



AALBORG UNIVERSITY
DENMARK

Aalborg Universitet

Samtalens ret: Jürgen Habermas' rekonstruktion af retten

Arler, Finn

Published in:
Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift

Publication date:
1996

Document Version
Også kaldet Forlagets PDF

[Link to publication from Aalborg University](#)

Citation for published version (APA):
Arler, F. (1996). Samtalens ret: Jürgen Habermas' rekonstruktion af retten. *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 19(1), 32-57.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal -

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at vbn@aub.aau.dk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Samtalens ret

Jürgen Habermas' rekonstruktion af retten

FINN ARLER

“Det samfundsmæssige substrat for virkeliggørelsen af rettens system udgøres hverken af et spontant opererende markedssamfunds kræfter eller af en intentionelt opererende velfærdsstats foranstaltninger, men derimod af de kommunikationsstrømme og publicistiske indvirkninger, som udgår af civilsamfund og politisk offentlighed, og som omsættes i kommunikativ magt gennem demokratiske processer”¹

I Introduktion

Det er nu mere end tre årtier siden Jürgen Habermas udgav værket *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, der med ét slag gjorde ham til stjerne på det internationale human-såvel som samfundsvidenskabelige firmament. Den grundlæggende pointe i bogen var understregningen af den offentlige diskussions centrale placering i moderne samfund og en advarsel mod de tendenser, som syntes på vej til at undergrave den offentlige diskussion som samfundets væsentligste refleksions- og integrationsinstans. Det er en pointe, som stadig udgør kernen i Habermas' arbejde. Selvom der har fundet en række revideringer, forskydninger og differentieringer sted i løbet af de mellem-liggende tre årtier, er det mest bemærkelses-værdige således den høje grad af kontinuitet i det grundlæggende sigte – på trods af de betydelige politiske, kulturelle og viden-

skabsteoretiske forandringer, vi i øvrigt har været vidne til siden 60'ernes begyndelse. Et forhold, Habermas da også selv understreger i forordet til nyudgivelsen af *Strukturwandel der Öffentlichkeit* i 1990: det er ikke så meget i grundtanken som i teoriens kompleksitet, forandringen er sket².

Skal man sammenfatte Habermas' bestræbelser hele perioden igennem i få stikord, byder et udtryk som samtalens fornuft sig umiddelbart til³. Det er forsøget på at indkredse denne fornuft tillige med dens realisationsbetingelser, som i 60'ernes begyndelse førte til beskæftigelse med offentlighedens rolle, i 70'erne til rekonstruktionen af en universal-pragmatik og i 80'erne til formuleringen af en diskursetik. Og det er afdækningen af diverse trusler mod eller direkte begrænsninger af samtalen fornuft som har været det kritiske afsætspunkt for de politiske skrifter såvel som for de samfundsteoretiske analyser.

1 *Faktizität und Geltung*, Ffm 1992, s. 532f.

2 *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Ffm 1990, s. 12.

3 Udtrykket »samtalens fornuft« blev da også anvendt som titel på udgivelsen af Habermas' forelæsninger ved tildelingen af Sonning-prisen i 1987.

Det sidste gælder eksempelvis den berømte kritik af, at de såkaldt "systemiske" mekanismer baseret på magt- og penge relationer invaderer eller "koloniserer" den kommunikativt strukturerede "livsverden", hvortil ikke mindst offentligheden hører⁴. Ganske vist er sådanne selvstændiggjorte "systemer", markedet eksempelvis, uundværlige som funktionelle formidlings- og integrations-mekanismer i moderne komplekse samfund. Der kan således ikke tænkes en enkelt kommunikativt eller demokratisk organiseret centralinstans, der vil kunne overskue og koordinere alt på én gang. I det øjeblik systemerne imidlertid trænger ind på områder (socialisation, offentlighed etc.), der nødvendigvis må være kommunikativt strukturerede, dvs. hvor handlings-koordinationen nødvendigvis må have en sproglig side og være baseret på argumentation, opløses samtidig den lim, som holder samfundet sammen. Det betyder samtidig, at forskellige krisesyntomer som menings- og orienteringsløshed, anomi, fremmedgørelse eller motivationsstab dukker op.

At samtalens fornuft også udgør omdrejningspunktet for det (i skrivende stund) nyeste større værk fra Habermas' hånd, bogen *Faktizität und Geltung* fra 1992, mere end antyder allerede værkets undertitel »Bidrag til diskursteorien om retten og den demokratiske retsstat«. Med udgangspunkt i sin teori om samtalens fornuft forsøger han således at foretage en normativ rekonstruktion af den moderne ret og den demokratiske retsstats grundprincipper og implicite forudsætninger; en rekonstruk-

tion, der i kraft af sin normativitet tænkes at kunne virke tilbage på retsudviklingen selv. Tesen er den, at der i retsudviklingen selv er indeholdt et normativt ideal, som bedst lader sig tolke på baggrund af teorien om samtalens fornuft, og hvis afdækning vil være af central betydning i den videre udvikling af retten. Det er denne særlige spænding mellem virkelighed og det i virkeligheden selv indeholdte – på samme tid nødvendige og dog aldrig fuldt realisable – ideal, der er fastholdt i titlen, og som danner den røde tråd i bogen.

I og med at ideen om samtalens fornuft appliceres (eller genfindes) på rettens område, tegner omridset sig af et nyt forståelsesparadigme. Det centrale anliggende for Habermas er således, som allerede antydet i indledningscitateret, at skifte focus væk fra opfattelser, der tolker enten markedet eller velfærdsstaten som det samfundsmæssige "grund-substrat", ud fra hvilket retssystemet skal tolkes, og henimod kommunikationen eller samtalen som den centrale integrationsinstans. Retten aflaster den skrøbelige samtale som bindemiddel, men kun for så vidt som den bevarer forbindelsen til samtalen som sin legitimationsgrund.

Som altid hos Habermas er pointerne formuleret i stadig diskussion med alternative tolkninger og – kunne man tilføje – som altid med en imponerende bredde og skarp-hed. Undervejs til sit mål forsøger han som en Odysseus at navigere sit samtale- eller diskurs-teoretiske projekt gennem en række af skær og tillokkelser, som han mener at se de alternative tolkninger hver for sig lide skibbrud på eller fortabe sig i.

4 Det er grundtemaet i *Theorie des kommunikativen Handelns I-II*, Ffm 1981, men kan med få omskrivninger genfindes allerede i *Strukturwandel*.

Samtalens fornuft byder ham at undlade at binde sig til masten og stoppe voks i ørerne: kun ved direkte at lære af og konfrontere sig med alternativerne i diskussionens rum, kan han undgå skær og tillokkelser.

Selvom alternativerne optræder i mange skikkelser og under vekslende betegnelser, er det først og fremmest tre af de mest lærerige af dem, Habermas vier sin opmærksomhed. For det første en tradition, som knytter an til Aristoteles' etisk-politiske skrifter, og som via bl.a. Rousseau og den amerikanske republikanske bevægelse i aktuelle diskussioner dukker op under navne som hermeneutik, kommunitarisme og – fortsat – republikanisme. Det centrale element er her – i det mindste i den habermas'ke tolkning – fokuseringen på folkesuveræniteten baseret på en fælles *ethos*.

For det andet en tradition, der har sin rod i den hellenistiske periodes kosmopolitiske idéer, først og fremmest stoicismen, og som i nyere tid især kendes fra 16-1700-tallets natur- og eller fornuftsret og dennes moderne aflæggere i forskellige former for liberalisme. Centralbegrebet er i denne tradition individuel eller privat autonomi med de hertil knyttede menneskerettigheder, vel at mærke primært forstået som negative afværgerettigheder overfor indgreb fra såvel medmennesker som stats-magt.

Endelig bør nævnes en tredje type samtalepartner, som jeg dog ikke skal beskæftige mig med her i artiklen. Det drejer sig om en gruppe af teoretikere af lidt mere heterogen art, hvor det gennemgående træk imidlertid er, at udgangspunktet tages i varierende former for empiristisk og/eller funktionalistisk begrebsstrategi. Alle spørgsmål om legitimitet undviges på denne måde. Som ét eksempel på en sådan strategi

kan nævnes forsøget på i værdifrihedens navn at undgå den interne gyldighedsdimension i sociale relationer ved at reducere spørgsmål om acceptabilitet til et spørgsmål om konstaterbar accept. Et andet i forsøget på at reducere spørgsmål om gyldighed til et spørgsmål om magtligevægte blandt strategisk handlende agenter. Som en sidste variant kan nævnes forskellige systemteoretiske ansatser, der lader de enkelte samfunds-institutioner (marked, retsvæsen, politik etc.) optræde som selvbevægende systemer, der reagerer på hindrens bevægelser ud fra selvskabte koder, som ikke lader sig indbyrdes oversætte på en måde, så legitimitetsspørgsmål bliver meningsfulde.

Det siger sig selv, at jeg ikke i denne korte artikel kan få alle de nuancer med, som diskussionen med de alternative tolkninger får frem. Jeg har derfor valgt at koncentrere mig om at trække nogle af de centrale ambitioner bag Habermas' projekt frem i lyset. Til det formål har jeg valgt at gå frem på følgende vis. I første runde skal jeg indkredse det begreb om praktisk fornuft, som Habermas opererer med, når han taler om samtalens *fornuft*. Dette leder umiddelbart over i en præsentation af, hvorfor netop *samtalens* fornuft bliver central for Habermas. Herefter skal jeg vende mig mod *retens* status som en samtalens ret i den habermas'ke tolkning, og mod nogle af de *konsekvenser* hans tolkning får på enkelte områder. Slutteligt skal jeg nævne nogle af de *indvendinger*, som kan rejses mod hans projekt.

II Den praktiske fornufts dimensioner

Den væsentligste inspirationskilde for Habermas er uden tvivl Immanuel Kant. Lad mig derfor starte med kort at introducere Kants flerdimensionelle begreb om praktisk fornuft. I det centrale moralfilosofiske skrift *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* skelner Kant således mellem tre former for brug af praktisk fornuft: teknisk, pragmatisk og moralsk⁵. Fælles for alle de tre former er spørgsmålet: Hvad skal jeg gøre?, men spørgsmålets rækkevidde og betydning er forskellig i de tre tilfælde.

Brugen af den praktiske fornuft betegner Kant som *teknisk*, når en specifik målsætning forud er fastlagt, og den praktiske fornufts opgave er at finde den mest effektive vej til at efterleve målsætningen. Hvad skal jeg gøre? besvares her med anvisninger på den korteste vej til at opnå et givet mål. Lægen og giftmorderen kan med hver sit formål gøre brug af de samme opskrifter, og så længe den praktiske fornuft alene har øje for den tekniske ydelse og lader formålene ude af betragtning, kan deres respektive indsats bedømmes ensartet ud fra evnen til at opnå det ønskede resultat.

Brugen af den praktiske fornuft kalder Kant derimod *pragmatisk*, når kun den overordnede og nødvendige målsætning, menneskelig lykke eller lyksalighed (Kants oversættelse af det græske *eudaimonia*), er givet, og fornuften bruges til at overveje, hvordan denne overordnede målsætning kan opfyldes. Hvad skal jeg gøre? er her et spørgsmål af en anden karakter, af eksisten-

tiel, til tider næsten terapeutisk art: hvordan bliver jeg lykkelig? hvilke mål skal jeg stræbe efter? etc. Hvor den tekniske brug af fornuften kan finde støtte i opskrifter, som er universelt anvendelige, for så vidt de overalt leder til samme resultat, så vil de gode råd på lykkens vej ikke altid føre til det ønskede endemål: »*Ønsker han rigdom, hvor megen sorg, nid og forgæves stræben kan han da ikke få sig på halsen! Vil han megen erkendelse og indsigt, måske kunne den blot blive til et så meget desto mere skærpet øje, der så meget skrækkeligere kan vise ham den dårlig-dom, der hidtil har været skjult for ham, og som han alligevel ikke kan undvige, eller pånøde ham endnu flere behov, selvom hans ønsker allerede giver ham rigeligt at lave. Vil han et langt liv, hvem garanterer ham, at det ikke vil være én lang elendighed?*«⁶. Vel kan der gives almene råd, der gælder gennemsnitligt og i reglen og alt andet lige – resultatet, lyksaligheden, kan blot ikke garanteres med samme grad af sikkerhed som konsekvenserne af at benytte en teknisk opskrift. Vejen til lykken er ikke sådan at sætte på en almen formel.

For såvel den pragmatiske som den tekniske brug af fornuften gælder imidlertid det fælles, at de udmøntes i anbefalinger af teleologisk art (af græsk *telos*, mål eller formål). Man ønsker at opnå et eller andet, i sidste instans stræber man efter lykken; den praktiske fornufts opgave er at hjælpe til at opnå målet. De råd og opskrifter, man i de to forskellige anvendelser kan støtte sig til, vil derfor også være, hvad Kant betegner som hypotetiske eller betingede imperati-

5 *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* s. 416f.

6 Sammesteds s. 418.

ver: der er tale om råd og midler, der forudsætter et allerede fastlagt mål, hvad enten målet er tilfældigt eller uomgængeligt som ønsket om livslykke.

I modsætning hertil er brugen af den praktiske fornuft *moralsk*, hvis spørgsmålet Hvad skal jeg gøre? angår de forpligtelser, man uanset egne mål må påtage sig, når man lever sammen med andre mennesker med en ligemæssig ret til selvudfoldelse. Denne ligemæssige ret må respekteres universelt: alle må ligemæssigt anerkendes som mål i sig selv. Den praktiske fornufts opgave bliver derfor i moralske spørgsmål – og det er Kants centrale pointe – ved hjælp af det såkaldte kategoriske imperativ at vurdere, om en given handlingsmaxime (dvs. subjektiv grund til at handle) er alment acceptbar. Hver især må man spørge sig selv, om man kan ville eller i det mindste acceptere de følger for hver af de berørte, som vil være resultatet af, at alle andre handler ud fra tilsvarende grunde. En handlingsmaxime er ikke moralsk acceptbar, hvis den kun kan gælde for de få uden at få betydelige uønskede konsekvenser for andre. Man bør ikke gøre undtagelser for sig selv på andres bekostning, og enhver må derfor forud for antagelsen af en maxime vurdere, om den kan gælde for alle.

Fordringen om en moralsk afprøvning er ubetinget i den forstand, at den ikke kan gøres afhængig af andre formål; man kan ikke lade hensynet til andres ligemæssige ret

afhænge af, om det passer med egne formål. Moralske krav er umiddelbart forpligtende og går forud for såvel tekniske som pragmatiske målsætninger. Moralen er med et moderne udtryk deontologisk (af græsk *deontos*, pligt eller forpligtelse).

Jürgen Habermas har i flere af sine seneste bøger, herunder *Faktizität und Geltung*, taget denne tredeling op under lidt ændrede betegnelser og med en lidt forandret grænsedragning, og samtidig givet den en vigtig accent-forskydning⁷. For Habermas er det imidlertid, som for Kant, af central betydning, at den praktiske fornuft i skikkelse af moralen bevarer en kerne af universalitet, der bringer den hinsides veksellende historiske prioriteringer.

Den praktiske fornuft fungerer i Habermas' terminologi *pragmatisk*, når den rationelt skal finde egnede midler til givne mål, eller når den skal afveje mellem flere specifikke mål ud fra givne overordnede præferencer. Den pragmatiske brug af fornuften rækker således fra valg mellem eller udvikling af egnede teknikker over taktisk eller strategisk planlægning til omkostnings-effektiv implementering af politiske beslutninger. Det pragmatiske hos Habermas er således lidt mere omfattende end det tekniske hos Kant, men parallellen er dog oplagt. Også eksempelvis Max Webers begreb om *Zweckrationalität* ligger i tråd hermed⁸.

En *etisk* brug af fornuften finder vi deri-

7 Jf. hertil flere af artiklerne i *Erläuterungen zur Diskursethik*, Ffm 1991, især »Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft«, s.100ff. I *Faktizität und Geltung* behandles tredelingen flere steder, bl.a. s. 197ff.

8 Jf. Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1980, s. 12. Habermas har i flere omgange diskuteret Webers rationalitetsbegreb, således bl.a. *Theorie des kommunikativen Handelns I*, kap II, samt de i *Faktizität und Geltung* optrykte Tanner Lectures om ret og moral, s. 541ff.

mod, når de mere generelle mål og præferencer for et jeg eller et vi skal klarlægges. Hvor det i den pragmatiske brug af fornuften er forudsat, at man ønsker noget bestemt, er det netop opgaven igennem den etiske brug af fornuften at fastlægge, hvad man *egentlig* vil. Og dermed også: hvem man *egentlig* er. Der er således selvrefleksive spørgsmål af eksistentiel og identitetsmæssig karakter involveret i etikken: hvem er jeg/vi og hvad ønsker jeg/vi at blive? hvilke af de kulturelt givne muligheder er værd at forfølge? etc. Autenticitet bliver dermed en central størrelse: man må undgå selvbedrag, og søge at knytte an til adækvate idealer og forbilleder, værdier og præferencer.

I modsætning til den pragmatiske brug af fornuften er det således karakteristisk for den etiske brug, at det reflekterende subjekt er involveret på en meget gennemgribende måde. Der er ikke længere, som Habermas formulerer det, tale om en ekstern relation mellem fornuft og vilje. Afklaringen af, hvad der i en overordnet forstand er godt for mig/os er ikke noget, man kan holde ud i strakt arm på samme måde som det er muligt i forbindelse med den tekniske eller strategiske afklaring af de bedste midler til en given målsætning.

Samtidig er det karakteristisk, at afklaringen altid sker ud fra en specifik horisont. Det er altid ud fra et første persons perspektiv, refleksionen finder sted. Det jeg eller vi, som foretager den etiske overvejelse befinder sig altid et bestemt sted, har en bestemt livshistorie, er indlejret i en bestemt kulturel *ethos* med særlige værdier og idealer. Man kan aldrig starte sine overvejelser fra et nulpunkt, kan aldrig løbe fuldstændigt fra sin forhistorie – selvom der omvendt ikke er

noget område, der principielt unddrager sig den kritiske refleksions søgelys. Etikken har således klare narrative træk: vi tilstræber at gøre den fortælling, som vort eget liv eller vort fælles liv udgør, så god eller tilfredsstillende eller passende, som det nu er muligt under de givne omstændigheder.

I den *moralske* brug af fornuften forskydes perspektivet imidlertid fra dette ego-centrerede jeg/vi-perspektiv. Fornuften agerer moralsk, når den tager sigte på at levere en upartisk vurdering af overordnede samlivsnormers rimelighed ud fra universalistiske principper baseret på gensidig respekt. Pointen er, at ethvert vi altid rummer en flerhed af individer eller grupper med uens fortællinger, livsformer og etiske eksistentielle perspektiver, men samtidig hver især med et ensartet ønske om selvbestemmelse i overensstemmelse med egne idealer for selvrealisation.

Denne forskellighed betyder, at man gennem den moralske brug af fornuften må kunne sætte sig ud over sit eget egocentrerede udgangspunkt og sine egne livsformsbetingede præferencer og værdier. Man må være villig til at sætte sig i andres sted og tage hensyn til disse andres livsværdier, når man skal vurdere en samlivsnorms moralske acceptabilitet. Normen må være ligmæssigt god for alle uafhængigt af valg af livsform. Som hos Kant kommer spørgsmålet om universaliserbarhed og i tilknytning hertil spørgsmålet om retfærdighed derved i centrum. Samtidig er der imidlertid nogle væsentlige forskelle mellem Habermas' og Kants tolkning af moralen. Forskelle, der er væsentlige for forståelsen af, hvorfor Habermas er så optaget af netop *samtalens* fornuft.

III Samtalens rolle

Først og fremmest giver Habermas i modsætning til Kant moralprincippet en form, som udelukker afgørelser i den enkeltes *foro interno*. Det er ikke længere som hos Kant den enkelte, der ved hjælp af det kategoriske imperativ skal afgøre en maximes acceptabilitet. Først i en fri og åben samtale mellem alle berørte kan moralsk gyldighed fastslås⁹. Det centrale ærinde i denne tolkning er at få fjernet enhver rest af ego- eller etnocentriske præferencer. Kun ved at formulere moralprincippet på en måde, så en afklaring af moralsk legitimitet fordrer samtale mellem alle potentielt berørte, bliver dette muligt.

Samtidig – og med et lignende sigte – ind sætter Habermas et ekstra led i sin tolkning af den moralske fornufts virkemåde. Hvor det hos Kant er den subjektive handlingsmaxime, der skal testes, er det hos Habermas den moralske norm. Pointen er den, at den moralske norm vil være langt mere uafhængig af den konkrete situation og af den kulturelle baggrund end den subjektive handlingsmaxime. I normen er der abstraheret fra alle specifikke kendetegn såvel ved de aktører, normen skal anvendes af, som ved de situationer, normen tænkes anvendt i. Der ved synes det muligt at overskride enhver historie- og livsformsspecifik binding.

Indførelsen af den moralske norm betyder dermed også, at den moralske argumentation må tolkes som en toledet størrelse.

På den ene side *normbegrundelsen*, der tage sigte på at formulere og teste moralnormer, hvoraf i det mindste nogle gør fordring på universel gyldighed, på den anden side *anvendelsen* af disse normer på historisk specifikke forhold. For Habermas bliver det således ikke alene selve *the moral point of view* (der hos Kant defineres af det kategoriske imperativ), men tillige en række almene samlivsnormer, der kandiderer til universel anerkendelse.

Samtalen tillægges i denne tolkning en central rolle på mindst to ledder. For det første bliver samtalen den afgørende test på gyldighed. Afprøvningen af gyldighedsfordringer gennem samtale bliver i den habermas'ke tolkning overhovedet en eksplikation af, hvad vi forstår ved at "indløse" fordringer på gyldighed¹⁰. Der kan ikke gives noget eksternt kriterie på gyldighed, som går forud for samtalen; samtalen bliver selv kriterium. Spørgsmålet om fornuftighed tolkes således "proceduralt": opnåelse af fornuftige resultater (rimelige normer, regler eller afgørelser) gøres ikke blot afhængigt af argumenters kvalitet, om der altså er tale om gode grunde, men tillige af, om de er opnået gennem procedurer, som efterlever samtalsens indbyggede forudsætninger. Det er en pointe, der er af central betydning for tolkningen af rettens legitimitet.

Som konsekvens af samtalsens centrale placering bliver Habermas' svar på det kategoriske imperativ, den såkaldte universaliseringsgrundsætning¹¹, formuleret som

9 Jf. bl.a. *Faktizität und Geltung*, s.138.

10 Jf. "Ein Interview mit der New Left Review", i: *Die neue Unübersichtlichkeit*, Ffm 1985, s. 227f.

11 Jf. "Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm", i: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Ffm 1983, s. 103, og "Erläuterungen zur Diskursethik", i bogen af samme navn *op.cit.*, s. 138f. Hertil også Klaus Günther: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Ffm1988, s. 50ff.

en argumentationsregel. Universaliseringsgrundsætningen ('U') lyder nogenlunde som følger: En norm bør kunne finde anerkendelse blandt deltagerne i en praktisk diskurs, når de følger og bivirkninger for hver enkelt, der forudsigeligt og alt andet lige vil være resultatet af en almen efterlevelse af normen, tvangsløst vil kunne accepteres af alle berørte. Kun denne eller tilsvarende argumentationsregler kan i følge Habermas danne basis for den moralske normdannelse.

Habermas forsøger med sin pointering af samtalen og med formuleringen af den formelle regel 'U' at leve op til, hvad han betegner som en post-metafysisk eller post-konventionel tids fordringer. Under stikord som "rationalisering af livsverdenen" og "sprogliggørelse af det sakrale" har han i flere runder pointeret det skred, som sker med problematiseringen af det, der har været tabuiseret, dogmatiseret eller på anden måde principielt holdt udenfor diskussion. I en tid, hvor alle metafysiske verdenstolkninger, der ville kunne understøtte fundamentalistiske – hvilket her vil sige: indiskutable – konklusioner på etikens og moralens område, kan bringes i tvivl og bliver udsat for fallibilismens syreangreb, synes kun den offentlige og i princippet ubegrænsede samtale tilbage som fælles referencepunkt for afklaring af moralske problemer. Der findes ingen privilegeret teori, der kan unddrage sig kritik, og intet privilegeret sted udenfor samtalen, hvorfra spørgsmål om ret og uret endegyldigt kan afgøres; normer og konklusioner må kunne underbygges med alment acceptable

grunde. Grundenes acceptabilitet afprøves gennem de principielt ubegrænsede samtaler.

Der er imidlertid endnu en måde, hvorpå samtalen får en central placering. Det er således ikke en hvilken som helst samtale, der kan teste gyldighed. Samtalen må foregå "herredømmefrit", under tilstrækkeligt ideale betingelser, for at kunne spille rollen som kriterium. For den, der optræder som seriøs deltager i etisk eller moralsk diskussion, må opfyldelsen af disse betingelser således være det allerførste krav. Overhovedet må kravene være forudsat opfyldt af samtals deltagerne, selv om de reelt ikke er det fuldt ud, for at deltagerne kan indgå på en fri og utvungen måde i diskussionen. Hvis man imidlertid allerede på denne måde gennem deltagelse i samtale "kontrafaktisk" forudsætter forhold, som kan have afgørende betydning for samtals konklusioner, må disse forudsætninger afdækkes. Man kan således ikke lave konklusioner under samtalen, som demteres af samtals egne implicite forudsætninger, uden at begå, hvad Habermas i tilknytning til Karl-Otto Apel betegner som en pragmatisk fejlslutning¹².

Det er en central tese hos Habermas, at der er sådanne indflydelsesrige forudsætninger indbygget i samtalen. For det første pointeres det, at i og med at alle har lige ret til at blive hørt og taget alvorligt i samtalen – samtalen er åben i den forstand, at ingen på forhånd må udelukkes fra at deltage – må det tillige forudsættes, at konklusionerne må kunne accepteres af alle berørte. Hvilket kun synes muligt, hvis der tages ligemæssigt

12 Klassikeren er her: K.-O. Apel: "Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik", i: *Transformation der Philosophie Bd. 2*, Ffm 1973.

hensyn til alles interesser. Det er derfor, han kan tolke 'U' som en alternativløs argumentationsregel i forbindelse med normbegrundelser. Kun denne eller tilsvarende regler kan villes af alle deltagere i den form for samtale – hvis deltagerne vel at mærke tager de forudsætninger alvorligt, som er givet af samtalen selv.

For det andet udspringer der en række indirekte fordringer af kravet om at opfylde den fornuftige samtales mulighedsbetingelser. Det må således tilstræbes, at samtalsdeltagere også udenfor samtalen i videst muligt omfang har mulighed for at leve under omstændigheder, der gør dem egnede til eller i det mindste ikke hindrer dem i at medvirke i samtalen. Herredømmeforhold udenfor samtalen vil uvægerligt sætte spor indenfor samtalsrummet. Hvilke betingelser, der skal opfyldes for at opnå en tilstrækkelig grad af frihed, vil i sig selv være genstand for diskussion, en konkret tolkning af samtalsnormative fordringer i relation til historisk-specifikke forhold.

Som nævnt rummer den moralske argumentation i Habermas' tolkning to trin, normbegrundelsen og normanvendelsen. 'U' kan imidlertid kun anvendes i forbindelse med formuleringen og begrundelsen af almene moral-normer – hvilket deres abstrakthed taget i betragtning sjældent vil være den mest kontroversielle del af etisk-moralske samtaler¹³. Det er snarere i anden runde, hvor de begrundede normer søges tolket og anvendt i relation til specifikke forhold, at kontroverser vil opstå. Her vil der imidlertid være tale om en anden type argumentation. Dels skal situationen tolkes

på en måde som gør den egnet til moralsk vurdering, dels skal det afgøres hvilke af de potentielt anvendelige normer, der er mest relevante eller bedst egnede i det givne tilfælde, og endelig skal de adækvate normer anvendes på en måde, der gør det muligt at tage konkrete beslutninger.

Også i en anvendelsessammenhæng vil samtalen imidlertid være et centralt reference-punkt, for så vidt som der heller ikke her kan angives faste eksterne kriterier, ligesom samtalsdeltagere også her vil have indflydelse på resultatet. Det gælder i første omgang kravet om upartiskhed: i og med at den åbne samtale er ultimativt kriterie, må alle berørte som deltagere i samtalen tilkendes et ligemæssigt krav på hensyntagen. I stedet for 'U' træder imidlertid her, hvad Habermas i tilknytning til Klaus Günther kalder et rimeligheds- eller adækvathedsprincip¹⁴. Den af de abstrakte moral-normer, som er mest adækvat i en given situation må identificeres og oversættes til beslutning eller handling i den konkrete situation. Den dekontekstualiserede moral-norm bliver på denne måde i den konkrete anvendelsessituation rekontekstualiseret. Det betyder samtidig, at moralen må forbindes med såvel det pragmatiske som det etiske i den ovennævnte betydning. Den eller de moralske normer, som vil være bedst egnede i en given situation, må appliceres under hensyntagen til de berørtes interesser såvel som til den specifikke kulturelle og samfundsmæssige sammenhæng. Det er først og fremmest her, vi kommer i øjenhøjde med retten.

13 *Faktizität und Geltung*, s. 145.

14 Jf. hertil: Klaus Günther *op.cit.*

IV Moral og ret

Når man ser på forskellen mellem ret og moral er der en række forhold, som falder i øjnene¹⁵. For det første kan retsregler sættes i og ud af kraft på en måde, som ikke er mulig for moralske normer eller forpligtelser. Når retsreglerne er sat i kraft gennem bestemte, lovmæssigt fastlagte procedurer, gælder de; når de er sat ud af kraft gennem tilsvarende procedurer, gælder de ikke længere. Moralske normer eller forpligtelser synes ikke på samme måde at kunne vedtages og afskaffes. De kan testes i samtale, men hvis de gælder, så må de gøre det uafhængigt af enhver vedtagelse. Moralske forpligtelser synes således i højere grad at skulle erkendes eller afdækkes, hvor retsregler så langt mere åbenlyst skal konstrueres¹⁶.

Retsreglerne er samtidig konstitutive for praksis på en anderledes gennemgribende måde, end det er tilfældet med moralske pligter eller normer. Gennem retten konstrueres et institutionssystem, som ikke på nogen måde er givet af moralen selv. Retten udtrykker eller afspejler ikke blot en forudgående moral, gennem retten skabes tværtimod nye relationer. Når eksempelvis et statsorgans opgaver er fastlagt i loven, så er disse regler definerende for organet. Retten udgør således i sig selv et særligt socialt faktum, som man kan forholde sig til som noget, der består udenfor en selv. Det betyder samtidig, at man kan forholde sig til ret-

lige forpligtelser på en strategisk måde, som ikke er mulig i forhold til moralske forpligtelser. Retten angår tilsvarende primært de ydre relationer mellem mennesker, som også Kant pointerede det i sin retslære. Det er den ydre overensstemmelse med loven snarere end den indre hensigt, som er afgørende. I det mindste er det direkte motiv til overholdelse af loven irrelevant.

Endelig er retsregler knyttet til truslen om ydre sanktioner fra statsmagtens side, mens moralnormer i bedste fald er knyttet til truslen om indre sanktioner i form af skyld, skam og samvittighedsnag. Sanktioneringen forstærker rettens karakter som ydre faktum. Man kan i modsætning til de indre sanktioner forholde sig kalkulerende til truslen om og risikoen for ydre sanktioner.

Hertil kommer så en fjerde forskel, som har med Habermas' særlige moralopfattelse at gøre. Som skitseret ovenfor er moralen i den habermas'ke tolkning overordentlig abstrakt, fordi den skal udskille en kerne af normer eller principper, som kan gøre krav på gyldighed uafhængigt af eller under abstraktion fra den konkrete livsform eller samfunds-formation. Retten er i modsætning hertil altid langt mere konkret og specifikt relateret til en given formation. Der er altid tale om et bestemt retssamfund med særlige livsformer, målsætninger og interesse-sammensætninger. Retten må følgelig trække på andre kilder end moralen, nemlig de, der i Habermas' terminologi betegnes

15 Habermas behandler især forholdet mellem ret og moral i kap. III, afsn. II i *Faktizität und Geltung*, s. 135ff, jf. også s. 190ff. Diskussionen er bl.a. inspireret af Kants *Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* fra 1796. Hertil også Albrecht Wellmer: *Ethik und Dialog*, Ffm 1986, s. 114ff og Klaus Günther *op.cit.* s. 314ff.

16 *Faktizität und Geltung*, s. 194

som pragmatiske og etiske hensyn og overvejelser. Retten skal ikke blot være i overensstemmelse med eller adækvat i forhold til de moralske principper. Den skal tillige både afspejle den samfundsmæssige *ethos* på autentisk vis, være fair i relation til de givne interesse-konstellationer og tage højde for gennemførligheden og effektiviteten af de enkelte bestemmelser. I retten forenes moral, etik og pragmatik således i vekslende konfigurationer¹⁷.

Disse forskellige særtræk ved retten er tæt knyttet til det, Habermas kalder rettens tredobbelte aflastning af den moralske aktør¹⁸. En sådan aflastning er af flere grunde blevet tvingende nødvendig under det, han betegner som post-konventionelle betingelser. Dels overstiger de komplekse samfunds virkemåde i stigende grad det enkelte individs gennemskuelsevne, så det bliver stadigt vanskeligere at følge sine beslutninger til bunds. Og samtidig er moralbevidstheden i stigende grad blevet frigjort fra traditionalistisk tilvænnede praksisformer, så de gode grundenes svage motivationskraft i højere grad skal bære de moralske forpligtelser igennem. I stedet for traditionens selvfølgelige forening af praksis og normativitet, er den moderne moral alene hægtet på den enkeltes samvittighed. Det er dette skrøbelige fundament, retten kan træde til og understøtte.

For det første aflaster retten kognitivt. I og med at en lov regulerer en bestemt type forhold på en bestemt måde, slipper det enkelte individ for den byrde, det er forud for enhver beslutning at skulle opsøge alle de relevante hensyn og sagsforhold, der er

nødvendige at tage i betragtning, før man kan afgøre, hvordan det vil være rimeligt at ordne et givet forhold. Retten regulerer ganske enkelt forholdene på en bestemt måde.

For det andet aflaster retten individet i kravet om moralsk ansvarlighed og viljestyrke. I og med at retten er statsligt sanktioneret, behøver det end ikke længere være et moralsk ansvar, der driver værket for den enkelte rettighedsbærer eller "retsperson". Retten regulerer som nævnt primært de ydre relationer mellem retssubjekterne. Om det er ansvarlighed eller frygten for sanktioner, der er handlingsmotiverende, er således ligegyldigt, når blot loven overholdes. Sanktioneringen af retten sikrer samtidig den almene tilslutning, som er en vigtig forudsætning for, at en norm kan siges at være fuldt ud pligtig.

For det tredje aflaster retten individet ved at præcisere forpligtelser og placere ansvar på forskellige retssubjekter. Individet kan således overlade en række forpligtelser til de organer, som er specialiserede til at tage sig af netop den slags problemer. Det betyder naturligvis ikke, at retten aflaster individet fuldstændigt for enhver forpligtelse. At påtage sig videre forpligtelser, end loven foreskriver, er ikke, med Kants terminologi, pligtigt i snæver forstand, men til gengæld så meget desto mere fortjenstfuldt.

En betingelse for, at retten kan aflaste individet i dets moralske forpligtelser, er imidlertid, at retten ikke blot opfattes som et ydre socialt faktum, der lader sig beskrive i funktionalistiske kategorier; den må samtidig gøre krav på fornuftighed. Kun derved

17 Sammesteds s. 188ff.

18 Sammesteds s. 146ff.

kan den aflaste samtalen som integration-sinstans. Man skal ikke blot kunne forholde sig strategisk-konstaterende til retten, men tillige performativt-forstående, som kritisk deltager. De, der indgår i retsfællesskabet, må ikke blot forstå sig som adressater for retten, men tillige som dens autorer. Retten skal ikke blot gælde, den må samtidig kunne anerkendes som en gyldig "retfærdigheds-ressource"¹⁹. Det gælder ikke blot den enkelte bestemmelse, men nok så meget retten som samlet system.

Kravet om fornuftighed må imidlertid aflæses i sammenhæng med det skifte, Habermas forsøger at foretage fra en monologisk (eller "bevidsthedsfilosofisk") til en kommunikativ fornuft. Pointen er den, at fornuftigheden ikke altid umiddelbart lader sig bedømme eller aflæse af den enkelte deltager, ligeså lidt som retten som helhed lader sig aflæse som et mere eller mindre vellykket udtryk for et samfundsmæssigt makro-subjekts fornuft²⁰. Der er som nævnt altid en flerhed af livsformer og perspektiver til stede, som skal koordineres gennem retten. Rettens legitimitet eller fornuftighed må derfor i stedet støtte sig på et rent kommunikativt arrangement: et netværk af fornuftige samtaler, hvor igennem der søges tilslutning blandt alle berørte – enten til den enkelte omstridte retsregel eller til de procedurer, hvorigennem en afgørelse om valg af regler kan træffes²¹.

Her er vi ved kernen i, hvad Habermas betegner som det diskursive eller procedurale retsparadigme: det er først og fremmest tilfredsstillende af de i bredeste forstand proceduremæssige betingelser for en demokratisk beslutning, der sikrer retten dens legitimitet²². Hertil hører ikke blot almen valgret til parlamentet, men nok så meget tilstedeværelsen af den lange række af både formaliserede og ikke-formaliserede fora for meningsdannelse – fra parlamentariske udvalg, videnskabelige høringer og konferencer over presse og medier til civilsamfundets frivillige organisationer – der tilsammen udgør et så at sige subjektløst kommunikationskredsløb²³. Det er således sikringen af, hvad Habermas i tilknytning til Hannah Arendt kalder den kommunikative magts gennemslagsmulighed, der gør retten legitim.

Habermas påtager sig på denne baggrund opgaven at forsøge at rekonstruere den post-konventionelle ret, så dens immanente kommunikative fornuft bliver synlig. Idéen er at begynde med de mest abstrakte forudsætninger og siden inddrage stadigt mere konkrete forhold, efterhånden som de trænger sig på²⁴. Hans forehavende minder på mange måder om tidligere fornuftsretslige rekonstruktionsforsøg, herunder ikke mindst John Rawls' firtrins-model i *A Theory of Justice*²⁵. Også Habermas opererer med fire trin, der repræsenterer forskel-

19 Sammesteds s. 180.

20 Sammesteds s. 17f.

21 Sammesteds s. 134.

22 Sammesteds bl.a. s. 169, 210, 320, 339, 347 og 499.

23 Sammesteds s. 170.

24 Sammesteds s. 155.

25 John Rawls: *A Theory of Justice*, Oxford 1972, s. 196ff.

lige stadier, som ideelt set må gennemløbes på vej mod etableringen af en retfærdig retsorden.

Hvor Rawls imidlertid tager udgangspunkt i antagelsen af de grundlæggende retfærdighedsprincipper i den såkaldte original-position, hvor deltagerne må abstrahere fra ethvert kendskab til konkrete forhold, består *første trin* hos Habermas dels i antagelsen af samtalen som grundprincip for afklaringen af gyldighedsfordringers rimelighed og/eller sandhed, dels i valget af selve retsformen som reguleringsprincip. Det er naturligvis ikke tilfældige valg. Med samtalen som grundprincip vælges den kritiske sprogliggørelse fremfor indiskutabel dogmatik, med retsformen vælges almenhed og ensartethed, lighed for loven, fremfor vilkårlighed og uensartethed.

Tilsammen indebærer de to valg antagelsen af en række grundrettigheder eller overordnede retsprincipper. Retssystemet skal institutionalisere netop de rettigheder, som sikrer den diskursive menings- og viljesdannelse, der danner basis for folkesuveræniteten²⁶. I Habermas' tolkning drejer det sig om 5 sådanne grundrettigheder: a) retten til størst mulig grad af lige subjektiv handlefrihed, b) retten til medlemskab i en frivillig association af retssubjekter, c) retsbeskyttelse gennem uafhængig retspleje og forvaltningskontrol, d) retten til deltagelse i de menings- og viljesdannelsesprocesser, hvorigennem borgerne udøver politisk autonomi og fastsætter den legitime ret, samt – som en afledet ret: e) retten til livsbetingelser, der socialt, teknisk og økologisk

er sikret i tilstrækkelig grad til, at ovennævnte rettigheder kan udøves på en tilstrækkeligt chancelig måde af alle borgere.

Det *andet trin* består hos Habermas (akkurat som hos Rawls) i udmøntninger eller tolkninger af grundrettighederne i form af specifikke konstitutioner. Gennem konstitutionen udmøntes de overordnede principper til konstitutionelle rettigheder på en måde, så der tages højde for de særlige forhold, som gør sig gældende lokalt. De konstitutionelle rettigheder i forskellige historiske forfatninger må således forstås som specifikke og kontekstafhængige – og dermed også kun foreløbigt fikserede – tolkninger af det samme sæt af grundrettigheder²⁷. Det *tredje trin* består i selve lovgivningen, og endelig finder vi på det *fjerde trin* retspleje og administration. På begge de to sidste trin må beslutninger tages under hensyntagen til konklusionerne fra de foregående stadier, men samtidig med reference til de særlige historiske omstændigheder, der danner baggrund for lovgivningen.

Inden jeg ser på nogle af konsekvenserne af denne tolkning af rettens grundlag, skal det noteres, at retsteoretikerens rolle forandrer sig fra det første til de efterfølgende trin. På det første trin kan teoretikeren således endnu sige, hvilke grundrettigheder borgerne nødvendigvis *må* tilkende hinanden for så vidt de på den ene side vil anvende retsformen som organisationsprincip og på den anden side vil undgå at basere sig på religiøse eller principielt indiskutable metafysiske grunde²⁸. På de efterfølgende trin er det derimod borgerne selv, der gennem

26 *Faktizität und Geltung*, s. 134f og 209.

27 Sammesteds s. 162.

28 Sammesteds s. 160 og 166.

samtale og/eller selvvalgte procedurer afgør, hvordan de vil organisere sig, omend såvel selve retsformen som kravet om afprøvning af gyldighedsfordringer i fælles samtale sætter begrænsninger for mulighederne. Teoretikeren kan her på den ene side optræde som pladsholder i forhold til udgangs-punktet, som vagthund for opretholdelsen af demokratiske procedurer, herunder for sikringen af uformelle fora for fornuftig samtale. På den anden side kan teoretikeren optræde som deltager i retsudviklingen på linie med alle andre borgere, hvad enten det er som direkte berørt eller som særligt kompetent deltager i relation til specifikke reguleringer.

V Konsekvenser af det procedurale retsparadigme

Ved at gøre samtalen til omdrejningspunkt undgår Habermas først og fremmest at skulle vælge side i det konkurrenceforhold mellem almenvilje og subjektive rettigheder, som ofte optræder i den natur- og/eller fornuftsretlige tradition²⁹. I den *liberale* del af traditionen er det således karakteristisk, at pointeringen af individets privatautonomi og af dets afværgerettigheder overfor statsmagten og et muligt flertalstyranni har første prioritet. De før-politiske rettigheder antages at være mere grundlæggende end den politiske suverænitet, og sætter således grænser for den politiske viljes legitime muligheder. Overhovedet finder man her en

generel skepsis overfor den politiske magt, og følgelig et overordnet ønske om at begrænse dens indflydelsessfære. I den *republikanske* del af traditionen pointeres omvendt den kollektive viljesdannelse i folkesuveræniteten, og anerkendelsen af de subjektive rettigheder gøres således afhængig af den fælles vilje som en traditions-given livsforms udtryk.

Her overfor kan Habermas insistere på den private og statsborgerlige autonomi lige grundlæggende status og gensidige henvisethed³⁰. Begge er de nemlig forudsætninger for den diskursive menings- og viljesdannelse, der som "rettens substrat" danner grundlag for folkesuveræniteten. Uden sikring af de statsborgerlige deltagelsesrettigheder kan folkesuveræniteten ikke komme til udtryk og sætte sig igennem på legitim vis. Uden privat autonomi i forhold til statsmagten kan den herredømme-frihed, som er betingelsen for de fornuftige samtaler, der ligger til grund for suveræniteten, imidlertid heller ikke sikres.

Mere generelt kan Habermas med sin diskursive tolkning profilere sig i forhold til såvel den liberale som den republikanske tradition på en række punkter³¹. Overfor den *liberale* tradition, der tager udgangspunkt i de isolerede, strategisk tænkende individer, der indgår en samfundskontrakt til fælles fordel, og hvor den demokratiske proces' rolle er at aggregere de mange privatinteresser dels gennem kompromiser dels gennem en fair, men konkurrencebase-ret politisk kamp, pointerer han således den politiske menings- og viljesdannelses kom-

29 Jf. hertil sammesteds s. 129ff.

30 Sammesteds s. 134f.

31 Hertil især sammesteds s. 326ff og 359ff.

munikative træk. I den politiske samtale søger man at udskille netop de begrundelser, som er mulige at forsvare offentligt, hvilket bl.a. betyder, at kun de privatinteresser, som gennem samtalen kan anerkendes som alment acceptable, kan forvente at blive respekteret. Ved at gøre den politiske samtale til centrum tvinges borgerne således til at optræde på ikke-strategisk vis, som statsborgere under almenhedens vinkel, selvom netop den retlige institutionalisering muliggør, at den enkelte borger kan agere strategisk i forhold til egne privatinteresser ved f.eks. stemmeafgivning.

Med udgangspunkt i sin diskursive tolkning af retten har Habermas også et andet angrebspunkt overfor den liberale tolkning. Hvor den liberale tradition kun kan se socialstatslige virkemidler som afværgeforanstaltninger, der kan sikre mod oprør og angreb mod den private ejendomsret og det frie markedsvælg, understreger han således i stedet nødvendigheden af en materiel sikring af alle borgere som betingelse for deres deltagelse i den fælles menings- og viljesdannelse. Markedet kan ikke tolkes som en magtfri sfære, sådan som det er forudsat i den liberale model. Privatretlig lighed vil derfor ikke i sig selv være tilstrækkelig garanti for den faktiske ligestilling, som samtalen fordrer. Kun ved på anden måde at sikre et materielt grundlag for udøvelse af subjektiv valgfrihed³², kan alle borgere ligemæssigt deltage i den politiske viljesdannelse.

Habermas er naturligvis ikke blind for den fare, som ligger i klientgørelsen af de borgere, hvis eksistens gøres afhængig af

velfærdsstatslige ordninger. I *Theorie des kommunikativen Handelns* beskrives det netop som et af de fænomener, der opstår gennem det systemiskes kolonisering af livsverdenen. Dilemmaet opstår, når de velfærdsstatslige reguleringer, der sigter mod en materiel sikring, foretages med midler, der på paternalistisk vis indskrænker det private råderum for de, der berøres af reguleringen³³. Sådanne problemer diskvalificerer imidlertid ikke det velfærdsstatslige arrangement som sådant. Det afgørende vil snarere være, at det gøres muligt for de berørte selv at identificere de områder, hvor en kolonisering gør sig gældende, og at der åbnes kommunikative kanaler for indflydelse. Det centrale kriterium vil være, om de anvendte midler diskvalificerer de berørtes medvirken i den fælles menings- og viljesdannelse.

I den *republikanske* tradition tolkes den politiske viljesdannelse modsat liberalismen som fællesskabets refleksions- og selvbestemmelsesproces. I folkesuveræniteten bestræber en specifik livsform sig på at finde et adækvat politisk udtryk. Det er følgelig ikke primært afværgerettigheder, der står i centrum, men derimod deltagelsesrettigheder: retten til at medvirke i de etisk-politiske samtaler, som med udgangspunkt i en fælles horisont og forhistorie bestemmer det fremtidige samlivs former. Det politiske fællesskab tolkes således som et makrosubjekt, der organiserer sig selv efter traditionsbestemte kriterier. Legitimiteten udspringer af overensstemmelse med den folkelige selvforståelse; i stedet for den liberale traditions *aggregerede* fællesvilje tolkes folke-

32 Sammesteds s. 486f.

33 Hertil sammesteds s. 501ff.

suveræniteten i republikanismen som en *autentisk* fællesvilje.

Habermas pointerer her overfor fælleskabets inhomogenitet. I moderne, komplekse samfund er det ikke muligt at tale om tradition og livsform i éntal. Legitimiteten kan derfor ikke uformidlet knyttes til et fællesvæsens autentiske selvforståelse – der til er den alt for brudfyldt – men må baseres på et proceduremæssigt arrangement, hvortil alle har ligemæssig adgang. “*Det selvorganiserende retsfællesskabs ‘selv’ forsvinder i de subjektløse kommunikations-former, der regulerer den diskursive menings- og viljesdannelse på en sådan måde, at dens fejlbarlige resultater kan bære forventningen om fornuftighed*”³⁴. Dette er alene muligt gennem en retlig sikring ikke blot af almene deltagelsesrettigheder og indflydelsesmuligheder, men tillige af privat autonomi og af et statsafhængigt civilsamfunds selvberørende organisationer.

Den grundlæggende idé er således den, at den demokratiske retsstats legitimitet afhænger af den kommunikative magts frie spillerum og gennemslagsmuligheder. Hertil fordres ikke alene almen stemmeret til de formelle beslutningsfora – parlament etc. – men tillige tilstedeværelsen af retligt sikrede frivillige associationer og uformelle fora for samtale. Vi er her tilbage ved offentligheden, eller rettere: netværket af forskelligartede offentligheder, som samfundets centrale integrations-instans. Offentlighederne

er samfundets koordinationscentraler, og udgør samtidig et informelt varselssystem med følsomme sensorer, der registrerer, identificerer og tematiserer de problemer, som fordrer beslutning og evt. retlig regulering i det formelle politiske system³⁵.

Pointeringen af denne bredt forståede kommunikative magts retligt sikrede gennemslagsmuligheder som den afgørende legitimationsgrund fører for Habermas samtidig til en vis omfortolkning af både forvaltningens og retsplejens status. I den klassiske magtdelingsteori optræder således en arbejdsdeling mellem den *lovgivende* magt, der fastlægger love og målsætninger gennem politisk beslutning, den *dømmende* magt, der løser handlingskonflikter gennem subsumtion under gældende lov, og den *udøvende* magt, der på pragmatisk og omkostnings-effektiv vis implementerer de parlamentarisk fastlagte love og målsætninger. For såvel administration som domstole gælder imidlertid det fælles problem, at lovgivningen og den politiske målsætning ofte – og i stigende grad – er for ubestemt til, at en subsumtionslogisk tolkning rækker: der er behov for en form for supplement til lovgivningen fra de øvrige dele af statsapparatet. Såvel administration som domstole synes dermed tvunget til at anvende begrundelser, som i den klassiske magtdelingsteori er forbeholdt den lovgivende magt³⁶.

For *administrationen* er det afgørende

34 Sammesteds s. 365.

35 Sammesteds s. 435ff.

36 Dette aspekt behandles også af Jørgen Dalberg-Larsen i artiklen “Habermas om retten og den demokratiske retsstat”, i: *Dansk Sociologi*, nr. 4/5, Kbh. 1994, s. 79ff. Så vidt jeg kan bedømme, fejltolker Dalberg-Larsen Habermas, og kritiserer ham for at overse problemer, som ellers netop synes at være helt centrale for Habermas. Det gælder først og fremmest problemet med lovenes ubestemthed. Dalberg-Larsen synes reelt mere enig med Habermas, end han selv tror.

problem, at den pålægges en række opgaver, hvor det pragmatiske effektivitetssynspunkt ikke er tilstrækkeligt. Med rettens øgede ubestemthed i form af rammelovgivning etc. fordres i stigende grad brug af normative grunde udenfor lovgivningens område³⁷. Den lovgivende magt har så at sige uddelegeret områder til forvaltningen, som ikke alene kan varetages på "ekspertokratisk" vis. På en række områder som planlægning, omsorgsfunktioner, afværgelse af risici etc. må forvaltningen således agere på selvstændig vis på basis af grunde, der i den klassiske tolkning er forholdt lovgivningsmagten.

I og med at Habermas forskyder fokus fra den specifikt institutionaliserede politiske centralmagt til det åbne netværk af samtaler, den kommunikative magts subjektløse kredsløb, rejser denne forandring af administrationens rolle imidlertid først et problem i det øjeblik, administrationen begynder at operere i lukkede kredsløb, der fungerer efter rene magtkriterier og udelukker kontrol og offentlig kritik. Det afgørende problem består således ikke i selve decentraliseringen af beslutningerne og administrationens forøgede opgavebyrde – tværtimod kan det medvirke til at øge kontekstsensibiliteten – men derimod i, om den kommunikative magt bevarer muligheden for at virke ind i de tilfælde, hvor illegitime magtkredsløb truer med at sætte sig igennem. Alene i det omfang en retligt sikret mistroisk, mobil, årvågen og informeret offentlighed³⁸ i forening med civilsamfundets frivillige, behovsartikulerende organi-

sationer gives mulighed for indflydelse på de politiske kerneområder, kan faren undgås. Hvorledes den civilsamfundsmæssige periferis indflydelse på centralmagten skal sikres retligt er et vedvarende åbent spørgsmål, som kun kan løses specifikt i relation til det enkelte problemområde.

Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt, at Habermas i modsætning til den noget kultur-pessimistiske udgang i *Strukturwandel der Öffentlichkeit* med tesen om offentlighedens forfaldssymptomer, i såvel forordet til nyudgivelsen som i *Faktizität und Geltung* formulerer sig langt mere positivt om civilsamfundets gennemslagsmuligheder. Ganske vist finder vi den samme skepsis overfor massemediernes generelle rolle "i hviletilstand" som 30 år tidligere; i modsætning til den klassiske offentlighedside er den massemedie-dominerede offentlighed nu som før karakteriseret ved en passificering og tilskuergørelse af sit publikum. Denne skepsis er imidlertid nu suppleret med understregningen af, at de civilsamfundsmæssige aktører i krisesituationer faktisk *kan* overtage en overraskende aktiv og konsekvensrig rolle, hvortil også massemediernes kan tages i anvendelse³⁹.

Anderledes end for administrationen stiller spørgsmålet om lovens ubestemthed sig for *domstolene*. Habermas knytter her an til den amerikanske retsteoretiker Ronald Dworkin, der i et centralt kapitel i bogen *Taking Rights Seriously* behandler spørgsmålet om *hard cases*, dvs. sager, hvor reglerne er uklare eller modsætningsfyldte, og/eller hvor tidligere afgørelser synes at

37 *Faktizität und Geltung*, s. 526.

38 Sammesteds s. 532.

39 Sammesteds s. 451 og 460.

stride mod almindeligt anerkendte retsprincipper⁴⁰. I det første tilfælde er spørgsmålet, om den dommer, der dømmer i sådanne vanskelige sager, selv bliver tvunget til at påtage sig rollen som ikke-demokratisk valgt lovgiver og opfinde nye rettigheder efter selvvalgte politiske kriterier – hvorved de anklagede risikerer at blive dømt efter bestemmelser, de ikke på forhånd kan have haft kendskab til. I det andet tilfælde er spørgsmålet, om dommeren skal sigte mod retssikkerhed, forstået som overensstemmelse med hidtidig praksis på området, hvor inadækvat denne end måtte synes at være, eller om han skal bestræbe sig på at stoppe fejltagelsernes fortsatte virkningshistorie og træffe den afgørelse, som han mere eller mindre uafhængigt af hidtidig præcedens selv finder mest rimelig.

Dworkins svar kan kort skitseres på flg. måde. I første runde skelner han mellem *arguments of principle*, der tager udgangspunkt i rettigheder, og *arguments of policy*, der tager udgangspunkt i målsætninger. Dommeren må altid tage udgangspunkt i den første type argumenter, og knytte an til alment anerkendte og velbegrundede retsprincipper, der i sidste instans er retfærdiggjort af en moralsk fordring om ligemæssig agtelse og hensyntagen til enhver. Et af disse principper er imidlertid kravet om lighed for loven, og dommeren må derfor bestræbe sig på at forbinde egne afgørelser med tidligere afgørelser på området. De tidligere afgørelser må blot ikke accepteres på deres *face value*, begrundelserne vil være afgørende, og en ændring i forhold til præcedens bliver mulig, hvis det kan godtgøres, at

andre principper end de, der tidligere er lagt til grund, i det foreliggende tilfælde bør tillægges en afgørende vægt. Tilsvarende fordrer domme på områder, hvor reglerne er uklare og modsætningsfulde, og hvor der end ikke er oplagte fortilfælde, begrundelser, der på kohærent vis knytter dommen sammen med det samlede retssystemets målsætninger og grundprincipper.

Sådanne begrundelser stiller imidlertid omfattende krav til dommeren. Han må ideelt set være, hvad Dworkin kalder en Herkules af overmenneskelig kunnen, lærdhed, tålmodighed og skarpsindighed⁴¹. Hans opgave er nemlig som grundlag for sine beslutninger at udvikle en teori om retssystemets virkemåde som helhed set i lyset af de principper og målsætninger, som i sidste instans udspringer af den almene agtelse og hensyntagen, aflæst under de givne betingelser. Dommeren Herkules må således forsøge at betragte retssystemet som et kohærent system, "et sømløst væv", på trods af de modsætninger, som uundgåeligt vil være til stede. Hertil fordres en rekonstruktiv tolkning, der nedtoner eller direkte ser bort fra områder, som i lyset af den samlede teori må opfattes som fejlslagene.

Dworkin påpeger, at hver enkelt dommers selektive rekonstruktion og dermed også afgørelser vil adskille sig fra andres. Det betyder imidlertid ikke, at der blot vil være tale om privat-præferencer; tværtimod er dommeren forpligtet til på basis af det eksisterende retssystem at søge at etablere den bedst mulige basis for sin domfældelse. Dommen skal på en logisk og alment tilgængelig – og dermed kritisabel – måde

40 Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Harvard 1977, kap. 4: "Hard Cases".

41 Jf. hertil sammesteds s. 105ff.

kunne føjes ind i det samlede system, fortolket (i reglen: kontrafaktisk) som en både retfærdig og kohærent helhed. Dommeren er således ikke en decisionistisk lovgiver, men en rekonstruktiv fortolker, hvis fortolkninger altid vil være åbne for kritik.

Man må spørge sig, om en sådan tolkning ikke giver problemer i forhold til retssikkerheden. På ét niveau gør den utvivlsomt: det vil ikke altid være muligt på forhånd éntydigt at afgøre, hvordan afgørelser vil falde ud. Det betyder, at kravet om forudsigelighed ikke fuldt ud kan opfyldes. Uopfyldeligheden giver sig i en vis udstrækning allerede af lovgivningens ubestemthed, men forstærkes gennem understregningen af, at tidligere afgørelser ikke uden videre skal accepteres på deres *face value*, fordi præmisserne må underkastes en kritisk vurdering i lyset af en ny situation og i lyset af den enkelte dommers retsforståelse. Som svar på de indvendinger, som denne usikkerhed måtte rejse, bemærker Habermas i første omgang, at retssikkerheden i stedet må ses at befinde sig på et andet niveau. Hvad der kan og må sikres, er således ikke éntydige garantier med hensyn til udfaldet, men i stedet retten til så fair og upartisk en retsprocedure, som det vil være muligt. En procedure, der er således tilrettelagt, at det så vidt muligt vil være det bedste arguments styrke, der giver udslaget⁴².

Samtidig vender Habermas sig mod Dworkins beskrivelse af Herkules som et ensomt heroisk individ, der på egen hånd foretager en næsten overmenneskelig teoriudvikling. Derved gøres legitimiteten nem-

lig – på aristotelisk vis – afhængig af personlige dyder, som i praksis vil være svære at efterleve for almindelige, fejlbarlige dommere af kød og blod, snarere end af procedurale forudsætninger. Herkules må derfor i stedet forstås som deltager i et tolkningsfællesskab, der ikke blot omfatter en mere eller mindre lukket og selvlegitimerende juridisk embedsstand, men som principielt må holdes åben for eksterne indvendinger. Herkules vil således være opdraget i en profession, der i kritisk samtale med de omgivende offentligheder må antages at have udviklet nogenlunde ensartede standarder for udlægning, tilstrækkeligt ensartede retsforståelser, procedurenormer etc. Derved mindskes også uforudsigeligheden af den juridiske afgørelse.

Helt forsvinde kan den dog aldrig. Dertil er rettens system i udgangspunktet alt for inkohærent. Med nye konfliktfelter opstår nye reguleringsmåder ved siden af de gamle, hvorved der også uvægerligt vil opstå spændinger i systemet. Det betyder også, at der trods alt er grænser for, hvor store forhåbninger man kan stille til samstemthed i embedsstandens virkemåde. Det gælder ikke mindst, når nye altomfattende krav om hensyntagen dukker op på arenaen. Et godt eksempel herpå er miljølovgivningen, der i princippet rækker ind over alle samfundsmæssige forhold med sine ganske markante fordringer om bæredygtighed, forsigtighed, renere teknologi etc.⁴³ Det er således oplagt, at der indenfor den juridiske embedsstand selv vil være strid om, hvor vidtgående man ved konkrete afgørelser

42 *Faktizität und Geltung*, s. 270.

43 Jf. hertil bl.a. Ellen Margrethe Basse: "Beviskrav og konsekvensvurderinger inden for miljøretten", i: *Retlig polycentri*, red. Peter Blume og Hanne Petersen, Kbh. 1993.

bør tolke den vægt, der i følge Miljøbeskyttelsesloven skal lægges på, hvad der er opnåeligt ved den mindst forurenende teknologi set i et livscyklus-perspektiv. Her, såvel som på tilsvarende områder, forekommer der mig i højere grad, end Habermas lægger op til, at være brug for kreative Herkules'er, der gennem nytolkninger af rettens system åbner op for ændrede kohærensers.

VI Nogle kritiske bemærkninger

Der er naturligvis en lang række kontroversielle elementer i Habermas' tolkning. Jeg skal i dette afsluttende afsnit begrænse mig til nogle af de mere basale problemer i det samtaleteoretiske projekt. Lad mig indledningsvis nævne det problematiske i at bruge en quasi-juridisk model på hele moralens område, således at et bredt katalog af positivt formulerede, abstrakte normer kommer til at optræde som et centralt element, og begrundelses- og anvendelsesdiskussioner holdes skarpt adskilt. Det er således tvivlsomt, om sådanne abstrakte normer overalt har den centrale betydning i forbindelse med moralske afgørelser, som Habermas tillægger dem⁴⁴.

Under alle omstændigheder synes det ikke først at være i kraft af tilstedeværelsen af positivt formulerede normer, at bestemte afgørelser bliver moralsk tvivlsomme. Normen synes kun at være et sekundært fænomen. Det der i én situation er rigtigt eller

forkert at gøre, vil også være rigtigt eller forkert i alle andre situationer, der ligner i alle relevante henseender. Vi kan gøre en norm ud af det – forstået enten som eksempel eller som regel – men normen er ikke det afgørende. Det er eksempelvis ikke fordi, man har en norm om ikke at slå ihjel, at det i de allerfleste situationer vil være forkert at slå ihjel. Tværtimod er faren ved formuleringen af generelle moralnormer, at moral derved bliver gjort til noget, der kan anvendes i et strategisk og/eller moraliserende ærinde. Netop i relation til retlige sammenhænge, som er temaet i bogen *Faktizität und Geltung*, bliver det dog anderledes plausibelt at pointere en række positivt formulerede normer, sådan som de eksempelvis er tolket i menneskerettigheds-erklæringer etc., og jeg skal derfor ikke diskutere punktet videre her.

For det andet er det tvivlsomt, i hvor høj grad Habermas kan anvende samtaleens nødvendige, men uudtalte forudsætninger som basis for at udelukke ikke-universalistiske argumenter fra moralbegrundelsen. Som Albrecht Wellmer meget præcist har indvendt, så er den universalistiske morals pointe, at alle personer uanset argumentationsevne må anses for mål i sig selv, mens samtalen omvendt forudsætter, at alle argumenter uafhængigt af personens anseelse har krav på at blive taget alvorligt⁴⁵. Når Habermas forudsætter, at kun universaliseringsgrundsætningen 'U' eller tilsvarende kan anvendes som argumentations-regel, synes han at indbygge nogle forudsætninger i samtalen, som der ikke umiddelbart

44 Se hertil også diskussionen i Wellmer *op.cit.* s. 133ff, og svaret på Wellmers kritik i Klaus Günther *op.cit.* s. 65ff.

45 Wellmer *op.cit.* s. 108.

kan siges at være dækning for – end ikke, hvis man antager hans teori om, at fornuftige samtaler forudsætter, at bestemte universal-pragmatiske betingelser er opfyldt⁴⁶, og hans krav om at undgå de nævnte pragmatiske fejlslutninger.

At samtalepartnere må optræde som frie og lige *i* samtalen – ingen er på forhånd udelukket fra at bringe argumenter på bane, ingen bør kunne tvinges til at acceptere argumenter etc. – implicerer således ikke nødvendigvis, at de kun kan blive enige om samlivsnormer *udenfor* samtalen, der vægter alles interesser ligemæssigt. Der intet i samtalepartnernes logik eller pragmatik, der principielt taler imod, at alle accepterer, at visse gruppers interesser prioriteres frem for andres. Wellmer foreslår da også selv den mere ligefremme tolkning, at alle argumenter for, at visse samfunds-grupper (som f.eks. slaver, lønarbejdere, farvede, kvinder) må anses for mindreværdige, ganske enkelt er blevet utroværdige, og at en eller anden form for universalistisk moralopfattelse, der anerkender kravet om ligemæssig hensyntagen og respekt, følgelig er blevet uomgængelig.

Det er kun, hvis man i en udvidet forstand tolker kravet om ligemæssig hensyntagen *udenfor* samtalen som en afgørende betingelse for tilstrækkelig ligemæssighed *i* samtalen, at Habermas' argument om, at samtalepartnernes placering har følger, kan siges at have bid. Og det er i denne form, argumentet anvendes i forhold til pointeringen af det diskursive retsparadigme⁴⁷.

Spørgsmålet er imidlertid, om ikke det er at give idéen om samtalepartnernes forudsætninger en central status, og om ikke tolkninger i stil med Wellmers vil være mere plausible. I Habermas' tolkning synes det således først at være som samtalepartnere, der er i stand til at levere gode argumenter, at vi bliver interessante som moralske objekter. Han citerer således med tilslutning U. Preuß for flg. forsvar for socialstatistiske rettigheder: "*Den ulige fordeling af livsgoder mindsker kvaliteten af de statsborgerlige karakteristika, og dermed som konsekvens også den opnåelige rationalitet af de kollektive beslutninger*"⁴⁸. Man kan ind imellem få den tanke, at vore liv kun tillægges betydning som substrat for samtalen. Habermas tilføjer ganske vist selv, at man ikke må drage den slutning, at alle grundrettigheder skal tolkes funktionalistisk i forhold til den demokratiske proces. Hvis der med en sådan slutning er tale om en mistolkning af rettighedernes status, må man dog sige, at han ikke selv har gjort meget for at imødegå den.

Den stærke fokusering på samtalepartnernes forudsætninger rummer under alle omstændigheder den ulempe, at væsner, der ikke kan deltage på lige fod i samtalen, står i fare for at blive overset. Det gælder eksempelvis børn, psykisk utilregnelige og kommende generationer. Habermas' svar er, at disse interesser advokatorisk må repræsenteres i samtalen. Det er imidlertid ikke klart, hvorfor det er tilfældet, hvis det drejer sig om individer, der ikke kan forventes på noget

46 Jf. J. Habermas: "Was heißt Universalpragmatik?", i: K.O. Apel: *Sprachpragmatik und Philosophie*, Ffm 1976.

47 Jf. bl.a. *Faktizität und Geltung*, s. 499ff.

48 Sammesteds s. 504.

tidspunkt at kunne bringe interessante argumenter på bane. Hvis fordringen om ligemæssig hensyntagen alene er betinget af, at en manglende ligemæssighed undergraver samtalers rationalitet, så er det på ingen måde en logisk følge, at der også skal tages ligemæssigt hensyn til individer, som ikke under selv de bedste betingelser kan forventes at bidrage på fornuftig vis til samtalen.

At kommende generationers interesser må indarbejdes, kan i en vis udstrækning siges at være forudsat i den habermas'ke teori – omend på lidt søgt vis. Det er således ifølge Habermas for diskussionsdeltagerne en uomgængelig, omend kontrafaktisk forudsætning, at samtalekonklusioner må antages at have gyldighed uafhængigt af tid og rum, og at de derfor også må forventes at kunne blive godtaget af kommende generationer. Uden en ligemæssig hensyntagen på tværs af generationer kan kommende generationer ikke forventes at ville tilslutte sig nutidigt valgte arrangementer. Også kommende generationer må således som potentielle samtalepartnere have krav på ligemæssig hensyntagen og respekt.

På trods heraf får Habermas imidlertid et problem med at forklare, hvordan faktiske samtaler, der er ført under hensyntagen til alle formelle såvel som uformelle procedurekrav – men altså principielt uden deltagelse af fremtidige berørte – i sig selv kan legitimere beslutninger. At det ikke er et marginal-problem for den habermas'ke diskurs-teori turde være åbenbart i en tid, hvor opmærksomhed overfor potentielle frem-

tidige miljøeffekter er blevet påkrævet i enhver beslutningsprocedure. Samtidig synes forskellen til Kants monologisk tænkte moralopfattelse at mindskes, hvis kun en begrænset del af de berørte direkte kan inddrages i diskussionen, mens resten må repræsenteres advokatorisk. Også Kant insisterer jo til stadighed på, at en overvindelse af egoismen gennem offentlig dialog er en betingelse for fornuftige beslutninger, og på at det er nødvendigt advokatorisk at sætte sig i andres sted⁴⁹.

Endnu sværere er det at integrere ikke-menneskelige væsner i diskursteorien, der netop tager udgangspunkt i den reciprokke anerkendelse indenfor kommunikationsfællesskabet. Habermas anerkender, at vi i forhold til dyr kan have følelser af moralsk art⁵⁰, på trods af at vi ikke kan kommunikere sprogligt-diskursivt med dem. Han afværger imidlertid straks det problem, som denne anerkendelse har for den samtaleorienterede tolkning af moralen, med en bemærkning om, at vi allerede ud fra etiske, dvs. værdi- eller prioriteringsmæssige grunde vil have tilstrækkelig grund til hensyntagen.

Derved undviger han imidlertid lidt for elegant det spørgsmål, som umiddelbart følger af anerkendelsen af moralske følelser overfor dyr: om samtalekonklusioner nu også er så potente, som han antager. Muligheden for, at der kan være tale om moralske hensyn overfor dyr, indebærer jo, at der kan være tale om moralske fordringer, som på ingen måde giver sig af samtale-

49 Jf. bl.a. I. Kant: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, Hamburg 1980, § 2.

50 Jf. "Erläuterungen zur Diskursethik" *op.cit.*, s. 219ff. Hertil også Karl-Otto Apel: "The Ecological Crisis as a Problem for Discourse Ethics", i Audun Øfsti: *Ecology and Ethics*, Trondheim 1992, samt diskussionen mellem Sigurd Bergmann og Lars Ericsson i *Retfærd* nr. 61, 1993, og nr. 65, 1994.

forudsætninger – selv ikke når vi forstår disse forudsætninger i en udvidet forstand. Man må derfor i anden runde spørge, om der ikke gør sig noget tilsvarende gældende i forhold til samtaleens deltagere. Om altså kravet om hensyntagen ikke i en eller anden forstand ligger forud for eller er uafhængig af enhver samtale – også selvom det måske først er gennem samtaler, vi bliver opmærksomme på det.

Det er endvidere et gennemgående træk ved den habermas'ske diskursteori, at fokus lægges på samtaleens *procedurale* forudsætninger. Afgørelseres fornuftighed gøres derved umiddelbart afhængig af procedurernes adækvathed. Selv de bedste forudsætninger kan imidlertid ikke garantere, at det bedste argument anerkendes som sådant, endsige at det overhovedet bliver formuleret. Vi behøver ikke stræbe efter *ensomme* Herkules'er; uden tilknytning til samtalerens fora forbliver de ligeså uønskede som den overdydige hersker, der i følge Aristoteles mere end nogen anden udsætter sig for ostrakisme. Hvis samtaleens deltagere imidlertid savner kreativitet og dømmekraft, evnen til at skelne mellem gode og dårlige begrundelser såvel som evnen til at se nye sammenhænge, bliver resultatet også derefter. Måske det bedst opnåelige, men ikke altid rigtig godt.

Man kunne derfor med god grund vælge at formulere sig beskedent, som f.eks. Robert Dahl har gjort det⁵¹, og sige, at den udstrakte brug af demokratiske procedurer alle mangler til trods er den bedste måde at

afklare komplekse spørgsmål på. Alle andre måder fører ganske enkelt i reglen til langt dårligere resultater, og forhindrer den selvbestemmelse, som vi med god grund sætter højt. Habermas går imidlertid ofte længere – omend mindre bastant i *Faktizität und Geltung* end andre steder – og insisterer på den proceduralt korrekt gennemførte samtale som egentligt gyldighedskriterium. Derved gør han for mig at se sig selv en bjørnetjeneste.

Endelig må man stille spørgsmålet, om det er muligt at adskille etik og moral så radikalt, som Habermas gør det. Jeg tror, det er nødvendigt at skelne mellem to problemstillinger, som ligger bag skellet. Den ene pointe er den, at det er væsentligt at skelne skarpt mellem (etiske eller teleologiske) goder og værdier på den ene side, og (moralske eller deontologiske) normer og rettigheder på den anden⁵². Hvor goder og værdier er fleksible og graduelt kodede, dvs. af mere-eller-mindre typen, er normer og rettigheder ubetingede og binært kodede, dvs. af enten-eller typen. Mens goder og værdier optræder på forskellig vis og med forskellig vægt i en lang række lokale konfigurationer, er normer og rettigheder anderledes ensartet tilstedeværende: enten anerkendes de, eller også gør de ikke.

Understregningen af dette skel – som også findes pointeret hos bl.a. John Rawls⁵³ som en modstilling mellem det gode og det rette, og hos Ronald Dworkin⁵⁴ som et skel mellem politiske bestræbelser (*policies*) og principper eller mellem målsætninger og

51 Robert A. Dahl: *Democracy and its Critics*, New Haven/London 1989.

52 Hertil især *Faktizität und Geltung*, s. 190 og 310ff.

53 Rawls *op.cit.*, bl.a. s. 24ff.

54 Dworkin *op.cit.*, bl.a. s. 82ff.

rettigheder – tager først og fremmest sigte på at undgå de *trade-offs*, som især utilitarister er villige til at indgå med henblik på at fremme den størst mulige lykke. Som Rawls formulerer det: utilitarister tager ikke distinktionen mellem personer tilstrækkeligt alvorligt. Rettigheder kan ikke ombyttes på samme niveau som f.eks. præferencebaserede goder; rettigheder er med Dworkins formulering trumfer i spillet.

For en første betragtning synes det rimeligt at foretage en sådan skelnen. Oftringen af de få på den almene lykkes alter strider mod noget meget basalt i individ-orienterede kulturer som vor egen. Omvendt er der imidlertid et par forhold, som gør det vanskeligt at skelne så skarpt mellem de to typer af hensyn. Dels synes det, som Habermas betegner som normer, at kunne oversættes til værdier eller goder, uden at de dermed gøres direkte omsættelige med præference-baserede goder. Det er f.eks. noget sådant, Charles Taylor har gjort med sin teori om overordnede og identitetsmæssigt styrende etiske goder som eksempelvis selvbestemmelse og selvrealisation, fornufts-styring, solidaritet og gensidig velvilje, værdighed, ære og selvrespekt, integritet etc.⁵⁵ Habermas kalder sådanne goder deontologiske principper i forklædning, en forklædning der samtidig skjuler skellet mellem det universelle og ubetingede på den ene side og det partikulære, fleksible og lokale på den anden⁵⁶. Stadig er der dog tale om etiske goder, som spiller en afgørende rolle for identitet, selvforståelse, priorite-

ringer etc., og som er mindst ligeså basale som de moralske forpligtelser selv. Uden anerkendelsen af den slags goder synes de moralske forpligtelser slet ikke at kunne gøres relevante.

Samtidig forekommer det vanskeligt at skelne så skarpt mellem på den ene side principper og rettigheder og og på den anden side goder og værdier, som Habermas lægger op til. Tag eksempelvis to af hans grundprincipper: retten til størst mulig frihed og retten til socialt, teknisk og økologisk sikre livsbetingelser. I begge tilfælde synes der at være tale om et mere-eller-mindre nok så meget som et enten-eller, og i begge tilfælde kan rettighederne tænkes i det mindste et stykke af vejen at blive overtruffet af kollektive mål. Naturligvis vil lovfæstede rettigheder i reglen være trumfer i retlige sammenhænge, men kun for så vidt rettighederne er blevet specificeret i langt højere grad⁵⁷. Paradoksalt nok er det således først, når vi har bevæget os ned i det område, hvor moral og etik allerede på forhånd er sammenblandet, så goder og værdier har virket ind på formuleringen af principperne, at principperne kan antage de kvaliteter, Habermas knytter til moralens felt.

Den anden pointe bag skellet mellem etik og moral er den, at Habermas ønsker at bevare en kerne af universalitet i moralen, en kerne som altså går ud over den altid kulturelt specifikke etiske horisont. De moralske normer eller basisforpligtelser skal ikke blot gælde for Jeffersons lykkelige arvta-

55 Charles Taylor: *Sources of the Self*, Cambridge, Mass. 1988, s. 20ff; jf. også hans "Die Motive einer Verfahrensethik", i: W. Kuhlmann: *Moralität und Sittlichkeit*, Ffm 1986, især s. 115ff..

56 *Faktizität und Geltung*, s. 313, jf. også *Erläuterungen op.cit.* s. 91ff og 176ff.

57 Jf. hertil Dworkin *op.cit.* s. 93ff.

gere, som han polemisk formulerer det et sted⁵⁸. Det moralske synspunkt skal ikke være forbeholdt den særlige kultur, hvori de idéer om retfærdighed og moral, som Habermas også selv knytter an til, først er udviklet. Gyldigheden rækker længere end genesen, og synes derfor at fordre en særlig kultur-uafhængig begrundelse – som eksempelvis Habermas' eget forsøg på en afledning fra de universelle forudsætninger for samtale.

Der er imidlertid et par problemer knyttet til denne tolkning. For det første insisterer Habermas jo selv på at gå rekonstruerende frem og sammenstykke den reelt eksisterende fornufts brudstykker, som han siger det et sted⁵⁹. Den teoretiske indføring af grundrettigheder er således et kunstgreb *ex post*, ikke noget der besidder en overhistorisk, transcendental renhed, som det f.eks. er tilfældet hos Kant⁶⁰. Habermas knytter således selv an til retsudviklingen blandt Jeffersons arvtagere, og kan derfor uden videre forudsætte, at diskurs-princippet allerede er funderet som en "dogmatisk kerne" i de refleksivt og kommunikativt strukturerede livsformers "symmetriske anerkendelsesforhold"⁶¹.

For det andet gør Habermas *ethos* til en statisk, modsætningsfri og lukket størrelse, og reducerer den til blot og bar konvention⁶², når han pointerer, at det ikke er nok blot at knytte an til traditionen. Naturligvis

er det ikke nok blot at henvise til hvilken-somhelst eksisterende vane eller konvention. Det er da heller ikke pointen hos de, der hævder traditionens centrale betydning. Tværtimod er det et gennemgående træk i stort set al den nyere teori, der lægger vægt på traditionen og dens *ethos*, at det pointeres, at levende traditioner er selvreflekterende og derfor hele tiden fornyr sig, forbedrer argumentationen, og at begrundelser følgelig altid må knytte an til de bedste argumenter, traditionen indtil videre har kunnet præstere. Det er denne pointe, Charles Taylor har formuleret som *the best account principle*: vi må altid søge at finde den begrundelse, som på et givet tidspunkt kan yde den mest overbevisende fremstilling⁶³. Det er imidlertid stadig traditionens egne ressourcer, der bringes i spil. Og en moderne *ethos* kan næppe i stilhed have forbigået det faktum, at livsformerne både er blevet mere refleksive og stærkt differentierede.

Tilsvarende er der tale om en indsnævring, når Habermas indskrænker Jeffersons mulige arvtagere til kun at omfatte en mindre del af kloden. Der er således intet, der taler imod, at også andre traditioner kan lære af den vestlige verdens demokratiske pointer uden samtidig at negere sig selv. Med Hans-Georg Gadamer's udtryk er traditioners horisonter altid foreløbige og bevægelige, ligesom egentlige horisontsam-

58 *Faktizität und Geltung* s. 86. Adressaterne for polemikken er især Richard Rorty og den John Rawls, man finder i artikelsamlingen *Political Liberalism*, Oxford 1992.

59 Sammesteds s. 349.

60 Sammesteds s. 163.

61 Sammesteds s. 140 og 537.

62 Se f.eks. sammesteds s. 145.

63 Taylor *op.cit.*, s. 58.

mensmeltninger altid er til stede som mulighed⁶⁴. Traditionen forsvinder ikke efter en sammensmeltning, men fornys og videreføres blot under andre former med endnu bedre argumenter på hånden.

Habermas ægger til debat. Bedre skudsmål kan man vel dårligt give en teoretiker, der insisterer på samtaleens ret i begge ordets betydninger. Selvom det kan være en drøj omgang at forsøge at arbejde sig igennem

hans teori, forekommer udbyttet mig at være arbejdet værd. Hvorfor forsøget hermed skal anbefales.

Författarupplysningar

Finn Arler, Ph.d. i filosofi, forskningsstipendiat vid det humanistiske forskningscentret "Menneske og Natur" Odense Universitet.

64 H.G. Gadamer: *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960.