Duitse discussie over de legitimiteit van het recht.

De eerste benadering is die van Forsthoﬀ, die verder gaat in de lijn van Webers juridisch formalisme. Hij houdt vast aan het klassieke model van de rechtsstaat, en wil de verzorgingsstaat geheel in dat model gieten. Dit betekent echter dat Forsthoﬀ niet in staat is de ontwikkeling van de verzorgingsstaat werkelijk een rol te geven in zijn theorie.

Zijn tegenstander in de jaren vijftig was Wolfgang Abendroth met zijn democratisch rechtspositivisme. Abendroth zoekt de legitimatie niet in de vorm van de wet, maar in de democratische wetgever, die de wet heeft gecreëerd. Door democratische wetgeving als uitgangspunt te nemen, kunnen rechtsstaat en verzorgingsstaat verzoend worden. Ingeborg Maus bouwt hierop verder, en bekritiseert de materialisering omdat rechter en bestuur een grotere vrijheid krijgen welke niet meer gedekt wordt door de legitimiteit van de democratische wetgever. Probleem van deze benadering is echter dat een fundering van een dergelijk primaat der democratische wetgever ont-

breekt. (In Nederland is de kritiek op een vergelijkbaar denken vooral sterk naar voren gebracht door Paul Kalma, *De illusie van de 'democratische staat'*, Deventer 1982.) Een oplossing zou, volgens Habermas, kunnen zijn om het in de procedure zelf te zoeken. Maar ook dan blijft de vraag hoe deze legitimatie van de wetgever via een niet-formeel recht op bestuur en rechter kan worden overgedragen.

De derde stroming, een wat diffuse verzameling van natuurrechtelijke en contextualistische benaderingen, kiest daarom een ander uitgangspunt. Men doet een beroep op bovenpositieve waarden en principes die aan de constitutie ten grondslag liggen. Daarbij wordt de rechter een grote rol toebedeeld, juist ook tegenover de wetgever. Natuurrecht en neo-aristotelisme beroepen zich aldus op niet-veranderbare waarden. Het bezwaar van Habermas tegen deze stroming is, dat procedures, abstracte principes en concrete waarden op hetzelfde niveau door elkaar heen lopen, zonder dat uiteindelijk duidelijk is waarop de aldus tot stand gekomen besluiten getund leiding kunnen worden. In een pluralistische samenleving is een dergelijk beroep op algemeen geldende norminhouden onhoudbaar; de enige mogelijkheid om toch de feitelijke moralisering in goede banen te leiden, is een beroep te doen op een proceduralistische rechtvaardigheidstheorie. Daarmee is Habermas weer terug op zijn aanvankelijke stelling, die nu geïllustreerd is aan de hand van de gebreken van de drie genoemde benaderingen.

De legitimiteit van het recht is dus te danken aan de impliciete morele inhoud van de formele eigenschappen van het recht. Maar die formele eigenschappen moeten niet gezocht worden in bepaalde semantische kenmerken van het recht, maar in de proce-

dures waarin de idee van onpartijdigheid geïnstitutionaliseerd is. Als dat de idee achter de procedure is, dan kan die echter gelijkelijk gelden voor wetgeving en voor rechtspraak en uitvoering. Zowel procedures van rechtspraak als die van wetgeving en uitvoering kunnen dus geanalyseerd worden vanuit dit uitgangspunt, zoals niet alleen in diverse rechtsvindingstheorieën, maar ook in procesgerichte constitutionele theorieën gebeurt. Deze juridische procedures kunnen echter alleen naar een morele rechtvaardiging van principes verwijzen als ook die morele rechtvaardiging procedureel georiënteerd is.

Dit werpt de vraag op of er abstractere rechtvaardigheidstheorieën zijn, die een dergelijke onpartijdigheid garanderende procedure als basis hebben. Volgens Habermas zijn er drie serieuze kandidaten voor een dergelijke proceduralistische rechtvaardigheidstheorie, allen in de Kantiaanse traditie: Rawls' contractstheorie, Kohlbergs model van een ideale rolovername, en de theorie van Apel en Habermas zelf die morele argumentatie als zodanig als model gebruikt.

Dit betekent overigens niet dat recht en moraal in elkaar op moeten gaan. Er is een duidelijke wisselwerking, maar beide hebben hun eigen specifieke kenmerken en eigen logica. Morele discoursen hebben slechts een onvolkomen procedurele rationaliteit. Daardoor kunnen noch onfeilbaarheid, noch eenduidigheid, noch resultaten binnen een redelijke termijn gegarandeerd worden. Bovendien kent de moraal problemen van een niet afdwingbare naleving. Het recht, dat deze problemen wel kan oplossen, kan daarom in die zin moreel gerechtvaardigd worden als de aanvulling van een ontoereikende moraal. Aan de andere kant is het recht ook instru-

ment voor politieke doelen. Dit maakt dat het recht tussen politiek en moraal in staat.

In deze eerste lezing wordt derhalve vanuit het interne perspectief de rationaliteit van het recht onder de loupe genomen, en getraceerd tot procedures die ontstaan voor morele argumentatie. De vraag is echter of deze benadering niet hopeloos naïef en idealistisch is. Daarom gaat Habermas in de tweede lezing over op een maatschappijtheoretische benadering vanuit het perspectief van de waarnemer.

3.3. *De idee van de rechtsstaat*

In de tweede lezing begint hij daarom met de meer sociologische vraag of het rechtssysteem een sterke spanning tussen de normatieve eisen en functionele behoeften, tussen functioneel recht en het goede recht, wel aan kan. Daartoe gaat hij eerst in op een functionele analyse van het recht in de vorm van Luhmanns systeemfunctionalisme. Luhmann is de eeuwige tegenstander van Habermas in de rechtsdiscussie, omdat hij in feite juridische procedures loskoppelt van inhoudelijke rechtvaardiging. Ook Luhmann zoekt de legitimatie in de procedure, maar verklaart deze alleen als een psychologisch proces van ontmoediging en isolering van de uiteindelijk verliezende partij, waardoor deze zich bij de uitkomst zal neerleggen, zonder daarbij inhoudelijk overtuigd te zijn. Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke cynische benadering van juridische procedures voor Habermas ten enenmale onaanvaardbaar is.

Luhmann ziet het recht als een gedifferentieerd zelfstandig systeem, los van moraal en politiek. Maar deze zelfstandigheid moet een grond hebben, en Luhmann kan deze niet meer vinden in de formaliteit van het recht; daarvoor is hij zich te zeer bewust van het gematerialiseerde en reflexieve recht. De

conclusie van Habermas uit dit onvermogen van Luhmann om de autonomie van het recht te funderen, is dat de systeemfunctionalistische benadering te kort schiet.

Een analoog verwijt geldt de in de Verenigde Staten populaire *Critical Legal Studies*, een beweging die de interne tegenstrijdigheden van het recht aan de oppervlakte probeert te brengen, om aldus het recht van binnenuit te bekritisieren. Habermas toont aan dat deze kritiek alleen mogelijk is, dank zij het feit dat in het recht een zelfkritisch uitgangspunt is ingebouwd in de vorm van een contrafactische rationaliteitsveronderstelling. En die ingebouwde rationaliteitsveronderstelling verwijst noodzakelijkerwijze naar politieke doelstellingen en morele rechtaardiging van het recht, zodat het rechtssysteem niet volstrekt gesloten kan zijn voor politiek en moraal.

Om te verklaren waarom differentiering van het recht niet inhoudt een volledig verbreken van de band van het recht met politiek en moraal, kiest Habermas voor een historische terugblik op het ontstaan van het moderne recht. In de Middeleeuwen had het recht een driedelige structuur: het theologisch gefundeerde sacrale recht overkoepelde het bureaucratische recht van de vorst en het gewoonterecht. Dit sacrale recht kon de vorst niet zelf veranderen, maar het gaf wel de benodigde legitimiteit aan het bureaucratische recht. Zolang het sacrale recht en het gewoonterecht nog een stevige basis vormden, bleef de spanning tussen de instrumentali-teit van het bureaucratische recht en de voor de legitimiteit vereiste aanspraak van onveranderlijke geldigheid nog verborgen. In de moderne samenleving vervalt echter zowel het gewoonterecht als het sacrale recht, en wordt het recht gereduceerd tot één dimensie, die van het door de soeverein gecreëerde

recht. En daarmee komt de vraag op of er nog vol-doende legitimiteit is.

Het rechtspositivisme heeft deze vraag positief be-antwoord. Binnen dat rechtspositivisme kunnen twee varianten worden onderscheiden. Austin heeft met zijn bevelstheorie het recht alleen nog maar in-strumenteel gedefinieerd, terwijl Kelsen het element van onveranderlijke geldigheid zocht in de formele eigenschappen van het recht, die de autonomie van het recht waarborgen. Beide varianten menen dat de legitimatie door het sacrale natuurrecht zonder pro-blemen en zonder vervanging kan vervallen.

Historisch lijkt dit echter onwaarschijnlijk, alleen al omdat het recht voorafgaat aan en verbonden is met het ontstaan van de politieke macht en het dus onwaarschijnlijk is, dat het recht hetzij volledig op-geslokt kan worden door de politiek, hetzij volledig zelfstandig kan worden ten opzichte van de politiek. Ook begripsmatig is het rechtspositivisme onwaar-schijnlijk – onze begrippen recht en politiek zouden we ermee prijsgeven. Daarom is er in de moderne samenleving aanvankelijk een equivalent gevonden voor het sacrale natuurrecht in de vorm van het rationeel natuurrecht, in het bijzonder in diverse vormen van sociaal contractstheorieën. In dit ratio-neel natuurrecht articuleert zich een nieuw postrationele fase van het moreel bewustzijn, die het moderne recht op principes baseert en op proce-durele rationaliteit omschakelt. Deze morele ontwikkeling is bovendien de motor geweest van de rechtsontwikkeling. Al naar gelang men de nadruk legde op de positivering van het recht (Hobbes) of op de legitimatieproblematiek (Kant) heeft het rationeel natuurrecht zich in twee hoofdstromingen ontwik-keld. Beide houden echter onoplosbare problemen.

Het rationeel natuurrecht is echter niet alleen om

theoretische redenen verworpen; uiteindelijk kon het de complexiteit van de samenleving ook niet meer vatten. In Duitsland heeft de morele inhoud van Kants natuurrecht op twee gescheiden wegen door-gewerkt: via de privaatrechtelijke dogmatiek en in het publiekrecht via de rechtsstaat-idee. In de loop der negentiende eeuw zijn echter beide langzamerhand meer positivistisch ingevuld en aldus van hun morele inhoud ontdaan. Het gevolg was dat op-nieuw de vraag naar de legitimiteit opkwam, en die is volgens Habermas alleen te beantwoorden door na te gaan hoe in de kern van het recht zelf het moreel gezichtspunt van een onpartijdige besluitvorming kan worden vastgelegd. Zowel voor gerechtelijke procedures als voor de wetgeving is een dergelijke analyse mogelijk. Wat betreft de laatste is echter het misverstand ontstaan dat de algemeenheid in de zin van op algemene instemming kunnen berusten, werd vervangen door de semantische algemeenheid van de wet. Oftewel dat de puur formele eigenschappen van het recht in de plaats kwamen van de veel essentiële idee van de op goede procedures gebaseerde instemming. En daarmee zijn we weer terug bij Habermas' uitgangstelling dat de rationaliteit van het recht niet gevonden kan worden in puur formele eigenschappen, maar in een bepaalde procedurele rationaliteit gezocht moet worden.

Voor wetgeving en rechtspraak heeft dit verschillende implicaties. Voor de rechtspraak gaat het om een adequaat en volledig begrijpen van de relevante contexten. Voor de wetgeving daarentegen om een toetsing van de universaliseerbaarheid van normen, d.w.z. van de mogelijkheid dat alle betrokkenen ermee zouden kunnen instemmen. Op deze basis kan een kritische theorie van het recht worden ontwikkeld.

Om alles mooi ineens te laten passen, stelt Habermas ten slotte dat de regulatieve idee van een rechtsstaat niet zomaar van buiten komt, maar in het recht zelf gelegen is, en wel als de grond voor de autonomie van het rechtssysteem. Daarmee heeft hij aangetoond dat zijn benadering superieur is aan die van Luhmann. Maar tegelijk is duidelijk dat de rechtsstaat-idee via de idee van procedurele rationaliteit verwijst naar een werkelijke democratie. En zo zijn we bij de slotconclusie dat het recht alleen zijn legitimiteit kan ontleenen aan een zoveel mogelijk verwezenlijken van de democratische rechtsstaat.

3.4. *Slobbeschouwingen*

1. Na deze weergave wordt het nu tijd de theoretische beschouwingen van Habermas kritisch te analyseren. Wanneer we beginnen met zijn eigen theorie, kunnen we constateren dat er sprake is van een ontwikkeling in zijn denken over recht, die als een ontwikkeling ten goede gezien moet worden. De halfslachtigheid van 1981 is verdwenen en het recht wordt duidelijk gefundeerd in een procedurele rationaliteit en aldus verbonden met morele argumentatie. Waar hij eerst nog probeerde belangrijke elementen van Luhmanns theorie in zijn eigen benadering te incorporeren, kiest hij thans ondubbelzinnig stelling tegen Luhmann.

Vanuit een algemeen theoretisch gezichtspunt zijn deze lezingen echter ook interessant. We kunnen vaststellen dat Habermas een uitgebreide en originele kritiek op het rechtspositivistische standpunt geeft, en aldus een van de voornaamste Duitse critici van het rechtspositivisme is. Opmerkelijk is dat hij zijn kritiek zowel van binnenuit ontwikkelt, als vanuit een meer sociologisch gezichtspunt. In het Angelsaksische taalgebied zijn van elk van deze be-

naderingen pendanten te vinden; we kunnen hierbij denken aan respectievelijk rechtsfilosofen als Ronald Dworkin en rechtssociologen als Philip Selznick. Dezen analyseren het recht echter binnen een Angelsaksische context. Er zijn echter vrij grote verschillen tussen het Engelse en Amerikaanse recht enerzijds en het 'continentale' Europese recht anderzijds. Aangezien het Nederlandse recht een vrij grote verwantschap heeft met het Duitse (ook al vindt er onder invloed van het EG-recht en internationale verdragen een ontwikkeling plaats in de richting van het Amerikaanse model), is Habermas' analyse juist van groot belang voor het Nederlandse recht.

2. Het tweede interessante thema van Habermas' teksten is zijn stelling dat het recht begrepen moet worden vanuit de ideeën van rechtsstaat en democratie. De vraag is echter of hij wel consequent genoeg doordeneert. Is het werkelijk mogelijk een zuiver procedurele rationaliteit te ontwikkelen of is een procedurele theorie uiteindelijk gebaseerd op substantiële uitgangspunten die ook inhoudelijke implicaties hebben op het niveau van concrete rechten en normen? Twee auteurs waar ook Habermas naar verwijst, Ely en Dworkin, verschillen nu juist op dit punt van mening. Dworkin meent dat het niet mogelijk is een democratie-idee te ontwikkelen waaruit niet ook belangrijke inhoudelijke morele en juridische conclusies volgen, bijvoorbeeld dat discriminatie op grond van ras moreel onjuist en juridisch onrechtmatig is. Het is jammer, dat Habermas op dit punt zijn theorie niet verder heeft uitgewerkt, waar hij de positie van Ely schijnt te kiezen, zonder op de argumenten van Dworkin in te gaan.

3. Een tweede vraagteken kunnen we plaatsen bij zijn theorie, waar het om zijn toch vrij eenvormige

theorie van recht gaat. Is zijn theorie wel gedifferentieerd genoeg om alle verschillende typen recht in onze complexe samenleving te verklaren? Is het niet zo dat recht, politiek en moraal soms niet alleen verstrengeld zijn, maar zelfs versmolten, en is dit soms niet juist een wenselijke zaak? Een goed voorbeeld hiervan is het terrein van de bio-ethiek, waar in kwesties als euthanasie, genetische manipulatie d., morele, politieke en juridische argumenten vrijwel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn in een juridisch en politiek geïnstitutionaliseerde discussie over 'medische ethiek'.

Men zou kunnen zeggen dat het feit dat op dit terrein recht, moraal en politiek zo sterk met elkaar verbonden zijn, misschien niet een teken is van onvoldoende gerationaliseerd zijn, van een achterblijven, maar juist van een te voorschijn komen van een reflexief recht, van een rechtssysteem waarin belangrijke kwesties zoveel mogelijk in onderlinge discussie tussen betrokkenen of vertegenwoordigers van de betrokkenen worden opgelost. Met andere woorden, dat het voor een oplossing van deze kwesties juist nodig is dat recht, moraal en politiek niet scherper gescheiden worden, maar juist sterk verbonden worden, sterker dan binnen Habermas' model mogelijk is.

4. Nog fundamenteeler is de vraag of Habermas de zowel in de ethiek als in de rechtstheorie thans plaatsvindende wending naar het neo-aristotelisme wel serieus genoeg neemt. In de ethiek gaat het om mensen als C. Taylor en A. MacIntyre, terwijl in de rechtstheorie ook mensen als Selznick en Dworkin de waarde van een 'communal morality', geïnspireerd op het oude polisideaal ineens sterker benadrukken. Het lijkt erop dat Habermas te luchthartig heenstapt over de reële problemen van een op het universali-

seerbaarheidsprincipe gebaseerde morele en juridische argumentatie; problemen waarop het neo-aristotelisme een antwoord probeert te geven. Vermoedelijk kan dit verklaard worden door het feit dat in Duitsland het neo-aristotelisme zich vooral in een conservatieve, of zelfs reactionaire variant voordoet, terwijl de Angelsaksische stroming nu juist een meer progressieve inslag heeft.

Wat ook de oorzaak mag zijn van deze relatieve onderwaardering, er ligt hier een serieus probleem voor de theorie van Habermas. Want de legitimiteitsproblematiek mag misschien theoretisch opgelost kunnen worden wanneer men uitgaat van een dergelijke op procedurele rationaliteit ingestelde democratische rechtsstaat met loyale burgers, daarmee is het praktisch nog niet opgelost. Want houdt een dergelijke procedurele rationaliteit wel voldoende rekening met persoonlijke levenskeuzen, 'ways of life', en concrete maatschappelijke en sociale situaties?

In andere opstellen heeft Habermas zich uitgebreid beziggehouden met burgerlijke ongehoorzaamheid. (Zie bv. *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik* (Ned. vertaling in *Krisis* 6 (1986) 1, pp. 54-69.) Hij stelt daarin dat het veelal bij de protesten tegen kernenergie en kernwapens niet zozeer gaat om protesten tegen concrete maatregelen, maar om een protest tegen de dominante technologische, kapitalistische levensvorm, en om het daartegenover stellen van een andere levenswijze. Een dergelijk conflict lijkt niet op te lossen binnen zijn democratie-theorie, en daarmee zijn wezenlijke legitimatievoorwaarden van het moderne recht afwezig. Kortom, de legitimiteitsvraag is misschien op theoretisch niveau

opgelost, maar in de concrete praktijk nog levensgroot aanwezig.

Hoe men ook mag denken over deze en andere thema's van de moderne rechtstheorie, duidelijk is dat Habermas' lezingen uitlokken tot verdere discussie. We hopen dan ook dat deze Nederlandse vertaling bij mag dragen aan een verdere inhoudelijke discussie over de legitimiteit van het recht en van de moderne democratische rechtsstaat.

Utrecht, april 1988