

De rechtstheorie van Jürgen Habermas*

Wibren van der Burg

¹In the discussion of law there is an ever-renewed conflict between those who see it as a functional necessity and others who invest it with hope and promise.¹

1 Inleiding

In 1981 publiceerde Jürgen Habermas zijn voorlopig hoofdwerk, de uit bijna twaalfhonderd bladzijden bestaande *Theorie des kommunikativen Handelns*.² In dit boek wordt redelijk uitgebreid ingegaan op de rol van het recht in de laatkapitalistische samenleving. Habermas waardeert in dit verband het recht (in tegenstelling tot dat van vroeger eeuwen) nogal negatief en ziet het als een van de oorzaken van de vernaming van de leefwereld. Aan de hand van het voorbeeld der 'Verrechtlichung' (juridisering) worden namelijk de negatieve gevolgen van de kolonialisering van de leefwereld aangeduid.

Nu is een dergelijke negatieve waardering van het recht nogal in strijd met de opvattingen van sommige progressieve juristen. Verdergaande juridisering wordt door hen juist als belangrijk middel gezien in de emancipatie van de zwakkeren in de samenleving. In Nederland is bijvoorbeeld de Utrechtse hoogleraar Peters hiervan een pleitbezorger.³ Wanneer men bedenkt dat één van diens voedingsbronnen juist de Kritische Theorie is, wordt deze tegenstelling nog merkwaardiger. De centrale vraag voor dit artikel ligt dan voor de hand: is Habermas' sombere analyse van het recht consistent en houdbaar?

De opzet van het artikel is verder als volgt. Eerst wordt de maatschappijtheorie van Habermas uiterst summier weergegeven, voorzover van belang voor het recht. In paragraaf drie wordt dan de rechtstheorie besproken.⁴ De rest van het artikel

- * Mijn dank gaat uit naar de leden van de Utrechtse vakgroep Filosofie van Cultuur en Maatschappij voor de stimulerende discussie bij een voordracht over dit onderwerp. Nikkie Meijers, Kees Notenboom, Judith Oost, Jan Pihns, Willem van Reijen, en de redactie van Recht en kritiek ben ik zeer erkentelijk voor hun kritische commentaren bij een eerdere versie van dit artikel.
- 1 Philip Seznick, *Law, Society and Industrial Justice*, (Russell Sage Foundation) 1969, p. 8.
- 2 Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 dln., Frankfurt am Main (Suhrkamp) 1981. Pagina-nummers zonder verdere aanduiding verwijzen naar de beide delen van dit werk.
- 3 Voor een analyse van Peters' rechtstheorie zie: Theo de Roos, 'De rechtstheorie van Peters: beperkingen van een normatieve benadering', in: *R en k* 1979, nr. 2, pp. 116-129. Ik hoop in dit artikel een aanzet te geven voor een reconstructie van Habermas' rechtstheorie die de door De Roos gesignaleerde beperkingen kan ondervangen.
- 4 Ik beperk me hierbij tot de Theorie des kommunikativen Handelns. Alereerst omdat dit boek een vrij compleet beeld van recht geeft. Een tweede reden is dat het boek niet geheel consistent is, en daarbij duidelijke accentverschillen vertoont met eerdere werken. Wanneer men nu dit boek interpreteert vanuit die andere werken kan een ongewenste vertekening ontstaan.

is gewijd aan een kritische analyse en een aanzet tot reconstructie. Eerst wordt het idee van recht als 'medium' geanalyseerd, met als conclusie dat Habermas ten onrechte, en in strijd met zijn eigen theorie, recht als een zuiver resultaatgericht medium beschouwt. In de volgende paragraaf wordt de te instrumentalistische visie op het recht bekritiseerd. Betoogd wordt, aan de hand van een vergelijking met enkele Amerikaanse rechtsfilosofen, dat recht in de democratische rechts- en verzorgingsstaat altijd op bepaalde idealen is gericht, welke idealen op hun beurt weer bijdragen tot een meer rationeel en kommunikatief gestructureerde leefwereld. Tot slot zal dan geprobeerd worden het aldus herziene rechtsbegrip toe te passen op de door Habermas gekonstateerde juridiserings tendensen, en in het bijzonder op de juridisering van het familerecht.

2 De maatschappijtheorie van Habermas⁵

Habermas ontwerpt een tweeledig maatschappijbeeld: een moderne maatschappij moet tegelijk gezien worden als systeem en als leefwereld ('Lebenswelt'). Hierdoor kunnen de beperkte analysemogelijkheden die systeemtheorie en handelingstheorie bieden, worden samengevoegd in een alomvattende theorie. Deze briljante manoeuvre geeft bovendien ook een alternatief voor het klassieke verbouw-ontdebouw schema. In de maatschappij als systeem (met de beide subsystemen ekonomie en politiek) staat strategisch, resultaatgericht handelen centraal; deze zorgt voor de materiële reproductie van de maatschappij. In de leefwereld daarentegen staat kommunikatief, op overeenstemming gericht handelen centraal; deze zorgt voor de symbolische reproductie. In het systeemperspektief gaat het om het mogelijk maken en de beheersing van een toenemende complexiteit; in het leefwereldperspektief om het toenemen van de kommunikatieve rationaliteit. Aan deze eisen kan pas in hoge mate worden voldaan door de ont koppeling van systeem en leefwereld; deze heeft in de westerse samenleving plaatsgevonden bij de overgang van de feodale naar de moderne maatschappij.

De leefwereld bestaat uit meer of minder diffuse, onproblematische achtergrond-overtuigingen (1:107). Het is de gemeenschappelijke horizon waarbinnen kommunikatief handelende subjecten met elkaar tot gedeeld begrip en overeenstemming ('Verständigung') proberen te komen. (Voor het centrale begrip 'Verständigung' — door Kunneman omschreven als 'het tot stand brengen van gedeeld begrip'⁶ — zal ik meestal kortheidsdruive het begrip 'overeenstemming' gebruiken.) Volgens Habermas is deze Verstandiging een 'telos', een immanent doel, van de menselijke taal (1:387). Met iedere taalhandeling is impliciet een aanspraak op waarheid, juistheid en waartachtigheid verbonden. De drie aanspraken korresponderen respectievelijk met de objectieve, de sociale en de subjectieve wereld, een waaracht-

- 5 In dit kader kan natuurlijk slechts zeer selectief op het hele boek worden ingegaan. Nauwelijks aandacht wordt bijvoorbeeld besteed aan de belangrijke stukken met betrekking tot de theorie-geschiedenis, de methodologische discussie en de kommunikatietheorie. Voor een algemene samenvatting zie H. Kunneman, *Habermas' Theorie van het communicatieve handelen. Een samenvatting*, Meppel (Boom) 1983. Zie ook het themanummer van *Kennis en Methode*, 1983, nr. 4. Een goede weergave van de maatschappijtheorie is ook te vinden bij Alma van Biers, *Twintig jaar kritische maatschappijtheorie — een kennismaking met Habermas*, in: *Vaams Marxistisch Tijdschrift*, 1984, nr. 3. Voor een uiteenzetting van Habermas' kommunikatietheorie en de mogelijke toepassing daarvan in het strafprocesrecht zie: Peter Bai en Peter Ipoel, *Waarheen met het strafrecht? Met Habermas op weg*, in: *R en k* 1982, nr. 4, pp. 434-462.
- 6 H. Kunneman, a.w., p. 14.

tigheidsaanspraak is dus een claim dat een (bij het handelen doorgaans impliciete) uitspraak over de eigen subjectieve wereld geldig is. De werkelijkheidsdefinitie) is dus meer dan alleen de objectieve werkelijkheid, er is ook een sociale (normatieve) en een subjectieve werkelijkheid. In het communicatieve handelen handelen de interactie deelnemers op basis van gemeenschappelijke werkelijkheidsdefinities; blijkt dat deze deels ontbreken doordat één der geldigheidsaanspraken van de deelnemers betwist wordt, dan kan in een Verständigungsproces gestreefd worden naar een nieuwe consensus.

Dit proces van bereiken van overeenstemming vindt, zoals gezegd, plaats binnen de horizon van een leefwereld, dus altijd op basis van nog wel gedeelde achtergrondovertuigingen. Het is onmogelijk buiten die leefwereld te gaan staan en deze in haar geheel ter discussie te stellen.⁷ Maar afhankelijk van de situatie en van de tijd kunnen in principe alle delen van de leefwereld expliciet gethematiseerd en ter discussie gesteld worden, in de hoop dat weer een nieuwe, op rationelere wijze tot stand gekomen overeenstemming wordt bereikt, die dan weer tot de leefwereld gaat behoren. Naarmate de leefwereld meer het resultaat wordt van dergelijke expliciete, op overeenstemming gerichte processen, is er sprake van een rationalisering van de leefwereld, en daarmee van een toenemende rationaliteit van het communicatieve handelen dat binnen die leefwereld plaatsvindt.

De reproductie van de leefwereld kan slechts plaatsvinden via communicatief handelen. In de moderne samenleving hebben nog meer 'Aussdifferenzierungs'-processen plaatsgevonden. Eén daarvan is die van het binnen de leefwereld autonoom worden van de deskundigenkulturen wetenschap, recht/moraal en kunst, die gespecialiseerd zijn in de drie geldigheidsaanspraken: respectievelijk waarheid, juistheid en waartachtigheid. Hierdoor is het mogelijk deze terreinen systematisch te bewerken, te rationaliseren en te reproduceren. Deze autonomie is echter doorgevoerd in een volledige afsplitsing van het alledaagse communicatieve handelen. De deskundigen zijn een aparte elite geworden zonder veel invloed op de alledaagse praktijk. De terugkoppeling met de leefwereld is verbroken. Hierdoor dreigt de leefwereld te verarmen: de symbolische reproductie van de leefwereld is nu overgedragen aan autonome kulturen, die onvoldoende nieuwe toevoer naar de leefwereld terug verzorgen. Dit proces is één van de oorzaken van de verzwakking der leefwereld.

In de moderne maatschappij hebben de beide subsystemen politiek en economie zich verzelfstandigd en komen zo tegenover de leefwereld te staan. Vanuit systeem perspectief is de leefwereld zelfs niet meer dan een substelsysteem van het systeem maatschappij. Handelen binnen de economische en politieke subsystemen is zuiver strategisch, resultaatgericht, dat wil zeggen: handelingen zijn een middel voor het realiseren van eigen privé-doelen; beoordelingssysteem voor handelingen is dan ook doelmatigheid. Alleen doordat economische en politieke handelingen resultaatgericht zijn, en niet meer afhankelijk van het op omslachtige wijze proberen overeenstemming te bereiken, is het mogelijk dat politiek en economie een (vanuit systeem perspectief uiterst essentiële) sterke reductie van complexiteit bereiken, waardoor de westerse samenleving in staat is grote materiele vooruitgang te boeken.

Deze loskoppeling van subsystemen en leefwereld is mogelijk doordat economie

en politiek zich niet meer bedienen van het op overeenstemming gerichte medium taal, maar van de op resultaat gerichte media geld respectievelijk macht. De functie van een *medium* is het coördineren van sociale handelingen; zo zorgt het medium geld voor de afstemming van het gedrag van koper en verkoper.

Het blijkt dus dat er twee soorten media zijn: Habermas spreekt dan ook van een mediadualisme (2:419). Omdat de media macht en geld slechts resultaatgericht zijn, kunnen ze de basis vormen voor zelfstandige subsystemen. Andere media daarentegen, zoals invloed en waardenbinding, ontlasten weliswaar de taal in haar coördinatiefunctie, maar vervangen haar niet: ze blijven uiteindelijk van de taal afhankelijk. Autoriteiten binnen de deskundigenkulturen hebben bijvoorbeeld wetenschappelijke of morele invloed; hun oordeel wordt door leken vaak zonder uitgebreide discussie overgenomen. Uiteindelijk is dit vertrouwen op hun oordeel wel rationeel gemotiveerd; verondersteld wordt dat deze autoriteiten binnen een wetenschappelijk respectievelijk ethisch forum hun oordeel kunnen verdedigen, oftewel dat zij hun geldigheidsaanspraak staande kunnen houden. De media invloed en waardenbinding zijn dus, net als het medium taal, uiteindelijk gericht op het bereiken van een rationele onderlinge overeenstemming. Resultaatgerichte media behoren tot het systeem; op overeenstemming gerichte media tot de leefwereld.⁸

Omdat politiek en economie niet gericht zijn op overeenstemming, kunnen ze alleen zorgen voor de materiële reproductie van de maatschappij. De symbolische reproductie van de leefwereld kan, zoals gezegd, alleen plaatsvinden via communicatief handelen in de leefwereld. Het probleem van de laatkapitalistische maatschappij is nu volgens Habermas dat de media macht en geld steeds verder de leefwereld doordringen en communicatief handelen vervangen door resultaatgericht handelen. Dit noemt hij de kolonialisering van de leefwereld. Doordat de leefwereld al intern verzwakt was door de loskoppeling van de deskundigenkulturen, heeft deze slechts een geringe weerstand tegen deze kolonisering. Dit leidt tot een steeds verdere verzwakking en uitholling: de leefwereld kan zichzelf steeds minder reproduceren. Daar de media macht en geld voor hun legitieme uiteindelijke toehaankbaarheid zijn van hun institutionalisering in de leefwereld, wordt daarmee niet alleen de leefwereld, maar worden ook de beide subsystemen in gevaar gebracht.

Hieruit zijn de crises van de laatkapitalistische samenleving, zoals de legitimatiecrisis, te verklaren. De nieuwe sociale bewegingen, zoals de vrouwen-, vredes- en milieubeweging, zijn hierop een reactie. Anders dan de oudere emancipatiebewegingen, zoals de arbeidersbeweging, richten zij zich niet primair op materiële eisen. Hun eisen zijn veel meer een verzet tegen de kolonisering van de leefwereld; het gaat hen om mensenrechten en nieuwe rationelere levensvormen.

8

Habermas ontwikkelt zijn mediatheorie aan de hand van een kritiek op Talcott Parsons. Dit leidt tot een zeer onduidelijk mediumbegrip en tot schijnbaar tegenstrijdige uitspraken. Enerzijds worden namelijk invloed en waardenbinding impliciet wel media genoemd (bijvoorbeeld op p. 2:412), elders wordt de bruikbaarheid van het mediumbegrip voor invloed en waardenbinding afgewezen en worden beide als 'generaliserende vormen van communicatie' gekarakteriseerd. Ook Kunnemanns weergave weerspiegelt deze tegenstrijdigheid — op een en dezelfde bladzijde (p. 126) heeft hij het over de 'media invloed en waardenbinding' en stelt hij dat dit geen media zijn! Het meest acceptabel lijkt de volgende interpretatie: Parsons' begrip van *stuntingsmedia* is slechts toepasbaar voor de resultaatgerichte media macht en geld. Habermas kiest voor een ruimer begrip 'medium', waarbij taal het basismedium is. Naast *stuntingsmedia* bestaan er dan op overeenstemming gerichte media: dit zijn behalve de taal zelf, invloed en waardenbinding. Alleen op deze wijze kan de these van het mediadualisme verklaard worden.

3 De rechtstheorie van Habermas

Tot nu toe is in het midden gelaten hoe het mogelijk is dat de subsystemen economie en politiek en de leefwereld los van elkaar kunnen bestaan. Het is het formele recht dat hierin een sleutelrol vervult. 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:

'Geld wird über Institute des bürgerlichen Privatrechts wie Eigentum und Vertrag, Macht über die öffentlichrechtliche Organisation von Ämtern institutionalisiert.' (2:404)

Het formele recht schepst 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 (dat recht geldt louter als gevolg van uitgevaardigd zijn door de bevoegde organen) is het recht verbonden met het politieke systeem, via het tweede 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 (2:536/537). Daarnaast is er een recht als medium dat tot het systeem behoort. Dit medium recht is dus resultaatgericht; hieronder zal daarop nog worden teruggekomen.

Hiermee zet Habermas zich af tegen een rechtspositivisme zoals dat onder andere bij Max Weber voorkomt:

'Ich betone beides: das Prinzip der Begründungsbedürftigkeit von Normen und das Satzungsprinzip. Weber hat freilich, in Übereinstimmung mit dem Rechtspositivismus seiner Zeit, das zweite Moment besonders hervorgehoben, nämlich die Grundvorstellung, daß beliebiges Recht durch formal gewillkürte Satzung geschaffen und abgeändert werden könne.' (1:233)

Deze tweeduidigheid van het recht maakt het minder juist om bij Habermas anno 1981 nog te spreken van een politiek-juridisch systeem. Er bestaan veel verbanden tussen recht en politiek, maar beide vormen zeker geen geheel; het recht is evenzeer verbonden met de leefwereld. Het politieke systeem koördineert 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 systeem. Weliswaar heeft

Habermas het soms over het 'rechtssysteem' (bijvoorbeeld op p. 2:266), maar dient in de gebruikelijke, niet specifiek systeemtheoretische betekenis van 'rechtstelsel' te worden geïnterpreteerd. Voorzover het recht behoort tot de maatschappij als systeem, is het in de vorm van een medium, en niet van een subsystem.

Habermas erkent vrij terloops een accentverschuiving in zijn denken over recht, althans voorzover het juridische processen betreft. Nadat hij namelijk gewezen heeft op 'die Bindung ans geltende Recht [und] spezielle Beschränkungen einer Prozeßordnung, die dem Erfordernis einer autorisierten Entscheidung und der Erfolgsorientierung der streitenden Parteien Rechnung tragen', stelt hij in een noot:

'Dieser Umstand hatte mich zunächst dazu bewegen, Gerichtsverhandlungen als strategisches Handeln zu konzipieren (Habermas, Luhmann, Theorie der Gesellschaft, Ffm. 1971, 200f.). Inzwischen habe ich mich von R. Alexy (1978), 263ff., davon überzeugen lassen, daß juristische Argumentationen in allen ihren institutionellen Ausprägungen als Sonderfall des praktischen Diskurses begriffen werden müssen.' (1:62/63)

Terwijl in zijn vroeger werk procesueel handelen derhalve een vorm van strategisch handelen was (en dat deel van het recht dat dit handelen reguleerde dus tot het systeem behoorde), stelt hij nu dat juridische processen gebaseerd zijn op kommunikatief handelen.⁹ Dit impliceert dat een belangrijk deel van het recht niet meer tot het politieke systeem wordt gerekend, maar tot de leefwereld.¹⁰

Uit de voorgaande weergave 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 verbindingsschakel tussen systeem en leefwereld, maar die schakel zelf verandert sterk. Volgens Habermas is er namelijk sprake van een jurisdering van de moderne samenleving. Jurisdering wordt door hem gedefinieerd als de in moderne maatschappijen te constateren tendens van vermeerdering van het geschreven recht. (2:524) Deze jurisdering in ruimere zin wordt door Habermas op zich niet negatief beoordeeld; er zitten juist veel positieve kanten aan. De negatief beoordeelde jurisdering, waarnaar in de inleiding werd verwezen, is hiervan slechts een onderdeel — deze speelt alleen in de verzorgingsstaat bij de jurisdering van voornemen kommunikatief gestructureerde handelingsgebieden.

Habermas onderscheidt in de Westeuropese geschiedenis vier globale jurisderingsbewegingen, 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 subsystem kan ontstaan naast het politieke subsystem, terwijl beide los komen te staan van de leefwereld. De volgende drie fasen zijn dan te zien als toenemende controlepogingen vanuit de leefwereld over de twee verzelfstandigde subsystemen:

9

Bel en Ippel gaan in hun eerdergenoemd artikel (zie noot 5) verder op deze lijn. Zij bespreken in hoeverre in juridische strafprocessen de voorwaarden kunnen worden geschapen voor een machtsvrije discussie gericht op het bereiken van overeenstemming.

10

Deze accentverschuiving wordt overigens onvoldoende doorgevoerd in de analyse van het recht in het laatste hoofdstuk; deze kritiek zal in de volgende paragrafen verder worden uitgewerkt.

'Die weiteren Verrechtlichungsschübe lassen sich gerade so verstehen, daß dann eine dem Markt und der absolutistischen Herrschaft zunächst zur Disposition gestellte Lebenswelt nach und nach ihre Ansprüche zur Geltung bringt'. (2:527)

Tegelijk lukt het hierdoor de absolute staat om zich om te vormen tot een moderne staat die nieuwe legitiematie verkrijgt vanuit een gerationaliseerde leefwereld. Deze ontwikkelingen beoordeelt Habermas zonder meer als gunstig:

'Auf der Linie der Konstitutionalisierung und der Demokratisierung einer zunächst in absolutistischer Gestalt auftretenden bürokratischen Herrschaft zeigt sich der unzweideutige Freiheitsverbürgende Charakter rechtlicher Normierungen. (...) Der im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates entfaltete Sozialstaat (...) setzt diese Linie einer Freiheitsverbürgenden Verrechtlichung fort. Anschienend zählt er das ökonomische Handlungssystem in ähnlicher Weise wie die beiden vorangegangenen Verrechtlichungsschübe das administrative'. (2:530)

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 vervormd, dat ze haatbaar worden voor het politieke subsystem en uiteindelijk zijn in termen van individuele rechtsaanspraken. 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:

'Das als Steuerungsmedium verwendete Recht ist von der Begründungsproblematik entlastet und allen über formell korrekte Verfahren mit dem inhaltlich legitimationsbedürftigen Rechtskorpus verbunden. Die Rechtsinstitutionen gehören hingegen zur gesellschaftlichen Komponente der Lebenswelt'. (2:536/537)

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 geregeld werden. Het karakter van 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:

'Die Verrechtlichung kommunikativ strukturierter Handlungsbereiche darf über die Durchsetzung rechtsstaatlicher Prinzipien, über die rechtliche Institutionalisierung der äußeren Verfassung, sei es der Familie oder der Schule, nicht hinausgehen. An die Stelle des als Medium benutzten Rechts müssen Verfahren der Konfliktregelung treten, die den Strukturen verständigungsorientierten Handelns angemessen sind — diskursive Willensbildungsprozesse und konsensorientierte Verhandlungs- und Entscheidungsverfahren'. (2:544)

De oplossing van Habermas is dus dat recht in de leefwereld nooit als medium mag functioneren, maar alleen als institutie.

We kunnen nu de visie van Habermas op het recht kort samenvatten. In de moderne maatschappij is het recht een essentiële verbinding tussen systeem en leefwereld. Het zorgt voor de onafhankelijkheid ten opzichte van én voor de verankering (legitiematie) in de leefwereld van de politieke en economische subsystemen. In een normale toestand doet het recht dit als institutie, het reguleert slechts de al aanwezigende 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 de subsystemen. Pathologische verschijnselen treden op wanneer het recht ook binnen de leefwereld als medium gaat fungeren; 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.

4 Recht als medium

In Habermas' visie op het recht zijn twee centrale thema's te ontdekken. Het eerste is de beschrijving van het recht als een essentiële verbinding tussen systeem en leefwereld in zijn 'normale' verschijningsvorm. Het tweede is de these van de 'Verrechtlichung' en haar negatieve gevolgen in de verzorgingsstaat. Het is met name deze tweede these die ik hieronder zal aanrekenen en vervolgens proberen te rekonstrueren. In deze paragraaf zal ik daartoe dieper ingaan op het functioneren van het recht als medium en daarbij een uitstapje maken naar de theorie van Lon L. Fuller. Ik zal daarbij de stelling verdedigen dat ook indien recht als medium fungeert, het op overeenstemming gericht is en het dus niet een louter resultaatgericht medium is. In de volgende paragraaf wordt dan de benadering van het recht als een neutraal instrument bevestigd.

Volgens Habermas is, zoals gezegd, het gaan functioneren van het recht als medium in de leefwereld mede verantwoordelijk voor de krisisverschijnselen in de laatkapitalistische samenleving. Habermas laat het verschil tussen recht als medium en recht als institutie per definitie bepalen door het al dan niet op overeenstemming gericht zijn:

'Unter Rechtsinstitutionen verstehe ich Rechtsnormen, die durch den positivistischen Hinweis auf Verfahren nicht hinreichend legitimiert werden können'. (2:536)

Met andere woorden: het recht als institutie heeft inhoudelijke legitiematie nodig. Het recht als medium daarentegen is ontlast van de rechtvaardigingsproblematiek en is slechts via formeel correcte procedures met de wel rechtvaardiging behoevende rechtsinstituten verbonden.

Met deze benadering omarmt Habermas toch weer gedeeltelijk het rechtspositivistische standpunt dat hij eerder expliciet afgewezen had. Weliswaar is het rechtspositivistische model onjuist voor wat betreft het recht als institutie, maar voor het recht als medium biedt het een goede analyse. (Hetgeen natuurlijk niet wegneemt dat de door hem aldus geanalyseerde feitelijke ontwikkeling door Habermas wordt afgewezen.) Op deze wijze beëindigt Habermas het eeuwige konflikt tussen de

twee in het motto boven dit artikel genoemde benaderingen door ze ieder een eigen domein te geven. Een methode die hij ook al in de discussie met Luhmann toepaste door toe te geven dat de systeembenadering bruikbare deelaspecten kon verschaffen.¹¹ Op het eerste gezicht lijkt dit een elegante oplossing voor het enigszins tweeslachtige recht: de ene heft wijs je toe aan het systeem, de andere aan de leefwereld. Het probleem wordt dan echter slechts verschoven, want de vraag rijst onmiddellijk, hoe dan wel de beide hefften, die slechts de benaming recht delen, met elkaar verbonden zijn. Bovendien moet sterk worden betwijfeld of deze oplossing, waarbij het medium recht per definitie niet gericht is op overeenstemming, wel consistent is met Habermas' medialisme.

Habermas ontwikkelde immers eerder in zijn boek de theorie dat er twee soorten media zijn:

'Der Weg der immanenten Kritik hat uns schließlich zu zwei konträren Typen von Kommunikationsmedien geführt, zu einem *Mediendualismus*, mit dem sich der Widerstand erklären läßt, den die Strukturen der Lebenswelt in bestimmten Handlungsbereichen der Umstellung von Sozial- auf Systemintegration entgegensetzen'. (2:419)

Macht en geld zijn media die de taal vervangen, van de leefwereld zijn losgekoppeld en daardoor niet meer op overeenstemming gericht zijn. Invloed en waardebinding daarentegen vormen slechts een specialisering van talige consensusvormingsprocessen. Deze media zijn vormen van gegeneraliseerde communicatie, die wel — net als het medium taal — op Verstandiging gericht zijn.

Kan het medium recht nu wel, zoals Habermas dat doet, op een vergelijkbare wijze losgekoppeld worden van de leefwereld als dat met de systematische media macht en geld is gebeurd? Met andere woorden: is het recht inderdaad een systematisch, resultaatgericht medium of is het juist een op overeenstemming gericht medium dat behoort tot de leefwereld? Een criterium dat Habermas geeft ter onderscheiding van beide soorten media, is of deze zijn gebaseerd op empirisch gemotiveerde bindingen (sankties en beloningen) of op een rationeel gemotiveerd vertrouwen (bijvoorbeeld in de juistheid van een oordeel van een autoriteit). Verlaad voor het recht betekent dit: laten mensen hun gedrag door het recht beïnvloeden en coördineren omdat er sankties op staan of omdat men overtuigd is van de legitimiteit ervan? Doorgaans beslist men deze discussie met een soort middenweg: zowel instemming als sankties zijn nodig. Dat betekent dat het medium recht een gemengd karakter heeft en zeker niet alleen tot het systeem behoort. Geheel ondenkbaar is het overigens niet dat de naleving van sommige normen vrijwel geheel gemotiveerd wordt door sankties. Dit is echter niet noodzakelijk verbonden met het functioneren van het recht als medium; er zijn evenzeer gevallen, waar het recht ook een slaat gedrag te coördineren, waar de legitimiteit centraal staat.

Maar zelfs al zou men, bijvoorbeeld door een stipulatieve definitie, het medium recht willen beperken tot die gevallen waar alleen sankties motiveren tot naleving, dan nog kan het onderscheid van Habermas hier niet door gedragen worden. In zijn omschrijving van het medium recht verwijst hij immers niet naar sankties, maar naar legitimatie op grond van formele procedures. Maar juist deze grondslag voor de naleving van het recht dient gezien te worden als zijnde gebaseerd op een rationeel gemotiveerd vertrouwen: men vertrouwt erop dat de procedure het juiste resultaat zal opleveren (althans de grootste kans daarop geeft), zoals men ook

11 Zie Jürgen Habermas/Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung*, Frankfurt am Main (Suhrkamp) 1971, .pp. 270 e.v., metaname p. 276.

vertrouwt op de juistheid van het oordeel van bepaalde deskundigen (in het geval van het medium invloed). Het door Habermas genoemde onderscheidende kenmerk van het medium recht, blijkt tegelijk het onderscheidende kenmerk van de op overeenstemming gerichte media te zijn!

op overeenstemming gericht. media te zijn.

In zijn mediatheorie noemt Habermas nog enkele andere onderscheidingscriteria, zoals de mogelijkheden tot manipuleren, meten, circuleren, opstaan en de institutionalisering van het medium. Van recht als manipuleerbaar, meetbaar, en dergelijke spreken kan slechts in een zeer verworpen betekenis. Op grond van dit criterium moet recht dus tot de leefwereld worden gerekend; hetzelfde geldt voor de institutionalisering. Bij de media invloed en waardebinding wordt het idee van institutionalisering afgewezen omdat medium en institutie nauwelijks onderscheiden kunnen worden. Dit geldt voor recht in nog sterkere mate.

Scheidt al ruim te wijden. Dit gaat te ver. Het is niet mogelijk om te handhaven te kröndrinen 12

Er is nog een reden waarom recht een op overeenstemming gericht medium is. Recht is namelijk talig: rechtsregels zijn geformuleerd in de taal, processen vinden plaats in de taal. Deze taligheid is essentieel voor het recht, wat niet het geval is voor macht en geld. Recht kan taal dus niet vervangen; het blijft rechtstreeks verbonden met de taal. Aangezien de taal als telos het bereiken van overeenstemming heeft, heeft ook het recht diezelfde telos.¹³ Met het pomeren van een rechts-norm (een taalhandeling) worden impliciet aanspraken op juistheid, maar ook op waarheid en waarachtigheid gesteld; wie zijn of haar handelen laat bepalen door zo'n rechtscnorm erkent impliciet de geldigheid (hoewel misschien niet de inhoudelijke juistheid). In een juridisch proces vindt idealiter een uitwisseling van meningen plaats over de waarheid van de feiten, de juistheid van de normen en de waarachtigheid van de actoren. Zelfs in diktaturen met showprocessen wordt geprobeerd in het proces de schijn van juistheid te wekken. De communicatie in het juridisch proces mag nog zo ingeperkt zijn door allerlei procesrechtelijke bepalingen, en door dat rechters de juistheid van de rechtsregels of de waarachtigheid van de tegenpartij of het Openbaar Ministerie nauwelijks ter discussie stellen, het handelen

Deze kritiek en revisie heeft niet alleen gevolgen voor de rechtstheorie. Doordat het recht namelijk meer zijn brugfunctie vervult, komen systeem en leeuwende los van elkaar te staan. De beoogde synthese van systeemtheorie en handelingstheorie wordt hierdoor ernstig ondergraven. Het is daarom van belang dat de synthese van systeemtheorie en handelingstheorie verder inoedaaan worden.

13 Op deze fundamentele gevougen voor taal en mens worden de taal en mens overigens geld dat zowel het recht als de taal misbruikt kunnen worden en als middel voor het realiseren van pñve-doelen worden gebruikt. Maar hierbij gaat het wel om mis-bruk van taal en recht, in strijd met de eigen aard.

binnen zo'n proces blijft niettemin een vorm van communicatief handelen.¹⁴ Deze inperkingen onderscheiden het medium recht inderdaad van het medium taal, maar geven daardoor juist het recht dat specifieke karakter van gerealiseerde communicatie, zoals ook invloed en waardenbinding dat hebben. Ook als buiten een proces een burger zijn gedrag door een materiële rechtsnorm laat bepalen, is dat primair omdat die norm uiteindelijk verbonden is met een aanspraak op legitimiteit, waarbij deze direct inhoudelijk kan zijn of gebaseerd op procedures. Ontbreekt die aanspraak op een mogelijke legitimatie, dan kan beter van een simpel bevel (dus van het medium macht) gesproken worden dan van het medium recht.¹⁵

Tot nu toe heb ik de rechtstheorie van Habermas bekritiseerd vanuit zijn eigen maatschappijtheorie.¹⁶ Het resultaat was dat recht door Habermas ten onrechte als een resultaatgericht medium wordt gezien, en dat het meer in overeenstemming met zijn eigen theorie is het recht te beschrijven als op overeenstemming gericht. Deze kniklus kan ook worden bereikt vanuit een theoretische reflectie op het karakter van het recht. In dit verband biedt de theorie van Lon L. Fuller een bruikbare analyse.¹⁷

Fuller stelt dat het recht een 'interne moraal' heeft in de vorm van acht 'principes van legaliteit'. Aan deze principes moet in een minimale vorm voldaan zijn om van recht te kunnen spreken. Deze principes zijn: algemeenheid, bekendmaking, geen terugwerkende kracht, helderheid, niet-tegenstrijdigheid, niet het onmogelijke eisen, duurzaamheid in de tijd, en overeenstemming tussen officieel handelen en vastgestelde regels. Verder stelt Fuller dat het recht altijd een interne dynamiek kent gericht op verdere verwezenlijking van de principes.

Natuurlijk is op deze visie kritiek mogelijk, bijvoorbeeld op het vereiste van duurzaamheid. Dat het recht echter tenminste in een minimale mate moet voldoen aan vereisten als algemeenheid om überhaupt als recht te kunnen functioneren, is ook door tegenstanders als Hart niet betwist. Wel aangevochten is de stelling van Fuller dat deze vereisten belangrijke substantiële normatieve implicaties zouden hebben.¹⁸ Deze discussie kan hier gelukkig terzijde worden gelaten, omdat ik maar één minimale implicatie wil bespreken, waar Fuller alleen terloops op ingaat. De these die ik hier zou willen verdedigen is, dat door deze principes van legaliteit, zelfs indien slechts in uiterst beperkte mate gerealiseerd, het recht zijn eigen juist-

heidsaanspraken expliciet maakt en daardoor zichzelf blootstelt aan discussie en kritiek.¹⁹

Het vereiste van algemeenheid bijvoorbeeld betekent dat het recht geen stelsel van ad hoc bevelen kan zijn, maar op enigszins doordachte regels moet berusten, waardoor het eerder aangrijpingspunt is voor kritiek: de regel op grond waarvan in concreto tot handelen wordt overgegaan is expliciet gesteld. Vereisten als bekendmaking, helderheid, niet-tegenstrijdigheid scheppen extra aangrijpingspunten voor kritiek. Alleen een bekende, heldere en niet-tegenstrijdige regel kan immers in een zinvolle discussie worden bekritiseerd en verdedigd. Het vereiste van overeenstemming tussen officieel beleid en vastgestelde regel tenslotte biedt de mogelijkheid om over de juistheid van overheidshandelen te discussiëren.

Deze voorbeelden zouden nog verder uitgebreid kunnen worden, maar de conclusie lijkt zo ook al duidelijk. Het recht blijft altijd bepaalde kenmerken te bezitten — hoewel soms in uiterst beperkte mate — die ertoe leiden dat de eigen justitiedaanspraken in het recht explicieter worden. Met name het laatste criterium zorgt er bovendien voor dat er altijd een minimale distantie is tussen macht en recht, zodat het recht ook als kritische instantie voor de machtsuitoefening kan dienen. Het recht biedt dus zelf de aanzet om zowel zichzelf als de politiek in expliciete verstandingsprocessen te thematiseren en te bediscussiëren. Met andere woorden: het recht is gericht op Verstandiging.²⁰

5 Recht als instrument

Habermas ziet de laatste drie juridiseringstadiën als pogingen vanuit de leefwereld de (in de eerste fase zelfstandig geworden) subsystemen politiek en economie te beheersen. Het recht is in deze ontwikkeling niet meer dan een passief instrument van de leefwereld. Ook wanneer het recht in de omgekeerde richting werkt en als medium de leefwereld aantast, is het een middel zonder eigen weerstand. Het recht is een neutraal instrument, dat wil zeggen dat het formele recht bij Habermas geen eigen dynamiek kent, het heeft als zodanig geen inhoud, geen eigen aard.

¹⁹ Fuller verwijst hiernaar op p. 158: 'It is the virtue of a legal order conscientiously constructed and administered that it exposes to public scrutiny the rules by which it acts.' Vergelijk ook p. 159. Ook het feit dat het recht een mensbeeld veronderstelt van een autonome, verantwoordelijke actor, is ervoor verantwoordelijk dat een minimale gerichtetheid op de voorwaarden voor de ideale

communicatiegemeenschap bestaat. Meer rechtspositivistisch georiënteerde lezers menen nu mogelijk dat hier 'is' en 'ought' verward worden en dat er had moeten staan: het recht behoort gericht te zijn op Verstandiging. Deze laatste these zou ik zeker ook willen verdedigen, maar is hier niet aan de orde. Het gaat om een deskriptieve analyse van het recht. Centrale vooronderstelling van het slot van deze paragraaf en de volgende paragrafen is dat het verschijnsel 'recht' niet begrepen en beschreven kan worden zonder rekening te houden met het feit dat recht een normatief verschijnsel is en dat recht gericht is op het verwezenlijken van bepaalde doelen. In dit opzicht verschilt recht niet van gewoon menselijk handelen. Als voorbeeld kan de bekende Huizense veearts dienen. Dieners van een feitelijke handelwijze kan alleen juist beschreven worden als men de bedoeling ervan voor ogen houdt: of de feitelijke gevolgen hiernaar overeenkomen, doet aan het feit van die bedoeling niets af. Zo kan ook het feit van het recht niet beschreven worden zonder dat bepaalde doelen vooropgesteld worden, zelfs wanneer blijkt dat deze 'normatieve' doelen niet gerealiseerd worden. Seznick, a.w., p. 10, spreekt in dit verband van 'latente waarden in de wereld van de feiten'. Overigens kan een vergelijking tussen doelen en werkelijkheid een zeer goed evaluatie-instrument zijn, een methode die ook binnen de kritische theorie niet ongebruikelijk is. Wanneer in Huizen alle besmette koeien gestorven zouden zijn, is dit feit op zich weer een handvat voor

²⁰

- ¹⁴ Voorbeelden van dit soort discussies zoals die feitelijk plaatsvinden in een Nederlands proces: berepen op onverbindendheid van lagere bepalingen wegens strijd met hogere normen, pleetdoen voor bepaalde normen wanneer vaste jurisprudentie ontbreekt of juist wijziging hiervan wordt beoogd, toetsing van het vervolgingsbeleid aan beginselen van behoorlijk bestuur.
- ¹⁵ Hiernaar wordt de enige categorie binnen het recht die resultaatgericht leek (namelijk die welke gebaseerd is op sankties), als verlengstuk van macht gekarakteriseerd. Dit is meer dan een truuk met woorden: door een dergelijke analyse wordt duidelijk dat recht in dit soort gevallen misbruikt wordt in strijd met de eigen aard. Een dergelijk misbruik kent een parallel bij het medium invloed, wanneer keizerlijke (morele) autoriteiten en wetenschappers zich door de machthebbers laten gebruiken.
- ¹⁶ Om precies te zijn: de visie op het recht zoals naar voren komend op pp. 2:523-547 is bekritiseerd vanuit de rest van het boek. Ook de verspreide opmerkingen over recht die elders te vinden zijn, dwingen mijns inziens tot de hier gepresenteerde reconstructie.
- ¹⁷ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven (Yale University Press) 1969 (revised edition) met name de hoofdstukken II en IV.
- ¹⁸ Zie bijvoorbeeld H.L.A. Hart, Lon L. Fuller: *The Morality of Law*, in: id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford (Clarendon) 1983, pp. 343-364.

Het recht blijft volledig afhankelijk van leefwereld of systeem — de enige motor achter de ontwikkeling van het recht ligt buiten het recht zelf.

In de vorige paragraaf is al kritiek geleverd op Habermas' notie van recht als een medium dat per definitie de leefwereld zou aantasten. Nu zal ik een algemenere en tegelijk beperktere kritiek geven op het karakter van recht als een neutraal instrument. Centrale these is dat, althans in de rechtsstaat, de democratie en de verzorgingsstaat, het recht (zowel de institutie als het medium) geen neutraal instrument is, maar integendeel een interne dynamiek heeft in de richting van bepaalde idealen en een interne weerstand tegen aantasting van deze idealen. Deze schep- en op hun beurt weer de voorwaarden voor een vrije discussie gericht op het bereiken van consensus. Deze these is beperkter omdat ze niet voor ieder recht geldt, zoals het recht in een diktatuur; daarvoor geldt slechts de analyse van de vorige paragraaf. Net als voor de maatschappijtheorie geldt immers voor de rechtstheorie dat in de loop der sociale evolutie haar object verandert (vergelijk 2:447). De specifieke kenmerken van het recht in de democratische rechts- en verzorgingsstaat dienen bij een analyse van de huidige maatschappij evenzeer in aanmerking te worden genomen als de meer algemene kenmerken.

Habermas geeft er nauwelijks een verklaring voor dat de leefwereld in staat is via juridisering de subsystemen te beheersen. Een belangrijke factor kan echter in het recht zelf gevonden worden. Is namelijk eenmaal de burgerlijke staat tot stand gekomen met een relatief zelfstandig recht (met name zelfstandig ten opzichte van de moraal), dan heeft het recht een interne dynamiek in de richting van een verwezenlijking van de 'rule of law': de rechtsstaat. We kunnen hier weer aansluiten bij de theorie van Fuller: de principes van legaliteit worden in toenemende mate gerealiseerd en van inhoud voorzien tot ze tenslotte uitmonden in de rechtsstaat. Natuurlijk is het recht hierbij sterk afhankelijk van de ontwikkelingen in de leefwereld. Deze zal voor een belangrijk deel de kracht moeten leveren voor dit proces en bovendien een soortgelijke ontwikkeling moeten meemaken (dus verder moeten rationaliseren). Rechtsregels en opvattingen in de rest van de leefwereld kunnen immers niet een te grote spanning vertonen, omdat anders de legitimiteit van de rechtsregels onder grote druk komt te staan.

Maar is eenmaal een minimale vorm van recht aanwezig en zijn daarmee de principes in elementaire vorm in het recht geïncorporeerd, dan vormen deze principes zelf de versnellingsfactoren in de hele ontwikkeling. Het principe van algemeenheid bijvoorbeeld zorgt ervoor dat wat eenmaal als precedent geschapen is (inclusief de verwoording van de principes zelf) een grotere doorwerking heeft. Tegelijk zorgen de principes ervoor dat wat eenmaal gerealiseerd is van de idealen een interne weerstand heeft tegen aantasting vanuit het systeem. De principes van duurzaamheid en overeenstemming tussen beleid en regel spelen hierbij een grote rol.

Voor de volgende juridiseringsfasen geldt een analoog verhaal. Is eenmaal het democratisch ideaal binnen het recht erkend, dan moet het hele recht in het vervolg mede vanuit dat ideaal worden geïnterpreteerd. Deze dynamiek wordt nu niet meer alleen gedragen door de elementaire principes van legaliteit, maar ook door de veel sterkere principes van de rechtsstaat (waaraan de inhoud overigens niet meer is dan een vergaande invulling van de andere principes). Op deze wijze wordt het kiesrecht steeds algemener, en werken zelfs democratische beginselen buiten het staatsapparaat door (bijvoorbeeld binnen de economie in ondernemingsraden). Natuurlijk is ook bij deze ontwikkeling sterke steun nodig vanuit de leefwereld, zeker wanneer het recht in hoge mate bepaald wordt vanuit de politiek of door

mensen wier belangen parallel lopen met die van de politiek.

Voor deze fase kan de theorie van Dworkin als model dienen.²¹ Dworkin betoogt dat wie in een constitutionele democratie het recht juist wil toepassen, dit alleen maar kan doen door zich te baseren op een normatieve visie over democratie waarin rechten van burgers centraal staan. De basis van deze normatieve visie dient volgens Dworkin gezocht te worden in het gelijkheidsbeginsel. Uit de gebreken van het meerderheidsprincipe vloeien hieruit bij konsekwent doordenken de vereisten van een aantal rechten voor minderheden voort — de burgerrechten. Minder belangrijk is hier of de theorie van Dworkin in details houdbaar en toepasbaar voor Nederland is. Het gaat er slechts om dat men in een democratie bij de bepaling van wat het recht is, niet heen kan om de vraag wat het recht zou moeten zijn op basis van de democratische idealen. Dit betekent namelijk dat naarmate deze idealen een verdere invulling krijgen in de leefwereld en/of in de juridische deskundigenkultuur, zij ook deel gaan uitmaken van het recht. Een voorbeeld van een dergelijke feitelijke ontwikkeling is dat een proces tegen de staat inzake bepaalde aspecten van het defensiebeleid nu meer kans maakt dan bijvoorbeeld vijftig jaar geleden: de oriëntatie op beginselen en mensenrechten is in Nederland sterker geworden, daardoor is de kritische distantie van het recht tegenover de politiek vergroot. Wanneer dus tegenstanders van rakettenplaatsing zich tegenwoordig beroepen op bepaalde rechtsstatelijke of democratische beginselen, is de kans om op grond van dergelijke beginselen een juridische uitspraak tegen het politieke beleid te krijgen groter dan toen dit soort beginselen minder centraal stonden.²²

Dworkin geeft ook een aanzet voor de verklaring van de volgende fase. Hij gaat uit van een fundamenteel recht op gelijk respect en zorg tegenover de overheid als basis voor de democratie. In bepaalde gevallen kan dit leiden tot positieve discriminatie van minderheidsgroepen als legitiem overheidsbeleid, en tot een recht op een bepaald minimumniveau van welzijn.²³ Met andere woorden: een formeel juridische gelijkheid is niet voldoende in een democratie, er moet gestreefd worden naar een materiële, substantiële gelijkwaardigheid. In de Nederlandse Grondwet komt dit streven tot uitdrukking in de sociale grondrechten en in het gelijkheidsbeginsel. Dit laatste kan ook materieel worden toegepast in gebieden als arbeids- en huurrecht ter bescherming van de zwakkere partij. Hiermee zijn we duidelijk terechtgekomen in de democratische verzorgingsstaat.

Is eenmaal vastgelegd dat burgers recht hebben op arbeid, inkomen, woonruimte, — zij het impliciet of in elementaire vorm — dan is hierop weer een interne dynamiek werkzaam, die ditmaal niet alleen door de rechtsstaatsbeginselen, maar ook door democratische principes wordt versterkt. Ook hier is weer sprake van een interne weerstand tegen aantasting van eenmaal verworven rechten vanuit economie en politiek. Omdat deze de meest recente en minst verankerde zijn, is overigens in tijden van economische crises die weerstand alleen zeker niet voldoende en is steun vanuit de leefwereld nodig om ze te beschermen. De leefwereld heeft niettemin een veel sterkere positie in die strijd dan wanneer er geen juridische

21 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. (Harvard University Press) 1978.

22 Overigens gaat het in het huidige proces tegen de staat in belangrijke mate om volkenrechtelijke beginselen, die moeilijk in het schema van Habermas passen. Men zou als aanvulling daarop, enigszins spekulatief, de these kunnen verdedigen dat de komende vijfde juridiseringsfase die van de universalisering is, internationale organisaties en verdragen zouden hiervan dan de eerste tekenen zijn. In Habermas' theorie ontbreekt de Derde Wereld volledig; een dergelijk internationaal perspectief zou deze lakune gedeeltelijk kunnen vullen.

23 *idem*, p. 233 resp. 367.

basis zou zijn geweest. Hieruit blijkt het praktische belang van het verschil met Habermas. Bij Habermas blijkt nergens op welke wijze juristen als juristen ook een positieve rol kunnen spelen bij de verdediging van de leefwereld.

Met deze korte schets is voldoende aannemelijk gemaakt dat het recht in een democratische rechts- en verzorgingsstaat een interne dynamiek kent, en dus niet een neutraal instrument is, maar een instituut/medium gericht op verwezenlijking en bescherming van bepaalde idealen en beginselen. (Hieraan doet niet af dat de verwezenlijking van deze idealen in de praktijk vaak beperkt is en dat het recht vaak misbruikt wordt door machthebbers. De kritische potentie blijft aanwezig.) Nu moet nog worden aangetoond dat deze idealen mede de voorwaarden schep- pen voor een vrije discussie gericht op het bereiken van overeenstemming, anders gezegd: dat deze bijdragen tot het realiseren of benaderen van een ideale gespreks- situatie.

Een centraal kenmerk van deze gespreksituatie is dat er geen sprake is van dwang — afgezien dan van de dwang van het betere argument (1:48). De rechts- staat kan worden gezien als een eerste poging om de dwang, de machtsuitoefening te beteugelen. Niet alleen binnen het juridisch proces, maar ook daarbuiten, doordat burgers en overheid bereid moeten zijn hun gedrag te laten normeren door het recht en zodoende de juistheid van hun gedrag juridisch te laten toetsen.²⁴

De democratie draagt in verschillende opzichten bij tot de ideale gespreksituatie. Allereerst is het democratisch beslissingsmodel (hoe gebrekking ook in de prak- tik) een verbetering, doordat het een procedure schept waarin gestreefd moet worden naar overeenstemming, ook al is het dan die van een meerderheid. Op deze wijze wordt het hart van het politieke subsysteem onderworpen aan een (elementaire) vorm van discussie. Het uiteindelijke — nooit bereikte — ideaal zou men zelfs gelijk kunnen stellen aan het beslissingsmodel van de ideale gespreks- situatie gericht op consensus. Dat betekent dat de talos van taal en democratisch recht dezelfde is: Verstandig! Ook het gelijkheidsbeginsel en de vrijheidsrechten dragen, voorzover ze gerealiseerd worden in de praktijk, bij tot een verdere be- nadering van het ideale gespreksmodel. De gelijkheid van de discussiepatronen wordt formeel gewaarborgd in allerlei maatschappelijke situaties van besluitvorming, en de vrijheidsrechten geven een zekere bescherming tegen dwang en inmenging op essentiële gebieden als meningsuiting en vergadering. De verzorgingsstaat tenslotte zorgt ervoor dat alle gesprekspartners ook feitelijk gelijkwaardig zijn, door het waarborgen van een minimale levensstandaard, maar ook door het bieden van scholing en vorming.

De actievare rol voor het recht, zoals die hiervoor is geschetst, is zonder al te grote problemen in te passen in de theorie van Habermas. Zij lijkt zelfs beter te passen bij Habermas' aanvankelijke afwijzing van het rechtspositivisme dan de instrumentalistische visie die hij zelf presenteert. Voor Habermas' analyse van de deskundigenkulturen heeft deze wijziging wel belangrijke implicaties. Het recht in de democratische rechtsstaat is immers gericht op de idealen van gelijkheid en participatie aan de besluitvorming door iedereen, dus ook aan de rechtsvorming.

24 In dit verband kan erop worden gewezen dat Fullers natuurrecht uitstekend te combineren is met Habermas' theorie. Het fundamentele uitgangspunt hiervoor zou namelijk gebaseerd moeten zijn op het doel van communicatie met onze medemens: 'Open up, maintain, and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel, and desire.' (Fuller, a.w., p. 186) Ook Fuller ziet derhalve het communicatief handelen als basis voor het menselijk bestaan. Het is dan ook niet verwonderlijk dat uit zijn principes van legaliteit een gerichtheid voortvloeit op communicatie en vrije discussie.

Het is daarom in strijd met de eigen idealen van het recht dat deze plaatsvindt binnen een geïsoleerde deskundigenkultuur. In het recht is dan ook een interne dynamiek aanwezig om deze deskundigenkultuur te openen naar de leefwereld toe. Hierin ligt een belangrijke taak voor progressieve deskundigen binnen die subkultuur. Sociale rechtshulp, juridische handleidingen voor leken, maar ook som- mige vormen van dejuridisering passen hierin.

Tot slot wil ik nog een stap verder gaan en niet stil blijven staan bij de analyse van het recht en de juridisering tot nu toe, maar ook ingaan op thans aanwezige latente ontwikkelingen binnen het recht. Op deze wijze kan een duidelijker beeld gekregen worden van risico's en voordelen van een verdere juridisering en een strategie ontwikkeld worden voor progressieve juristen. Als een soort van spiegel wil ik daarom kort ingaan op de theorie van Nonet en Selznick.²⁵

Ook Nonet en Selznick ontwerpen een evolutionair model van recht, dat op een aantal punten een opmerkelijke parallelie met dat van Habermas vertoont. Zij gaan uit van een interne dynamiek in het recht die medeverantwoordelijk is voor de overgang naar een volgende fase. De eerste fase is die van het repressief recht (vergelijk de burgerlijke staat bij Habermas); deze gaat over in het autonoom recht (de rechtsstaat). De laatste fase is dan die van het responsief recht, dat de auto- nomie van het recht doorbreekt, flexibel is en open staat voor sociale noden (vergelijk de democratische rechts- en verzorgingsstaat). Hier gaat het uitsluitend om de laatste overgang. In de termen van Habermas vertaald, komt deze overgang erop neer dat de deskundigenkultuur van het recht van binnenuit wordt doorbroken en dat het recht zich aanpast aan de noden van de leefwereld. Hierbij blijft dat het recht de materiële middelen ontleent om zijn idealen volledig gestalte te geven, middelen die de politiek wel heeft. Daarom doorbreekt het ook zijn autonomie tegenover de politiek en gaat een synthese aan met het politieke subsysteem in de vorm van een 'polity'. Deze synthese leidt uiteindelijk zelfs tot het afsterven van de staat, en tot het verdwijnen van het recht!²⁶

De benadering van Habermas contrasteert hiermee sterk, ondanks de overeen- komsten. Ook bij hem gaan recht en macht samen, maar nu vanuit het perspectief van de macht, vanuit een systeemperspectief. De leefwereld wordt dan ook aan- gepast aan het recht in plaats van andersom. Nu ontkenen Nonet en Selznick zeker niet de mogelijkheid van een dergelijke ontwikkeling: responsief recht is uiterst prekair en brengt daarom het risico van een regressie van responsief recht naar repressief recht met zich mee. Responsief recht vereist dan ook een hoge

25 Zie vooral Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law*, New York (Harper & Row) 1978. De hiervoor gerepresenteerde kritiek was overigens ook al gedeeltelijk geïnspreerd door dit essay.

26 Idem, p. 102. Ronald Arnold en Corjo Jansen, *Responsief recht in de verzorgingsstaat, een kritische beschouwing*, R. en K. 10 (1984), nr. 4, pp. 471-420 gaan uitgebreid in op de noie van responsief of ander recht. Maar ze omschrijven dit anders dan Nonet en Selznick en komen daardoor ook tot uitspraken die zonder meer strijdig zijn met de opvattingen van de laatste. Zo stellen ze dat dit recht 'wordt gekreëerd op ad hoc basis binnen ontoegankelijke instituties en via onnavolgbare mechanismen' (p. 413). Ontoegankelijkheid en onnavolgbaarheid passen zeker niet bij het idee van responsief recht!

Hun meer praktische kritiek is overigens mijns inziens geen kritiek op de noie van responsief recht. De door hen gekonstrueerde verwijdering tussen het responsief recht ideaal en de wer- kelijkheid valt uit te leggen als een empirische bevestiging van Habermas' theorie in de hier gekonstrueerde vorm. De leefwereld en het recht zijn duidelijk onvoldoende gerationaliseerd, zodat het recht dreigt te vervallen tot repressief recht. De mogelijkheid van tendensen in de andere richting is hiermee echter nog niet weerlegd.

inzet van de burgers (in Habermas' termen: een rationele en levenskrachtige leefwereld). Beide mogelijkheden zijn aanwezig, maar het recht bevat zelf een interne dynamiek in de richting van responsief recht. Hun Epilooq heeft dan ook de veelzeggende ondertitel 'Two Ways Law Can Die'.

De kritiek op Habermas die uit deze vergelijking met de theorie van Nonet en Selznick kan worden gewonnen is dan ook niet dat de door Habermas geschetste ontwikkeling onmogelijk is. Recht kan inderdaad op een dergelijke wijze ontstaan en vervangen worden door macht. Dit is echter niet een noodzakelijk gevolg van de juridisering in de fase van de verzorgingsstaat; het is dan ook onjuist om te stellen dat de pathologische verschijnselen 'ergeben sich aus der Struktur der Verrechtlichung selber' (2:531). Integendeel, het is maar één van twee alternatieve mogelijkheden, waarbij de dynamiek van het recht eerder in de tegengestelde richting werkt.²⁷

Het citaat van Selznick boven dit artikel geeft aan dat het recht op twee manieren gezien kan worden: beladen met hoop en belofte, of als een functionele noodzaak met zelfs negatieve gevolgen. Beide benaderingen kunnen niet alleen meer of minder waar zijn, maar ook meer of minder waargemaakt worden: het recht kan beide richtingen uitgaan. Verdere juridisering kan leiden tot een aantasting van de leefwereld, wanneer het recht sterk ondergeschikt is aan het politieke substelsel, dus wanneer het medium recht overgaat in het medium macht. Anderzijds kan juridisering ook juist leiden tot een verdergaande controle vanuit de leefwereld over politiek en economie, en misschien zelfs tot een uiteindelijk reïntegratie van politiek en recht onder het primaat van de leefwereld. Welke van de twee tendensen het zal winnen, is niet vooraf te voorspellen. Van belang voor een zo goed mogelijke analyse en voor het bepalen van een juist handelen van juristen is wel dat men bij de beschrijving van het recht dit de rol geeft die het op grond van het eigen karakter toekomt, namelijk die van inherent behorende tot de leefwereld en gericht op Verstandigung, en niet die van een neutraal manipuleerbaar instrument.

6 Conclusies en toepassing

Bovenstaande theoretische kritiek heeft geleid tot twee correcties op Habermas' rechtstheorie. De eerste is dat het recht ook als medium tot de leefwereld blijft behoren, en een vorm van gegen eraliseerde communicatie is. De tweede aanpassing bestaat uit de these dat in een democratische rechts- en verzorgingsstaat het recht een telos, een immanent doel, heeft, die de mogelijkheden schept voor een vrije discussie gericht op het bereiken van overeenstemming. Deze telos leidt echter in de democratische verzorgingsstaat tot een (gedeeltelijk) opgeven van de autonomie en het aangaan van een verbinding met de politiek. Dit kan op twee wijzen uitpakken: politiek en recht kolonialiseren samen vanuit het systeem de leefwereld, of recht en politiek onderwerpen samen het politieke substelsel en

de economie aan de op overeenstemming gerichte processen van de leefwereld. Habermas verwaarloost deze tweede mogelijkheid ten onrechte.

We kunnen nu proberen dit te konkretiseren. Enerzijds betekent het dat het zijds zal het doorgegaan ongunstig zijn wanneer het recht de leefwereld herstructureert. Dit geldt echter alleen waar het een gerationaliseerde leefwereld betreft, niet wanneer die leefwereld nog gebaseerd is op onkritisch overgedragen vooroordelen. De verschillende mogelijkheden kunnen nu systematisch onderzocht en beoordeeld worden:

1 Ook buiten de beide subsystemen spelen de media macht en geld een rol. Voorbeelden hiervan zijn de ouderlijke macht, de macht van docenten, financiële belangen in de massamedia. Op dit soort gebieden is juridisering onduidelijk toe te juichen. Een resultaatgericht medium wordt vervangen door het recht, dat wel behoort tot de leefwereld en gericht is op overeenstemming. Anders gezegd: strategisch handelen wordt vervangen door communicatief handelen, in gebieden binnen de leefwereld waar macht en geld geen rol spelen, vindt juridisering plaats. Dan zijn er twee mogelijkheden:

2a Overtuigingen binnen dit deel van de leefwereld zijn niet gebaseerd op rationele consensusvormingsprocessen, maar op onkritisch overgeleverde vooroordelen. Als dan het recht wel (althans in hogere mate) gebaseerd en gericht is op zulke processen, is er sprake van vooruitgang. Voorbeelden kunnen zijn antidiskriminatiewetgeving op velerlei gebieden, een moderne huwelijks- en echtscheidingswetgeving.²⁸

2b De door Habermas centraal gestelde negatieve vorm van juridisering betreft de andere mogelijkheid. Wanneer er sprake is van een rationele leefwereld, en deze vervangen wordt door een juridische structurering is er een ongunstige ontwikkeling. Vrije communicatie wordt vervangen door beperkte communicatie. Dit geldt natuurlijk ook voor een slechts gedeeltelijk rationeel en communicatief gestructureerde leefwereld, die vervangen wordt door een nog minder rationeel en communicatief gestructureerd recht. Met andere woorden: altijd wanneer het democratisch recht in sterkere mate tekortschiet bij de verwerkelijking van zijn telos van Verstandigung dan de taal.

Helaas is dit maar al te vaak het geval. In deze beperktere zin is de waarschuwing van Habermas dus juist, ook al zal deze mogelijk sterker van toepassing zijn in de Duitse bondsrepubliek dan in Nederland of in de Verenigde Staten van twintig jaar geleden met het toenmalig 'rechtelijk activisme'.²⁹ Wanneer het

27

Mijn kritiek op Habermas vertoont hier een sterke analogie met de kritiek van Habermas zelf op Luhmann, waar hij stelt: 'Ich sehe die methodische Schwäche eines absolut gesetzten Systemfunktionalismus gerade darin, daß er die theoretischen Grundbegriffe so wählt, als sei jeder Prozeß (...) schon abgeschlossen, als hätte eine total gewordene Bürokratisierung die Gesellschaft im ganzen dehumanisiert, nämlich zu einem System zusammengegeschlossen, das sich von der Verankerung in einer kommunikativen Strukturen Lebenswelt losgerissen hat' (2:442). Deze analogie is niet toevallig: in de vorige paragraaf is al betoogd dat Habermas een te sterk op de systeemtheorie gebaseerde visie op het recht hanteert.

29

De drie op p. 2:532 genoemde negatieve kenmerken van de structuur der juridisering vallen volgens mij alle onder deze en de vorige categorie. Habermas heeft zeker gelijk wanneer hij stelt dat de individualisering gevolgen heeft voor het zelfbeeld van de betrokkene en voor zijn betrekkingen tot huwelijkspartner, vrienden en buren. Dat is vaak ook de bedoeling van hervormend recht: men hoopt door juridische maatregelen steun te geven aan een breder emancipatieproces. Om deze gevolgen alleen daarom als belastend te beschouwen, zoals Habermas doet, gaat zeker te ver. Integendeel het is een vooruitgang, een rationalisering, wanneer een man zichzelf niet langer hoeft te zien als de kostwinner voor het hele gezin en de vrouw zichzelf als financieel en anderszins afhankelijk van haar man.

Willem van Reijen gaat in deze richting in zijn artikel *Zum Verhältnis Bundesrepublik Deutschland/Niederlande*, in: Sonnenberg 103, juni 1983. Hij wijst onder meer op het in Duitsland zich veelvuldig beropen op het naturrecht als een vorm van immunisering ger politieke meningsvorming tegen argumenten en op de grote rol van het Verfassungsgericht in politieke zaken. Wanneer dit het sterk positivistisch en konservatief denkt, en zich dus onvoldoende laat leiden door de eerdergenoemde idealen van het recht, vervult het recht zijn telos in uiterst beperkte mate. Juridisering in zo'n situatie betekent dan een overdragen van besluitvorming aan een slechts zeer beperkt communicatief gestructureerd medium.

recht sterk afhankelijk is van het politieke systeem en rechtens zichzelf hieraan ondergeschikt maken, bevat een dergelijke jurisdisering grote risico's.³⁰

3 De jurisdisering van politiek en economie wordt ook door Habermas positief gewaardeerd: de leefwereld oefent daardoor een toenemende controle uit over beide subsystemen. Maar deze vooruitgang is anderzijds vanuit de leefwereld gezien indifferent³¹:

³¹ In seiner Rolle als Medium kann geltendes Recht mehr oder weniger funktional sein; aber außerhalb des Horizonts einer Lebenswelt ist es sinnlos, nach dem freiheitsbürgerlichen oder freiheitsmindernden Charakter rechtlicher Normierungen zu fragen.' (2:538)

Aangezien Habermas het medium recht buiten de leefwereld situeert, heeft hij binnen zijn theorie gelijk, wanneer hij vervanging van macht door recht binnen het systeem als indifferent ziet. Wanneer men echter het recht, ook als medium, ziet als behorend tot de leefwereld en gericht op het bereiken van overeenstemming, is deze onverschilligheid onhoudbaar. De horizon van de leefwereld wordt namelijk vergroot, doordat een gebied wat vroeger door macht of geld werd geregeld, nu door een in aanzet op overeenstemming gericht medium wordt gereguleerd. Wanneer machtsverhoudingen (bijvoorbeeld in een onderneming) juridisch worden genormeerd, kan dit zeker leiden tot een grotere vrijheid en een meer op overeenstemming gerichte besluitvorming (wanneer er een ondernemingsraad komt met echte bevoegdheden). Uiteindelijk kan een dergelijke jurisdisering misschien zelfs leiden tot een in de leefwereld reintegreren van het politieke (en/of economische) subsystem door het recht.

Deze nog steeds abstracte materie kan verder worden gekoncretiseerd aan de hand van het familierecht, één van de twee voorbeelden van Habermas. Het traditionele gezin is bepaald geen volledig communicatief gestructureerd onderdeel van de leefwereld. Macht (fysiek overwicht van de man en vader) en geld (de kostwinner) spelen een belangrijke rol; vooroordelen en traditionele opvattingen over de plaats van vrouw en kinderen vormen een belangrijk deel van de opvattingen in de leefwereld. Ook het recht is in eerste instantie weinig communicatief gestructureerd. Ongeveer gelijk op met de rationalisering van de leefwereld vindt een verdere jurisdisering plaats, die voorerst neekomt op het doorvoeren van de principes van de rechtsstaat. (2:540)

Deze jurisdisering is onduidelijk positief: macht en geld worden vervangen door juridische normering. Soms loopt het recht ook sneller dan de leefwereld; slechts zelden is het bovendien het geval dat ontwikkelingen in het recht gedragen worden door alle groepen in de samenleving. Vrouwen en kinderen binnen 'achterblijvende' groepen vinden dan steun in het recht. In deze gevallen waarin vooroordelen bestraden worden door het recht, is de feitelijke analyse van Habermas juist:

30 Dit geldt dan niet alleen voor jurisdisering in de verzorgingsstaat, maar ook voor eerdere jurisdiseringstendenzen: de rechtsstaat kan ook ontfaan in legalisme. Habermas erkent zelf ook dat de democratisering onwettelijke gevolgen kan hebben. Hij stelt dat dit niet het gevolg is van de democratische principes zelf, maar slechts van het bureaucratische karakter en de wijze van implementering (2:536). Nu de verklaring door de mediatietheorie niet houdbaar blijkt, dient dit ook voor de laatste jurisdiseringsfase te gelden. Ook hier zijn de principes onduidelijk vrijheidsgaranderen! Dat in de verzorgingsstaat specifieke gevolgen als de 'therapeutische' voorkomen, heeft niets met de jurisdisering op zich te maken, maar slechts met de wijze waarop deze gestalte krijgt.

31 De tegenspraak tussen deze beide stellingen lijkt me binnen Habermas' theorie moeilijk op te lossen, reden te meer om het recht als een op overeenstemming gericht medium te zien!

'Die Verrechtlichung dieser Sphären bedeutet daher nicht die Verdichtung eines ohnehin bestehenden Netzes formeller Regelungen, sondern die rechtliche Ergänzung und Überformung eines kommunikativen Handlungszusammenhangs' (2:541).

De negatieve waardering hiervan door Habermas is echter geheel ten onrechte: want door deze sterke ingreep van het recht worden mensen bevrijd van de onderdrukkende werking van vooroordelen. Evenmin is duidelijk waarom mensen als rechtssubjecten elkaar per sé vanuit een resultaatgerichte instelling tegemoet zouden moeten treden (2:542); dit lijkt zelfs in regelrechte strijd met de eerder aangehaalde passage op p. 1:62, waar gesteld werd dat processueel handelen een vorm van communicatief handelen is.

Op deze lijn van jurisdisering van het gezin kan zeker nog verder worden gegaan. Een voorbeeld is de strafbaarstelling van verkrachting binnen het huwelijk; deze kan zowel tegenwicht bieden tegen misbruik van de fysieke macht van de man, als tegen vooroordelen dat de vrouw toebehoort aan de man. Op deze wijze kan de institutie van het huwelijk steeds verder gejuridiseerd en gerationaliseerd worden. Hier doemt echter een probleem op. Binnen de leefwereld heeft een verdergaande rationalisering plaatsgevonden, waardoor allerlei andere manieren om het leven vorm te geven zijn ontstaan: bewust alleenstaanden, samenlevens in groepen of als ongehuwde paren. De centrale institutie van het huwelijk wordt dus vanuit een gerationaliseerde leefwereld aangevochten. Vanuit het recht kan hier op twee manieren op worden gereageerd.

De eerste is het zoveel mogelijk gelijkstellen van andere (paarvormige) relatieven aan het huwelijk. Voorzover die niet-gehuwde paren daar prijs op stellen, is dat voor hen inderdaad als een rationalisering te beschouwen: ongerechtvaardigde ongelijkheden worden opgeheven. In deze richting is zeker nog op veel gebieden verdere ontwikkeling mogelijk en wenselijk.³² Anders is het wanneer de gelijkstelling door de betrokkenen niet gewenst wordt, omdat ze juist bewust niet voor het huwelijk gekozen hebben. In de politiek van dit kabinet is er soms een selectieve drang tot gelijkstelling te bespeuren, wanneer (en voorzover) deze financiële voordelen oplevert voor de regering (zie de discussie over de voordeeldelers). Deze ingreep in een rationelere, vrijere leefwereld door de politiek door middel van het recht is inderdaad een vorm van kolonialisering van de leefwereld. Mensen worden door financiële en anderssoortige dwang ertoe gebracht hun leven volgens bepaalde modellen in te richten, ook al zouden ze zelf liever een vrije keuze maken voor een andere vorm, waarin eventuele partners of groepsleden vrij en zelfstandig met elkaar om kunnen gaan.

Een tweede mogelijke reactie is het opheffen of geleidelijk laten afsterven van het huwelijk.³³ Deze dejuridisering komt overeen met het ideaal van het recht, namelijk een vrije samenleving van vrije en gelijke mensen, die niet belemmerd wordt door — juridische of anderszins — beperkingen (een machtsvrije discussie). Wanneer de leefwereld zo ver mocht zijn dat de beperkingen van het recht

32 Met name lagere overheden en bedrijven maken zich nog schuldig aan veel vormen van ongelijke behandeling, waarop juristen hun creativiteit kunnen toewenden. Zo kunnen bijvoorbeeld de kosten voor een burgerlijk huwelijk gelijkgetrokken worden aan die van een notarieel samenlevingscontract. (Een dergelijk voorstel werd onlangs door het Utrechts PPR-raadslid M. Dekker gedaan, zie *Utrechts Nieuwsblad* 21 november 1964)

33 Zie recentelijk de discussies in het Nederlands Juristen Blad naar aanleiding van het artikel van Désirée Verheij, Henc van Maarsveen, en Sandra Korhuis, *Het huwelijk, de rechtsorde uit, in* NJB 18 augustus 1984, pp. 857-861.

niet langer als een bescherming van de zwakkeren wordt gezien, maar als een onnodige en schade toebrengende inperking van de vrijheid van de burgers, dan moet het recht zichzelf (gedeeltelijk) opheffen. Wanneer de hoeksteen een steen des aanstoots is geworden, moet het recht op een rationelere grondslag worden georganiseerd.

Deze laatste strategie van dejuridisering past dus bij een rationelere samenleving. Deze biedt echter risico's — zoals al eerder gesteld, is een dergelijk responsief recht prekair. De leefwereld is namelijk niet één groot geheel, maar bestaat uit verschillende groepen met uiteenlopende opvattingen. Hetzelfde recht kan binnen de ene groep nog een belangrijke bescherming bieden, en voor de tweede groep juist een beperking betekenen. Zo biedt een huwelijksrecht met een gelijke positie voor de vrouw voor veel getrouwde vrouwen een zeker bescherming, terwijl binnen dezelfde maatschappij radicale feministes en flikkers en potten dat huwelijksrecht juist als een grote vrijheidsbeperking zien.³⁴ Een goede rechtspolitik zal met beide rekening moeten houden en een konstruktie moeten zien te vinden waarin de verworvenheden van het autonome recht niet te vroeg worden opgegeven, terwijl tegelijkertijd de verdergaande ontwikkelingen binnen de leefwereld niet worden geblokkeerd. Het huwelijk moet inderdaad de rechtsorde uit, maar dan wel zo dat we niet terugvallen in de vroegere ongelijkheden en onvrijheden binnen relaties.

Het hier voorgestelde analysemodel blijkt in staat genuanceerder te onderscheiden dan het model van Habermas, waar het een aanvulling op is. Habermas komt niet verder dan te wijzen op het ambivalente karakter van een verdere juridisering van de familie doordat het recht als medium op overeenstemming gerichte normen vervangt. Deze rekonstruktie maakt het wel mogelijk meer precies te bepalen wanneer een verdergaande juridisering leidt tot een meer dan wel minder kommunikatief gestructureerde leefwereld. Daarmee is allereerst een betere deskriptieve analyse van huidige ontwikkelingen mogelijk. Bovendien is het mogelijk om deze ontwikkelingen normatief te beoordelen aan de hand van feitelijk in het recht aanwezige idealen (wanneer men deze idealen tenminste deelt. Hiervan is impliciet uitgegaan; een verdediging ervan zou buiten het kader van dit artikel vallen). Tot slot kan men proberen, op basis van deze deskriptieve analyse en de normatieve beoordeling, tot een juridische veranderingsstrategie te komen en te bepalen wanneer juridisering, en wanneer dejuridisering nagestreefd behoort te worden.

34 Het is opvallend dat Habermas 'homoseksuelen' alleen zijdelings noemt, in een adem met gehandicapten en bejaarden onder de noemer minderheden. (2:578) Kenmerk van de flikker- en pottenbeweging van de laatste jaren is juist dat deze zich niet meer alleen richt op gelijkstelling met de meerderheid, maar komt met fundamentele kritiek op basisinstituten als het huwelijk, danwel de exclusieve tweerelatie, die juist ook in de leefwereld hecht verankerd liggen. Ook voor andere nieuwe sociale bewegingen, zoals bijvoorbeeld feminisme en milieubeweging, geldt dat men zich niet alleen richt tegen de kolonialisering van de leefwereld vanuit economie en politiek, maar evenzeer tegen bepaalde heersende overtuigingen in de leefwereld zelf. Habermas erkent dit maar in zeer beperkte mate, hetgeen mogelijk samenhangt met zijn lichtelijk geïdealiseerde benadering van de rationaliteit van de leefwereld.

Stromin rechtss afgelop

A.J. Hoekema

Van ongeveer 1960
van de rechtsoc
enkele rechtspysc
juridische fakulteit
taire centra van c
van de jaren '70
van ouds her een i
nu. De kriminolog
en is veel sterker c
mate.

In welke geest

- 1 Dit opstel is ee
voor de 'Socic
heb ik zeer ge
teel'- respektie
ontleend.
- 2 De laatste jare
kontakten met
verdiept en is,
(E.R. Blankent
kompleter, mi
geworden. He
teken van eer
engelstalige ov
september 198
logen en Rech
rechtsantropol
burg, Juridisch
van onder me
materiaal in vo
van de Univers
3 Over de recht:
kort beide dis
aan het veranc
tijdschrift en é
ons land een
heeft. Van zijn
huidige rechts
publikatie ove
1984.