

---

# De rechtstheorie van Jürgen Habermas: ontwikkeling en receptie

Paul Cobben

## 1. Inleiding

Of Habermas eigenlijk wel een rechtstheorie heeft, is niet onomstreden. Zo vraagt A. Söllner zich in 1982 af of Habermas het beslissende probleem van de maatschappijtheorie niet heeft laten liggen: "nämlich die Vermittlung von Normen und Institutionen – oder in der Sprache der Systemtheorie: von System – und Sozialintegration – ..."<sup>1</sup>. Hij constateert dat de "Verhältnis von positiver Legalität und positiver Wertordnung" slechts in een "abstrakten ethischen Theorie des demokratischen Rechtsstaates" aan de orde komt<sup>2</sup>. Weliswaar vormt juist de verhouding tussen sociale- en systeemintegratie een van de centrale thema's van de "Theorie des kommunikativen Handelns", het in 1981 verschenen (en door Söllner nog niet in zijn beschouwing betrokken) hoofdwerk van Habermas<sup>3</sup>. Maar juist met betrekking tot dit laatste werk merkt O. Höffe in 1987 op dat niet wordt aangegeven "unter welchen Bedingungen Rechts- und Staatstätigkeiten legitim sind"<sup>4</sup>. Bijgevolg beschikt Habermas niet over een criterium om te beoordelen wanneer de verdringing van sociale integratie door systeem-integratie (kolonisering van de leefwereld door het systeem) (il)legitiem is. Evenmin kan dit criterium volgens Höffe ontleend worden aan de door Habermas ontwikkelde discousethiek. Deze gaat de vraag uit de weg "ob es sittliche Verbindlichkeiten gibt, deren Anerkennung die Menschen einander schulden und zu deren Durchsetzung Zwangsbefugnisse und in ihrem Rahmen vielleicht auch Rechts- und Staatsverhältnisse legitim sind"<sup>5</sup>. Het hier gesignaleerde verzuim wordt enigszins goed gemaakt in de zogenaamde 'Tanner Lectures' over Recht en Moraal<sup>6</sup>. Habermas' stelling is hier "dat het positieve recht een dubbelfunctie heeft die maakt dat het tussen moraal en politiek in staat. Aan de ene kant vormt het positief recht als dwingend recht een aanvulling op de moraal; het vormt een compensatie voor de tekortkomingen van de autonoom geworden moraal. Aan de andere kant is het positieve recht afhankelijk van de politiek. Deze gebruikt het recht op *instrumentele wijze* om bepaalde politieke programma's te realiseren"<sup>7</sup>. Habermas' rechtstheorie veronderstelt dus zijn visie op de moraal. Daarom geef ik allereerst een schets van de "discousethiek", waarin Habermas zijn opvatting over de morele sfeer uiteenzet.

## 2. Een korte karakterisering van de discousethiek

De discousethiek kan het gemakkelijkst uitgelegd worden door deze te beschouwen als een communicatie-theoretische transformatie van de ethiek van Kant<sup>8</sup>. Habermas gaat daarbij niet uit van een autonoom wilsvermogen, maar

van een autonoom taalvermogen. Waar Kant zoekt naar de juiste handeling, zoekt Habermas naar een "juiste" taalhandeling, dat wil zeggen, naar een taalhandeling waarin het juiste handelen *adequaat* geïnterpreteerd wordt. Voor beiden geldt dat het juiste allereerst negatief bepaald wordt als het niet-subjectieve: het algemene, intersubjectieve. Kant komt tot dit algemene door te stellen, dat het *doel* van het juiste handelen niet gericht is op een bijzondere inhoud, maar op de algemene, wetmatige *vorm* van het juiste handelen zelf. Voor Habermas daarentegen kan het juiste handelen gerust een bijzondere inhoud tot doel hebben. Van belang is slechts dat de taalhandeling waarin de handeling als een juiste geïnterpreteerd wordt, geen subjectieve interpretatie geeft: de interpretatie moet intersubjectief gedeeld worden.

Positief kan het juiste handelen voor Kant bepaald worden als dit niet alleen algemeen (intersubjectief) is, maar deze algemeenheid bovendien een *objectieve* status heeft. Dit wordt bereikt door de betrokkenheid van het handelen op een goddelijke (noumenale) werkelijkheid. In zoverre het moreel handelende subject zich op zijn geweten beroept, heeft de algemene vorm die het in zijn handelen nastreeft een objectieve (absolute) status. In Habermas' opvatting komt een "objectief" juiste interpretatie tot stand onder de condities van de 'ideale gesprekssituatie'<sup>9</sup>. Deze ideale gesprekssituatie is een hypothetische toestand waarin alle mensen, onder gelijke (symmetrische) condities tot een gemeenschappelijke interpretatie trachten te komen. Dat betekent volgens Habermas met name dat niemand *macht* over een ander uitoefent<sup>10</sup>. Op deze manier bepaalt Habermas de objectiviteit van het "juiste handelen" (in de zin van interpreteren) niet in verhouding tot god, maar in verhouding tot de mensheid. Een handeling die objectief juist is, *behoort* – in morele zin – voltrokken te worden. Dit drukt Kant uit als de categorische imperatief. Deze imperatief gebiedt geen bepaalde handeling, maar een handelingsvorm. Daarom kan hij dienen als een criterium om concrete handelingen te toetsen op hun moreel gehalte. Deze toetsing kan 'monologisch' voltrokken worden: door ieder moreel individu afzonderlijk.

Het puur formeel bepaalde zedelijk handelen staat niet in dienst van het subjectieve welzijn. Indirekt legt Kant de relatie tussen moreel handelen en welzijn door wederom een beroep te doen op een goddelijke macht: deze garandeert de harmonie tussen werkelijkheid en geluk in een bovenaardse werkelijkheid.

Ook Habermas meent dat de objectief juiste <interpretatie> handeling moreel bindend is. Dit drukt hij uit met zijn alternatief voor de categorische imperatief, de "Universalisierungsgrundsatz" (U): een interpretatie van een norm is alleen dan objectief juist "wenn die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus einer *allgemeinen* Befolgung der strittigen Norm für die Befriedigung der Interessen eines *jeden Einzelnen* voraussichtlich ergeben, von allen *zwanglos* akzeptiert werden können"<sup>11</sup>.

Nu Habermas zich niet op een goddelijke macht wenst te beroepen heeft hij aanmerkelijk meer moeite dan Kant om de noodzakelijkheid van U te bewijzen. Zijn bewijsvoering bestaat uit twee stappen. Allereerst poneert hij dat U noodzakelijk geïmpliceerd is in de voorwaarden van de ideale gesprekssituatie. Wie een objectief juiste interpretatie nastreeft moet zich daarom noodzakelijk

voegen naar U. In een tweede stap poogt Habermas duidelijk te maken waarom niemand zich kan onttrekken aan het nastreven van een objectief juiste interpretatie zonder met zichzelf in tegenspraak te komen. De samenleving reproduceert zich door middel van het "communicatieve handelen". Het streven naar gedeeld begrip in het discours moet begrepen worden als een gereflecteerde vorm van het communicatieve handelen<sup>12</sup>, waartoe wordt overgegaan als de reproductie niet door middel van de ongerefecteerde, onmiddellijke vorm van het communicatieve handelen tot stand kan komen. Ergo: wie niet streeft naar gedeeld begrip wil òf zichzelf niet (is uit op zelfmoord) òf is schizofreen<sup>13</sup>. In de plaats van god is hier dus de noodzaak van de werkelijkheid van de mensheid getreden: de reële gemeenschap.

Evenmin als de categorische imperatief gebiedt U een *bepaalde* (interpretatie-)handeling. Met behulp van U kan getoetst worden of een bepaalde interpretatie moreel juist is. Deze toetsing is niet monologisch, maar dialogisch van aard: allen moeten immers een stem hebben in de afweging van belangen. Zo verbindt Habermas het morele handelen met het welzijn, zonder een beroep op een god te doen.

### 3. De discoursethiek en de verhouding tussen moraliteit en zedelijkheid

Evenals Hegel gaat Habermas er vanuit dat de Kantiaanse ethiek door haar puur formele karakter het probleem oproept hoe zij in verband gebracht kan worden met het werkelijke handelen.

Het werkelijke handelen speelt zich af binnen de context van een zedelijke gemeenschap, waarin bepaalde waarden en normen tot gelding komen. Bovendien geldt – zolang de gemeenschap stabiel is – dat deze waarden en normen in een onderlinge harmonie staan. Een handeling die *moreel* juist is (getoetst met behulp van de categorische imperatief), is dit op basis van formele eigenschappen. Het blijft daarom ongewis of de morele handeling realiter valt te voltrekken in de zedelijke gemeenschap. Gebruikmakend van de terminologie van Weber<sup>14</sup> noemt Habermas de Kantiaanse ethiek een "Gesinnungsethik", die zich – anders dan een "Verantwortungsethik", niet bekommert om de reële consequenties van het morele gebod.

Met de herformulering van de formele Kantiaanse ethiek in de procedurele communicatiethoretische ethiek van Habermas, wordt tevens de overgang voltrokken van een "Gesinnungsethik" naar een "Verantwortungsethik"<sup>15</sup>. U gebiedt immers een *inhoudelijke* afweging van belangen. Daarmee wordt op het niveau van de morele theorie recht gedaan aan de eis dat er ook een inhoudelijke harmonie moet bestaan tussen de juiste handelingen.

De manier waarop de communicatietheorie het morele handelen (als interpretatie) van een inhoud voorziet, vraagt een meervoudige prijs.

1. In de eerste plaats wordt de vrijheid van het morele subject niet langer bepaald als een transcendentale vrijheid: een vrijheid in verhouding tot een goddelijke werkelijkheid. Vrijheid wordt nu bepaald in verhouding tot de werkelijke ander en tot de werkelijke wereld, dat wil zeggen in verhouding tot dat domein, dat volgens Kant verbonden was met onvrijheid. Nu geldt dit laatste voor Habermas eigenlijk ook. Ook hij meent dat werkelijke verhoudingen ver-

bonden zijn met machtsinvloeden en op grond daarvan niet vrij zijn. Dit brengt Habermas tot de paradoxale formulering dat het morele subject, in zoverre het vrij is, contrafactisch anticipeert op een ideale gesprekssituatie die gevrijwaard is van machtsinvloeden. Daarmee wordt de vrijheid van het morele subject een voorwaardelijke aangelegenheid. Morele vrijheid wordt door Habermas niet transcendentiaal, maar psychologisch geduid. Dit voert hem tot een motivatieproblematiek. Habermas moet laten zien dat het subject een psychologische ontwikkeling door kan maken, die resulteert in morele vrijheid. Bovendien moet hij verklaren waarom zijn concept van morele vrijheid universele gelding heeft.

Voor de bepaling van de morele vrijheid sluit Habermas aan bij een (zijns inziens) heersende intuïtie, die het *vrije* morele oordeel identificeert met het *onpartijdige* morele oordeel, "Den Standpunkt, von dem aus moralische Fragen *unparteilich* beurteilt werden können, nennen wir den "moralischen Gesichtspunkt" (moral point of view)"<sup>16</sup>. In dit verband spreekt Habermas over een "hypothetische Nachkonstruktion"<sup>17</sup>. De waarheid van het model meent hij op dubbele wijze te kunnen "toetsen". Ten eerste door te beargumenteren dat de discousethiek het morele gezichtspunt adequater in het vizier brengt dan alternatieve modellen, zoals die van Scanlon, Mead en Rawls<sup>18</sup>. Ten tweede meent Habermas dat de discousethiek indirect onderbouwd kan worden met behulp van empirisch wetenschappelijk onderzoek. Hiertoe doet hij een beroep op de ontwikkelingspsychologie van Kohlberg<sup>19</sup>. De psychologische ontwikkelingsstadia die Kohlberg binnen zijn theorie onderscheidt, kunnen volgens Habermas geïnterpreteerd worden als *voorstadia* van de discousethische positie. De discousethiek levert met andere woorden het criterium om tot een indeling in psychologische ontwikkelingsstadia te komen, waarvan de relevantie empirisch getoetst kan worden.

2. In de tweede plaats hangt de positieve verhouding die het communicatieve handelen tot de inhoud inneemt samen met de dialogische bepaling van de morele vrijheid. U staat niet toe dat de toetsing van een handeling op haar morele gehalte monologisch voltrokken wordt. Dit leidt tot een toepassingsproblematiek op twee niveaus.

Allereerst kan de beslissing om een handeling daadwerkelijk te toetsen niet eenzijdig genomen worden door een autonoom subject. Dit is nu immers afhankelijk van andere subjecten. Daarom maakt Habermas de overgang van U naar D: "... nur die Normen (dürfen) Geltung beanspruchen, die die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden (oder finden könnten)"<sup>20</sup>. Morele toetsing veronderstelt de werkelijke institutionalisering van het praktische discours. De morele ontwikkeling op psychologisch niveau, moet corresponderen met een institutionele ontwikkeling op het niveau van de samenleving<sup>21</sup>.

Hoe de ontwikkeling van de samenleving gedacht moet worden is een onderwerp dat centraal staat in de algemene theorie van Habermas: de "Theorie des kommunikativen Handelns". Hierin ontwikkelt hij hoe de als "leefwereld" gedachte traditionele samenleving een rationaliseringsproces kan ondergaan dat leidt tot een institutionalisering van onderscheiden leefdomeinen, en tot een formalisering van het reproductieproces<sup>22</sup>. "Der Ausdifferenzierung von Kul-

tur, Gesellschaft und Persönlichkeit entspricht eine Differenzierung zwischen Form und Inhalt"<sup>23</sup>. Ik volsta hier met de constatering dat de institutionalisering van het praktische discours door Habermas wordt begrepen als resultaat van genoemd rationaliseringsproces.

Uitgaande van de werkelijkheid van het praktische discours, speelt het toepassingsprobleem vervolgens in de verhouding tussen het moreel geboden handelen en het werkelijke normatieve handelen: het traditionele probleem van de verhouding tussen moraliteit en zedelijkheid. Wie *weet* wat moreel geboden is hoeft dat nòch te willen, nòch te kunnen. De discousethiek veronderstelt daarom een aanvullende theorievorming met betrekking tot "*situationspezifischen Anwendung und der motivationalen Verankerung moralischer Einsichten*"<sup>24</sup>.

De laatste thematiek (de "motivationale" verankerung van morele inzichten) duidt Habermas nader aan als de psychologische problematiek die de vorming van het geweten (het "Überich") betreft. De weg naar de toepassing van morele inzichten binnen een specifieke context, biedt voor Habermas de mogelijkheid om aan te sluiten bij het phronesis-begrip van Aristoteles<sup>25</sup> of bij de "reflekterende Urteils-kraft" van Kant<sup>26</sup>. Habermas wijst er overigens met nadruk op dat niet al het normatieve handelen gemeten behoort te worden aan het morele handelen in discousethische zin. Hij maakt een onderscheid tussen *moreel* handelen en *ethisch* handelen<sup>27</sup>.

Onder het ethisch handelen verstaat Habermas een niet-reflexieve vorm van normatief handelen. Het ethisch handelen wordt voltrokken vanuit zekerheden en blijft ingebed in traditionele verhoudingen die het concrete individuele leven betreffen of de concrete cultuurgemeenschap. In het ethisch handelen wordt de niet-gerationaliseerde leefwereld gereproduceerd. Dat betekent echter niet dat dit handelen een gebrekkig handelen is, dat zich *nog niet* tot moreel handelen ontwikkeld heeft. Zonder ethisch handelen zou er geen sprake kunnen zijn van *werkelijke* identiteiten (op individueel of collectief niveau): een identiteit die door het morele handelingssubject ten volle als hypothetisch gesteld kan worden, verliest met zijn onvoorwaardelijkheid tevens zijn werkelijkheid. In een scala van begripssparen stelt Habermas het morele handelen tegenover het ethische handelen. Het morele handelen is gericht op rechtvaardigheid, niet op het 'goede leven'. Verder staan in deze tweedeling *normen* tegenover *waarden*, *morele* ontwikkeling tegenover *ik*-ontwikkeling en *zelfbepaling* tegen *zelfwerkelijking*.

#### 4. Het recht als een domein waarin de toepassingsproblematiek van het praktische discours tot een oplossing kan komen

Door de verschillende problematische aspecten die de *werkelijkheid* van het praktische discours met zich meebrengt op te sommen, is nog niet aangegeven hoe deze werkelijkheid er in concreto (als eenheid van al zijn aspecten) uitziet. Het is zelfs nog niet duidelijk of deze werkelijkheid (als een in zich consistente eenheid) *mogelijk* is.

Het praktische discours is gericht op het tot stand brengen van gedeeld begrip onder ideale condities. Door deze idealiteit vormt het praktische discours allereerst een abstract toetsingscriterium voor moreel handelen. Om dit criterium

werkelijk te gebruiken zijn operationaliseringsregels nodig. Ook indien, of liever juist omdat het duidelijk is dat in het werkelijke discours slechts *contra-factisch* geanticipeerd kon worden op de ideale gespreksituatie, zijn aanvullende regels nodig die het mogelijk maken het discours op een bepaald punt af te breken en als afgesloten te beschouwen.

Ook als de procedure duidelijk is door middel waarvan de juiste normen vastgesteld kunnen worden, is er niet alleen het hermeneutische probleem aan de orde hoe deze normen toegepast kunnen worden in een concrete context. Hieraan gaat eerst het probleem vooraf of de normen überhaupt toegepast kunnen worden. Op grond waarvan zijn normen die resulteren uit een ideale consensus (*Verständnis*) geschikt om een rol te spelen bij de concrete reproductie van de samenleving, zodat ze in dienst staan van handelingscoördinatie? Habermas meent dit probleem op te kunnen lossen met behulp van een zogenaamde "discourslogica"<sup>28</sup>. Wat binnen het praktische discours als *argument* telt, wordt bepaald door een discourslogica die gebonden is aan het wereldbeeld van de taalgemeenschap waarbinnen dit discours gevoerd wordt. Dit wereldbeeld komt tot uitdrukking in een grammaticale structuur die mogelijke redeneerschema's vastlegt<sup>29</sup>.

Als wordt aangenomen dat de discourslogica voldoende specifiek is om te garanderen dat normen die de toetsing van U hebben doorstaan in principe ingepast kunnen worden in de context van de leefwereld, dan zijn er vervolgens institutionele instellingen nodig om deze inpassing op een algemeen erkende manier te voltrekken. Bovendien zijn er instituties nodig om te beoordelen of het werkelijke handelen conform de getoetste normen voltrokken wordt, zodat deze conformiteit – indien ze ontbreekt – eventueel afgedwongen kan worden. Voor al dit soort operationalisering doet Habermas een beroep op het *recht*. Om dit inzichtelijk te maken moet echter eerst in meer algemene termen aan de orde komen hoe Habermas over het recht denkt.

In de "Theorie des kommunikativen Handelns" ontwikkelt Habermas zijn opvatting over het recht allereerst in een kritiek op Max Weber. Deze laatste begrijpt de rationaliseringsstadia van de leefwereld naar analogie van de ontwikkelingspsychologie. Waar bijvoorbeeld Kohlberg in ontogenetisch opzicht onderscheidt in een preconventioneel, conventioneel en postconventioneel niveau, maakt Weber in filogenetisch opzicht een indeling in primitief, traditioneel en modern recht<sup>30</sup>.

Het moderne recht heeft zich aan de traditie ontworsteld. Het is een *positief* recht, dat als recht geldt, omdat het als recht *gesteld* is. De rationaliteit van dit moderne recht ligt volgens Weber in zijn *formele* vorm. Habermas' kritiek is dat Weber een eenzijdige opvatting geeft over de rationaliteit van het recht<sup>31</sup>. Hij fixeert zich op *doelrationaliteit*. De *waarde-rationaliteit*, en daarmee de vraag waarom aan het positieve recht een bepaalde inhoud wordt toegekend, blijft buiten beschouwing.

Habermas verklaart Webers eenzijdigheid uit diens beperkte visie op het recht. Hij heeft onvoldoende onderkend dat het recht traditioneel een dubbele functie vervult: het recht is *functioneel* voor de machtsuitoefening en het legitimeert de machtsuitoefening. Het recht staat in tussen politiek en moraal. Weber heeft

slechts oog voor de eerste functie. Hij benadrukt het "Satzungsprinzip" ten koste van het "Begründungsprinzip"<sup>32</sup>.

Habermas meent dat de eenzijdigheid van Weber gecorrigeerd kan worden wanneer de rationalisering van de leefwereld communicatietheoretisch begrepen wordt. Daartoe moet allereerst aangetoond worden dat de oorspronkelijke *sacrale* eenheid van de leefwereld, zich ontwikkelt tot een eenheid die bemiddeld wordt door het communicatieve handelen. Het communicatieve handelen omvat op een bepaalde manier beide aspecten die eerder binnen het recht onderscheiden werden: het communicatieve handelen is functioneel voor de reproductie van een leefwereld, maar heeft in aanleg ook een kritische status: reproductie door middel van communicatief handelen stelt in staat tot leerprocessen. Rationalisering van de leefwereld krijgt bij Habermas de betekenis van een gedifferentieerd uitkristalliseren en institutionaliseren van het rationaliteitspotentieel dat ligt bevat in het communicatieve handelen. Van belang is in dit verband dat dit leidt tot een afzonderlijke institutionalisering van de kritische en van de reproductieve functie van het communicatieve handelen. De gerationaliseerde leefwereld valt uiteen in leefwereld en systeem. De reproductie heeft dan twee vormen aangenomen. Aan de ene kant de vorm van het in zich gereflecteerde communicatieve handelen, en aan de andere kant het ge-functionaliseerde communicatieve handelen dat zijn taalfunctie heeft afgelegd en geworden is tot een ééndimensionaal "entsprachlicht" sturingsmedium: de reproductie binnen het bureaucratisch- en economisch systeem. Beide reproductievormen corresponderen met de twee functies die Habermas aan het recht toekent: het recht als institutie en het recht als medium<sup>33</sup>.

Het recht als medium beantwoordt aan het "Satzungsprinzip" en verdisconteert het positieve recht in de zin van Weber: "Soweit das Recht als ein komplexes, mit Geld und Macht verknüpftes Medium funktioniert, erstreckt es sich auf formal organisierte Handlungsbereiche, die als solche unmittelbar in den Formen des bürgerlichen Formalrechts konstituiert worden sind"<sup>34</sup>. Het recht als institutie daarentegen correspondeert met het "Begründungsprinzip": "Hingegen haben Rechtsinstitutionen keine *konstituierende* Kraft, sondern nur *regulative* Funktion. Sie sind in einen breiteren politisch-kulturellen und gesellschaftlichen Kontext eingebettet, stehen in einem Kontinuum mit sittlichen Normen und Überformen kommunikativ strukturierte Handlungsbereiche; sie geben den informelle bereits konstituierten Handlungsbereichen eine verbindliche, unter staatlichen Sanktionen stehende Form"<sup>35</sup>. De ontwikkeling van het recht als institutie beschrijft Habermas als een proces van toenemende juridisering, dat erop gericht is de macht van het systeem aan banden te leggen. Hij onderscheidt drie fasen: de institutionalisering van de rechtsstaat ("Herrschaft des Gesetzes"<sup>36</sup>), de democratische rechtsstaat (democratisering van de staatsmacht) en de sociale rechtsstaat (waarin na het politieke systeem, nu ook het economische systeem "getemd" wordt). Tegenover de macht van het systeem garandeert het recht als institutie de vrijheid van de staatsburgers. Deze vrijheidsrechten slaan echter om in hun tegendeel, wanneer ze geformuleerd worden als positieve (materieel bepaalde) systeemfunctionele rechten. Zo wordt de "kolonisering van de leefwereld door het systeem" gereflecteerd als een verhouding binnen het recht. Habermas stelt echter dat de kolonisering

niet tot deze verhouding *gereduceerd* kan worden: "Die Ambivalenz von Freiheitsverbürgerung und Freiheitsentzug kann auf eine Dialektik von Recht als Institution und Recht als Medium nicht zurückgeführt werden, weil sich die Alternative von Freiheitsverbürgerung und Freiheitsentzug nur aus der Perspektive der Lebenswelt, d.h. nur in Bezug auf Rechtsinstitutionen, stellt"<sup>37</sup>. Op de vraag hoe de leefwereld het recht en de verhouding tussen het recht als instituut en het recht als medium normeert, geeft Habermas pas antwoord in de "Tanner Lectures". Hier gaat hij ertoe over het recht te begrijpen als een *geinstitutionaliseerd praktisch discours*<sup>38</sup>. De rationaliteit van het recht wordt dan niet langer gelegd in zijn *formele* karakter (zoals Weber doet), maar begrepen als een *procedurele* rationaliteit. Deze procedurele rationaliteit kan op twee niveaus tot gelding komen: als wetgevende instantie (bijv. het parlement) en als wetsprekende instantie. Op deze manier weet Habermas alle functies die hij aan het recht toekent te verenigen. Als praktisch discours is het recht betrokken op de moraal en verbonden met de waarden en normen van de leefwereld (Begründungsprinzip). Als *geinstitutionaliseerd* discours heeft het recht zijn politieke functie: als rechtsstaat door middel waarvan de leefwereld gereproduceerd wordt. Ook voldoet het recht op deze manier inderdaad aan de eisen die nodig zijn om het praktische discours te institutionaliseren: wetgeving en rechtspraak hebben hun eigen regels om het discours af te breken; in de vorm van wetgevende instantie is het praktische discours erop gericht het juiste handelen in te passen in de bredere context van een leefwereld (wetgeving moet coherent zijn); en als rechtspraak beoogt het praktische discours dat inzicht in het juiste handelen praktische consequenties heeft.

In 1989 publiceert Habermas een artikel met een "rather sketchy interpretation of the rule of law in terms of a theory of discourse"<sup>39</sup>. Hierin krijgt de institutionalisering van het praktisch discours als wetgeving en rechtspraak een complexer karakter<sup>40</sup>. Niet alleen wordt de uitvoerende (politieke) macht bij het geheel betrokken, maar bovendien wordt er rekenschap gegeven van de betekenis die het heeft wanneer door de institutionalisering een overgang wordt gemaakt van *normatieve oordeelsvorming* naar *collectieve wilsvorming*. Hij stelt dat rationale politieke wilsvorming drie soorten problemen moet oplossen: a. het pragmatische probleem hoe tegenstelde voorkeuren in harmonie gebracht kunnen worden b. het ethisch-politieke probleem wie we zijn en wie we werkelijk willen zijn en c. het moraal-praktische probleem hoe we moeten handelen. "All of these terms of communication interpenetrate within the domain of rational collective will-formation;"<sup>41</sup>.

Rationale politieke wilsvorming speelt zich voor Habermas niet alleen af binnen de instituties van de rechtsstaat. Dat maakt hij duidelijk in twee essays waarin hij – inhakend op de actualiteit – ingaat op het fenomeen van *burgerlijke ongehoorzaamheid*. Burgerlijke ongehoorzaamheid mag volgens Habermas niet zo maar afgewezen worden vanuit een autoritair legalistische positie. Er komt een *wezenlijke spanningsverhouding* in tot uitdrukking: 'zwischen der Rechtsfriedensgarantie des gewaltmonopolisierenden Staates und dem Legitimationsanspruch der demokratischen Rechtsordnung'<sup>42</sup>. "... anders als Hobbes" gaat Habermas er vanuit "dass für den demokratischen Rechtsstaat, normativ betrachtet, zwei Ideen *gleichermassen* konstitutiv sind: sowohl die



staatliche Garantie des inneren Friedens und der rechtlichen Sicherheit für alle Bürger als auch der Anspruch, dass die staatliche Ordnung von den Bürgern aus freien Stücken, d.h. aus Einsicht, als legitim anerkannt wird."<sup>43</sup> Staatsburgers mogen zich daarom op hun *geweten* beroepen<sup>44</sup>. Het blijft bij dit alles onduidelijk hoe Habermas zowel het beroep op Hobbes als het beroep op een *geweten* meent te kunnen verbinden met zijn communicatiethoretische uitgangspunten<sup>45</sup>.

### 5. De kritische receptie van Habermas' rechtstheorie

De meest centrale kritiek op Habermas' rechtstheorie richt zich tegen de kern van de morele theorie die er aan ten grondslag ligt: de abstrakt formele vrijheid die wordt toegekend aan het subject van de ideale gesprekssituatie. Het is met name Ch. Taylor die de grenzen in kaart brengt van de procedurele ethiek die hier uit voortvloeit<sup>46</sup>.

Habermas wijst zelf op de Kantiaanse wortels van zijn procedurele ethiek. Ter discussie staat echter de manier waarop hij zich op Kant meent te kunnen betrekken. Heeft hij diens twee-rijken leer wel overwonnen, zoals hij claimt?<sup>47</sup>. En is de Kantiaanse ethiek in essentie wel zo proceduralistisch als Habermas veronderstelt? Het is wederom Ch. Taylor die dit bestrijdt<sup>48</sup>. Habermas meent dat met de *intersubjectiviteit* van het communicatie-theoretisch geformuleerde vrijheidsbegrip de aanzet gegeven wordt om de Kantiaanse ethiek te overwinnen als een pure "Gesinnungsethik". P. Cobben zet deze poging af tegen een soortgelijke poging die door Hegel voltrokken wordt<sup>49</sup>. Dat roept de vraag op of bij Habermas de formele bepaling van intersubjectiviteit, niet te formalistisch is, en *naast* alle inhoud blijft staan.

Door zich in de Kantiaanse traditie te plaatsen roept Habermas een soort kritiek over zich af, die ook op de ethiek van Kant wordt uitgeoefend: om de condities te formuleren waaronder een universalistische moraal mogelijk is, moeten zoveel abstracties voltrokken worden, dat de moraal gedoemd is tot een steriele leegheid<sup>50</sup>. Of de kritiek luidt – omgekeerd – dat de moraal zulke zware eisen oplegt, dat eigenlijk niemand in staat is tot moreel handelen<sup>51</sup>. Anderzijds roept Habermas juist daar verzet op waar hij Kant communicatie-theoretisch tracht te overwinnen. Voor een deel betreft deze kritiek de "discourstheorie van de juistheid". Zo betoogt F. Jacobs dat de ideale gesprekssituatie niet alleen geen voldoende voorwaarde, maar ook geen noodzakelijke voorwaarde vormt voor de juistheid van de opinie waartoe men besluit<sup>52</sup>. Bovendien heeft de kritiek betrekking op de manier waarop Habermas U met *belangen* verbindt en luidt de objectie dat hier het onderscheid tussen moraal en eigenbelang verdwijnt<sup>53</sup>. S. White verdedigt de discoursethiek, maar komt daarbij tot een wel erg gratuite formulering: "At the core, then, of communicative ethics is the image of *open* conversation, that is, a conversation in which one is obliged to listen to other voices"<sup>54</sup>. In dezelfde lijn lijkt het revisievoorstel van S. Benhabib te liggen. Zij wil U afschaffen als een instantie die consensus moet garanderen, en de discoursethiek reduceren tot het regulatieve principe dat normen in een praktische discussie getoetst behoren te worden. Deze praktische discussie anticipeert niet contrafactisch op de ideale gesprekssituatie, maar is gebonden

aan de "strong ethical assumptions" die bevat liggen in de idee van ideale gesprekssituatie 1) "the principal of universal moral respect" en 2) "the principle of egalitarian reciprocity"<sup>55</sup>.

Wie voor U een alternatief formuleert, kent aan U bij voorbaat al geen categorische status toe. Dat is zeker niet in strijd met Habermas' intentie. Hij houdt zijn theorie voor een voorlopige (zij het ook de beste tot nu toe) reconstructie van een universele morele intuïtie: "Der reflexive Zugriff auf das, was Kant im Bild der konstitutiven Leistungen des Subjekts festgehalten hatte, oder, wie wir heute sagen, die Rekonstruktion allgemeiner und notwendiger Präsuppositionen, unter denen sich sprach- und handlungsfähige Subjekte mit einander über etwas in der Welt verständigen – die Erkenntnisbemühung des Philosophen ist nicht weniger fallibel als alles übrige, was dem läuternden und zermürbenden Prozess der wissenschaftlichen Diskussion ausgesetzt wird und – for the time being – standhält"<sup>56</sup>. M. Kelly benadrukt dat, nu Habermas voor de bewijsvoering van zijn theorie afhankelijk is van *hypothetische* reconstructies, het universalisme van U, geen "strong universalism" is, maar aan traditie gebonden blijft. Langs deze weg zoekt hij naar een convergentie met de theorie van A. MacIntyre<sup>57</sup>. Kelly staat in dit opzicht lijnrecht tegenover K.-O. Apel. Deze poneert (ook tegen Habermas in) dat het mogelijk is voor de discoursethiek een "Letztbegründung" te leveren<sup>58</sup>. Deze fundering kan niet "van anderen" geleverd worden door een beroep te doen op "den geschichtlich bedingten, kontingenten Hintergrundressourcen der "je unsrigen Lebenswelt" ..."<sup>59</sup>. Zij moet "van boven" geschieden met behulp van het *Selbsteinholungsprinzip* der rekonstruktiven Wissenschaften<sup>60</sup>. Hiermee doelt hij op een kritische doordenking van het "immer schon erreichten *Diskussionsstandpunkt* der Wissenschaft und der Philosophie ..."<sup>61</sup>.

Nu Habermas zijn morele theorie mede 'van anderen' fundeert door deze afhankelijk te maken van de ontwikkelingspsychologie van L. Kohlberg, wordt hij gedwongen zich te confronteren met kritiek op deze ontwikkelingspsychologie. Deze komt met name van C. Gilligan<sup>62</sup>. Zij keert zich tegen een psychologie waarin formele gerechtigheid het hoogste criterium vormt om ontwikkeling aan af te meten. Als alternatief brengt ze het *inhoudelijke* criterium van de *zorg* ("care", "Fürsorge") naar voren. B. Puka reageert hierop met een voorstel tot een ontwikkelingspsychologie waarin beide criteria, gerechtigheid en zorg, centraal staan<sup>63</sup>. Ook Gilligan zelf doet een poging om beide criteria te integreren<sup>64</sup>. Habermas reageert op deze en andere<sup>65</sup> pogingen met de vaststelling dat er ook binnen zijn theorie oog is voor de zorg: "Aus kommunikationstheoretischer Sicht ergibt sich vielmehr ein enger Zusammenhang der Sorge für das Wohl des Nächsten mit dem Interesse für das allgemeine Wohl: die Identität der Gruppe reproduziert sich über intakte Verhältnisse reziproker Anerkennung. Darum ist der zur individuellen Gleichbehandlung komplementäre Gesichtspunkt nicht Benevolenz, sondern Solidarität"<sup>66</sup>. Door op deze manier "gerechtigheid" aan "solidariteit" te binden (tot "twee aspecten van dezelfde zaak" te maken) tracht Habermas de kritiek<sup>67</sup> te weerleggen dat hij ten onrechte een scheiding aanbrengt tussen het juiste en het goede handelen: solidariteit betreft zich "auf das Wohl der in einer intersubjektiv geteilten Lebensform verschwisterten Genossen"<sup>68</sup>.

Het probleem blijft dat Habermas niet duidelijk maakt hoe het juiste en het goede zich in concreto (als 'concrete totaliteit') tot elkaar verhouden. Aan de ene kant lijkt de solidariteit zich te betrekken op het *abstrakt* goede: "... jede Universalisierungsforderung [müsste] ohnmächtig bleiben, wenn nicht auch noch aus der Zugehörigkeit zu einer idealen Kommunikationsgemeinschaft ein Bewusstsein unkündbarer Solidarität, die Gewissheit der Verschwisterung in einem gemeinsamen Lebenszusammenhang entspringen würde"<sup>69</sup>. Dat het goede en het juiste slechts op *abstrakt* niveau in eenheid gedacht kunnen worden, lijkt bevestigd te worden door de scheiding die Habermas op concreet niveau aanbrengt tussen morele en evaluatieve vragen: "die *moralischen Fragen*, die unter dem Aspekt der Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen oder der *Gerechtigkeit* grundsätzlich rational entschieden werden können, werden nun von den *evaluativen Fragen* unterschieden, die sich unter dem allgemeinsten Aspekt des Fragen des *guten Lebens* (oder der Selbstverwirklichung) darstellen und die einer rationalen Erörterung nur innerhalb der unproblematischen Horizonts einer geschichtlich konkreten Lebensform oder einer individuellen Lebensführung zugänglich sind"<sup>70</sup>. Aan de andere kant lijkt hij deze scheiding op z'n minst te relativeren als hij stelt: "Ebenso natürlich erstrecken sich aber verfahrensethische Begründungen auch auf Prinzipien und Regeln anderer Art; etwa auf Prinzipien der Verteilungsgerechtigkeit, die je nach der Struktur des regelungsbedürftigen Handlungsbereich (der Haushalte, des Beschäftigungssystems, der Schule, der Familie, der Nachbarschaft u.s.w.) ganz verschieden sind; oder auf Prinzipien der Fürsorge und des Beistandes für Hilfsbedürftige; auf Konventionen der Selbstbegrenzung, des schonenden Umgangs, der Wahrhaftigkeit, der Aufklärungspflicht usw."<sup>71</sup>. Of zou Habermas werkelijk menen dat bijv. de vraag of ik iemand die van honger dreigt om te komen moet bijstaan, zomaar valt op te delen in een "Begründungs-" en "Anwendungsfrage". Vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid kan er geen twijfel over bestaan dat ik moet helpen. Ben ik daarom moreel schuldig omdat ik geen hand uitsteek voor de vele miljoenen waarvan ik weet dat ze honger lijden? Of kan ik mij – omgekeerd – zo gemakkelijk van schuld vrijpleiten omdat het ondoenlijk is de norm praktisch toe te passen?

S. Benhabib laat er weinig twijfel over bestaan dat volgens haar de scheiding tussen morele en evaluatieve vragen opgeheven moet worden: "... we have to accept that not only matters of justice but those of the good life as well will become thematized in practical discourses"<sup>72</sup>. Langs deze weg tracht zij de positie van Habermas te verzoenen met die van communautaire denkers als Ch. Taylor en M. Walzer. Dezen verzetten zich tegen Rawls' eenzinnige begrip van verdelende rechtvaardigheid en brengen hier tegen in dat er vele domeinen zijn in de samenleving met een eigen conceptie van het goede en een eigen verdelingsprincipe<sup>73</sup>. Het praktische discours is erop gericht allen te laten *participeren* in de verwerkelijking van het goede, zonder daarbij inbreuk te doen op de eigenheid van elk der domeinen. Ook P. Bal onderkent dat het principe van gerechtigheid aanvulling behoeft: "Wil een theorie echter ontkomen aan (het verwijt van) morele leegheid of onverschilligheid, dan moeten er minimale beginselen worden geformuleerd die als *onbetwiste* inhoud kunnen gelden van een juridisch-praktisch discours en die hieraan verder richting kunnen ge-

ven"<sup>74</sup>. Hij meent aan Habermas argumenten te kunnen ontleen om deze minimale beginselen te duiden als de *mensenrechten*.

Niet alleen de eenzijdige procedurele bepaling van het praktische discours maar ook de wijze waarop zijn institutionalisering gedacht moet worden, heeft discussie opgeroepen. K.-O. Apel wijst erop dat er altijd een onderscheid (D) blijft bestaan tussen de ideale communicatiegemeenschap (die zich reproduceert door middel van een ideale, machtsvrije discussie) en de werkelijke leefwereld. De toepassing van de discourethiek vraagt daarom om een aanvullend principe ("Ergänzungsprinzip E"): "Doch, eben die Reflexion auf die Differenz (D) als *Hindernis* der anwendungsbezogenen Akzeptierung des Prinzips (U) führt unmittelbar zu der Einsicht, dass es mit zu unserer moralischen Pflicht gehört, an der *approximativen Beseitigung der reflektieren Differenz (mit) zu arbeiten*;"<sup>75</sup>. P. Cobben betoogt dat de institutionaliseringsvorm van het praktische discours niet los gezien kan worden van de specifieke inhoud die er binnen aan de orde komt: "... op het niveau van de familie heeft het praktische discours de vorm van een persoonlijke discussie tussen relatiepartners, met als achtergrond de persoonlijke levensgeschiedenis van de betrokkenen; op het niveau van de burgerlijke maatschappij heeft dit discours de institutionele vorm van bedrijfsraden met als achtergrond een specifieke bedrijfscultuur; en op het niveau van de staat heeft het praktische discours de institutionele vorm van het parlement"<sup>76</sup>. P. van den Berg brengt naar voren dat de zin van het geïnstitutioneerde praktische discours afhankelijk is van een democratische culturele traditie<sup>77</sup> die mede tot uitdrukking komt in andere instituties: "Het procedurele cultuurmodel slaagt er niet in de maatschappelijke pluriformiteit in relatie tot democratische participatie tot uitdrukking te brengen, omdat de theorie van de praktische discussie zelf gebonden blijft aan één bepaalde institutie"<sup>78</sup>.

Ook de vraag hoe het geïnstitutionaliseerde praktische discours zich tot het juridische en politieke discours verhoudt is tot inzet van de discussie gemaakt. W. van der Burg verbaast zich erover dat Habermas, alhoewel deze – met een beroep op R. Alexy<sup>79</sup> – "juristische Argumentationen in allen ihren institutionellen Ausprägungen als Sonderfall des praktischen Diskurses" begrijpt, anderzijds toch ook als "medium" begrijpt, dat losgekoppeld is van leefwereldverhoudingen. "Centrale these is dat ... 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"<sup>80</sup>. K. Raes deelt van der Burgs verbazing, maar voegt hieraan toe: "Nochtans, dat het medium recht steeds ook vormen van communicatieve aanvaarding impliceert, betekent nog geenszins dat het recht daarin ook steeds *gefundeerd* blijft"<sup>81</sup>. In Habermas' concept van het recht als medium wordt volgens Raes een kritiek op de economisering van maatschappelijke verhoudingen gereflecteerd. "Het juridiseringsproces abstraheert op gewelddadige wijze van de pluriformiteit aan levensvormen, die in de leefwereld aanwezig zijn en reduceert de levensproblematiek tot een geheel van monetaire implicaties en consequenties"<sup>82</sup>.

D. Rasmussen vergelijkt de positie van Habermas met die van R. Unger. Deze laatste concludeert dat "Legal reasoning is nothing other than a form of poli-

tical rhetoric"<sup>83</sup>. Voor beiden geldt dat de juridische argumentatie waarin het recht wordt toegepast, niet zomaar door het recht wordt bepaald. Terwijl dit voor Habermas de openheid oplevert om recht en moraliteit met elkaar te verbinden, besluiten de Critical Legal Studies (waartoe Unger behoort) op deze grond tot de irrationaliteit van het recht.

J. Wiggers gaat in op de relatie tussen het praktische en het *politieke* discours: "... uit de communicatieve ethiek [zijn] wel procedurele principes te destilleren die de grenzen bepalen waarbinnen de politieke discussie zich dient te ontwikkelen en die als zodanig betrekking hebben op de legitimiteit van de besluitvorming. Twee zulke principes zouden kunnen zijn het recht om te participeren in de besluitvorming die men zelf betreft (en dan vooral waar het de basisbehoefte aangaat) en het recht op vrije meningsuiting"<sup>84</sup>.

De verhouding tussen het praktische (morele), juridische en politieke discours komt in de 'Tanner Lectures' aan de orde onder de abstracte noemer procedurele rationaliteit, en de concretere noemer rechtsstaat. In zijn bespreking stelt A. Soeteman met name de vraag hoe de procedurele rationaliteit zich tot de inhoud verhoudt: "Er blijft, denk ik, een onopgeloste spanning in Habermas' theorie"<sup>85</sup>. Ook de bespreking van W. van Reijen en W. van der Burg concentreert zich op dit punt: is een zuiver procedurele rationaliteit wel mogelijk? Neemt Habermas de substantiële neo-Aristotelische wending wel serieus genoeg?<sup>86</sup> Van belang is tenslotte dat Habermas in discussie met Van der Burg expliciet stelt dat hij met de Tanner Lectures afscheid heeft genomen van het onderscheid tussen het recht als medium en het recht als institutie: "Secondly, I cannot maintain the distinction I made in the second volume of the *Theory of Communicative Action* between law as a medium and law as an institution. In principle, every legal norm can also be problematized under moral viewpoints. Perhaps one should distinguish between primary and secondary legal norms, the primary norms being relevant for the constitution of legal subjectivity in a way similar to social norms which intervene in the socialization process, while the secondary legal norms merely delineate the range of options for already constituted legal subjects"<sup>87</sup>.

## Noten

1. A. Söllner, "J. Habermas und die kritische Theorie des gegenwärtigen Rechtsstaates", p. 122, in: *Leviathan*, Zeitschrift für Sozialwissenschaft (10) 1982, 97-131.
2. Ibidem, p. 123.
3. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a/M, 1981.
4. O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt a/M, 1987.
5. Ibidem, p. 26. Höffe spreekt in dit verband over de "Bann der Entfremdung der Philosophie von der Rechts- und Staatstheorie".
6. J. Habermas, *Recht und Moral*, Salt Lake City: University of Utah Press. De Engelse editie van deze lezingen is opgenomen in: *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 8, 1988, University of Utah Press and Cambridge University Press. Beide lezingen zijn in het Nederlands vertaald onder de titel *Recht en Moraal*, Kampen, 1988, (Ingeleid door Wibren van der Burg en Willem van Reijen). De tekst van beide lezingen verscheen voor het grootste gedeelte reeds eerder als een

artikel in "Kritische Justiz", 20(1987) 1-16, onder de titel: "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?"

7. Paul Cobben, "Kan legitimiteit zuiver procedureel gegarandeerd worden? Een kritische beschouwing over Habermas' conceptie van de verhouding tussen moraal, recht en politiek", p. 263. In: *Recht en Kritiek* (15), 1989(3), 262-279.

8. J. Habermas, "Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?", in: W. Kuhlmann (Hg.), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt a/M, 1986, p. 16.

Vgl. ook de bijdrage van K.O. Apel in: K.O. Apel, D. Böhler, G. Kadelbach (Hg.), *Praktische Philosophie/Ethik*, Frankfurt a/M, 1984.

9. Voor een kritische uiteenzetting over de 'ideale gespreksituatie', vgl. M. Korthals, "De ideale communicatiegemeenschap", in: F. van Doorne / M. Korthals (red.), *Filosofie en maatschappijkritiek*.

10. J. Habermas, "Wahrheitstheorien", in: J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a/M, 1984.

11. J. Habermas, 1983, "Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln", in: J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a/M, 1983, p. 103.

12. J. Habermas, 1986, p. 22.

13. J. Habermas, 1983, p. 110.

14. M. Weber, "Der Beruf zur Politik", in: *Soziologie Weltgeschichtliche Analysen Politik*, Stuttgart 1968, p. 167-185.

15. J. Habermas, "Über Moralität und Sittlichkeit: Was macht eine Lebensform <rational>?", p. 229, in: H. Schnädelbach (Hg.), *Rationalität*, Frankfurt a/M, 1984.

16. J. Habermas, 1986, p. 18-19.

17. J. Habermas, 1983, p. 127.

18. J. Habermas, "Gerechtigkeit und Solidarität", 296-299, in: W. Edelstein/G. Nunner - Winkler (Hg.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt a/M, 1986.

19. J. Habermas, 1983, p. 130 e.v.

20. J. Habermas, 1983, p. 103.

21. Vgl. J. Habermas "Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln", IV, 3, p. 175-182.

22. Vgl. ook Paul Cobben, "Communicatief handelen als theoretisch grondbegrip", *ANTW*, 81.4, 1989, 241-263.

23. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns II*, Frankfurt a/M, 1981, p. 220.

24. J. Habermas, 1983, p. 191.

25. J. Habermas, 1983, p. 193. Habermas spreekt hier over "praktische Klugheit".

26. J. Habermas, 1983, p. 191.

27. Zie J. Habermas, 1983, 190-195. De termen *moreel* en *ethisch* handelen komen hier niet voor. Ik gebruik deze termen in aansluiting op een interview waarin Habermas ethische en morele gezichtspunten onderscheidt. (J. Habermas, *Die nachholende Revolution*, Frankfurt a/M, 1990, p. 142).

28. "Wahrheitstheorien", J. Habermas, p. 159 e.v.

29. Mij is overigens niet duidelijk waarom de discourslogica de universele strekking van het praktische discours niet teniet doet.

30. J. Habermas, 1981 I, 350.

31. J. Habermas, 1981 I, 365/366.

32. J. Habermas, 1981 I, 233.

33. J. Habermas, 1981 II, 536.

34. J. Habermas, 1981 II, 537.

35. J. Habermas 1981 II, 537.

36. Ibidem, 528.

37. Ibidem, 538.

38. Habermas, 1983, p. 102 spreekt over "praktische Diskurse" die "im parlamenta-

- rischen Betrieb institutionaliseerd worden sind". In een interview met T. Nielsen (zie: J. Habermas, *Die nachholende Revolution*, Frankfurt a/M 1990, p. 126) waarschuwt hij echter: "Man darf deshalb den Diskurs als Verfahren der moralischen oder ethischen Urteilsbildung nicht mit den rechtlich institutionalisierten Verfahren einer (wie immer auch durch Diskurse vermittelten) politischen Willensbildung verwechseln".
39. J. Habermas, "Towards a Communication-Concept of Rational Collective Will-Formation. A Thought-Experiment", in: *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 2, July 1989 (144-154).
40. Habermas beroept zich hierbij op het werk van K. Günther. Zie b.v. K. Günther, *Die Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse Moral und Recht*, Frankfurt a/M, 1988 en "Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation", in: *Rechtstheorie* 20(1989) 163-190.
41. *Ibidem*, p. 152.
42. J. Habermas, "Recht und Gewalt – ein deutsches Trauma", in: J. Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt/M. 1985.
43. *Ibidem*, p. 110.
44. J. Habermas, "Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat", in: *Die neue Unübersichtlichkeit*, p. 91.
45. Weliswaar stelt Habermas: "Der gewissenhaft begründete zivile Ungehorsam weiss sich dem Verfassungskonsens verpflichtet und darf nicht mit der Durchsetzung privater Glaubensgewissheiten verwechselt werden" (*ibidem*, p. 91). Maar wat kan een beroep op het geweten anders zijn dan een subjectieve geloofs zekerheid onder de condities van een *discourstheorie* van de waarheid en de juistheid?
46. Ch. Taylor, "Die Motive einer Verfahrensethik, in: *Moralität und Sittlichkeit*, W. Kuhlmann (Hg), Frankfurt a/M, 1986.
47. Vgl. P. Cobben, *Die autonomie van het subject in de verwetenschappelijkte samenleving*, dissertatie U.v.A., 1988, p. 106-111. Uitvoeriger – maar dan in discussie met K.O. Apel – wordt op deze problematiek ingegaan door O. Höffe: "Kantische Skepsis gegen die transzendente Kommunikationsethik", in: *Kommunikation und Reflexion. Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik*, Antworten auf Karl-Otto Apel, W. Kuhlmann und D. Böhler (Hg), Frankfurt a/M, 1982.
48. Ch. Taylor, "Sprache und Gesellschaft", in: *Entgegnung*, A. Honneth, H. Joas (Hg), Frankfurt a/M, 1986.
49. Paul Cobben, "Individualiteit, taalhandeling en gemeenschap", *Stoicheia*, 1989(3), 33-56.
50. A. Heller, "The Discours Ethics of Habermas: Critique and Appraisal", in: *Thesis Eleven*, X-XI (1984/85), 5-17.
51. A. Wellmer, *Ethik und Dialog. Elemente des moralischen Urteils bei Kant und in der diskursethik*, Frankfurt a/M, 1986, p. 63.
52. F. Jacobs, *Ten overstaan van allen*, dissertatie U.v.A., 1985, p. 167.
53. St. Lukes, "Of Gods and Demons: Habermas and practical reason", in: J. Thompson / D. Held (ed.), *Habermas. Critical Debates*, zie ook: F. Jacobs, p. 162.
54. S.K. White, *The recent work of Jürgen Habermas. Reason, justice & modernity*, Cambridge, 1988, p. 82.
55. S. Benhabib, "In the shadow of Aristotle and Hegel: communicative ethics and current controversies in practical philosophy", *The Philosophical Forum*, XXI, 1/2, 1-29. Dit artikel is opgenomen als nawoord in een algemene discussie-bundel over de discouretheek: S. Benhabib / F. Dallmayr (ed.), *The communicative ethics controversy*, Massachusetts, 1990.
56. J. Habermas, 1983, p. 130.
57. M. Kelly, "MacIntyre, Habermas, and philosophical ethics", in: *The philosophical Forum XXI (1989/90)*, 1/2.
58. K.-O. Apel, "Normative Begründung der "Kritischen Theorie" durch Rekurs auf Lebensweltliche Sittlichkeit? Eine transzendentalpragmatisch orientierter Versuch, mit Habermas gegen Habermas zu denken", in: *Zwischenbetrachtungen. Im Prozess der Aufklärung*, A. Honneth, C. Offe, A. Wellmer (Hg), Frankfurt a/M, 1989. Zie voor de

problematiek van de "Letztbegründung" van de discoursethiek ook: de desbetreffende sectie in *Kommunikation und Reflexion*, met bijdragen van Berlich, Becker, Bubner, Essler en Schnädelbach.

59. Ibidem, p. 51.
60. Ibidem, p. 53.
61. Ibidem, p. 52.
62. C. Gilligan, *In A Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, 1982.
63. B. Puka, "Vom Nutzen und Nachteil der Stufe 6", in: *Zur Bestimmung der Moral*.
64. C. Gilligan, "Moral Orientation and Moral Development", in: *Woman and Moral Theory*, E. Kittay / D. Meyers (ed.).
65. Zie b.v. L. Kohlberg, D. Boyd en C. Levine, "Die Wiederkehr der sechsten Stufe: Gerechtigkeit, Wohlwollen und der Standpunkt der Moral", in: *Zur Bestimmung der Moral*.
66. J. Habermas, 1986, p. 311.
67. Zie b.v. R. Bubner, "Rationalität, Lebensform und Geschichte", in: *Rationalität*, H. Schnädelbach (Hg), Frankfurt a/M, 1984, F. Jacobs, p. 166; Ch. Taylor, p. 119.
68. J. Habermas, 1986, p. 311.
69. Ibidem, p. 313.
70. J. Habermas, 1984, p. 225.
71. J. Habermas, 1986, p. 306.
72. S. Benhabib, "Autonomy, Modernity, and Community", in: *Zwischenbetrachtungen*, p. 382.
73. Ibidem, p. 387.
74. P. Bal, "Procedurale rationaliteit en mensenrechten in het strafproces", in: *Recht en Kritiek* 16(1990) 3, p. 266.
75. K.O. Apel, "Kann der postkantische Standpunkt der Sittlichkeit noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehobene werden?", p. 249, in: *Moralität und Sittlichkeit*.
76. Paul Cobben, "Kan legitimiteit zuiver procedureel gegarandeerd worden?", p. 277, in: *Recht & Kritiek*, 15(1989) 3.
- Zie ook: P. Cobben, "Habermas' universales, moralisches Bewusstsein im Lichte der Grundlinien der Philosophie des Rechts", verschijnt in het Hegel-Jahrbuch 1990.
77. P. van den Berg, "Morele argumentatie en democratische legitimiteit", *Stoicheia*, 4(1989)/3, 9-27.
78. P. van den Berg, "Pluriforme passies voor participatie. Drie concepten van een democratische cultuur", te verschijnen in: H. Kunneman, M. Korthals (red.), *Het communicatieve paradigma. Mogelijkheden en beperkingen van Habermas' theorie van het communicatieve handelen*, bundel van de Werkgroep Kritische Theorie Nederland.
79. J. Habermas verwijst naar R. Alexy, "Eine Theorie des praktischen Diskurses", in: W. Oelmüller (Hg.) *Normbegründung, Normdurchsetzung*, Paderborn 1978 en R. Alexy, *Theorie des juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a/M 1978.
80. W. van der Burg, "De rechtstheorie van Jürgen Habermas", in: *Recht en Kritiek* 11(1985) 1, p. 18.
81. K. Raes, "Kommunikatief handelen en Juridisering. Habermas' bedenkingen bij recht en verrechtelijkingsprocessen en Van der Burgs' kritiek daarop", in: *Recht en Kritiek* 11(1985) 2, p. 119.
82. Ibidem, p. 133.
83. D.M. Rasmussen, "Communication theory and the critique of the law: Habermas and Unger on the law", in: *Praxis International* 8(1988), p. 164.
84. J. Wiggers, "Contract en rede. Hegel, Rawls en Habermas over de grondslag van de politieke filosofie" in: *R & R* 16(1987)/1, p. 67.
85. A. Soeteman, "De legitimiteit van positief recht", in: *Ars Aequi Katern* nr. 30 mrt. 1989, 1281-1282.



86. *Recht en Moraal*, p. 44-45.

87. J. Habermas, "Remarks on the Discussion", in: *Theory Culture & Society*, 7(1990)/4, p. 130.

Zie ook: W. van der Burg, "Jürgen Habermas on Law and Morality: Some Critical Comments", *ibidem*, pp. 105-111.