

Die Wege der Emanzipation im Recht

Möglichkeiten und Grenzen
der Rechtstheorien von Jürgen Habermas
und Boaventura de Sousa Santos
im lateinamerikanischen Kontext

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
an der Hochschule für Philosophie München
Philosophische Fakultät SJ

Vorgelegt von Deyvi Astudillo
Eingereicht bei Prof. Dr. Michael Reder

München
SS 2019

Meiner Mutter gewidmet
für ihr Zeugnis des Dienstes an den Ärmsten

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	6
Einleitung.....	9
1. Methodologische und begriffliche Voraussetzungen.....	12
1.1 Die Untersuchung des Rechts.....	12
1.2 Begriffliche Grundannahmen.....	15
1.2.1 Das Ziel des Rechts.....	15
1.2.1.1 Recht, Moral und Politik.....	22
1.2.2 Die gesellschaftliche Funktion des Rechts.....	26
1.2.3 Rechtlicher Pluralismus.....	27
1.3 Der Bezug auf Lateinamerika.....	31
2. Das moderne Recht im postkolonialen Lateinamerika.....	33
2.1 Die Grundlagen des modernen Rechts.....	33
2.1.1 Die modernen rechtsphilosophischen Leitlinien.....	33
2.1.1.1 Grotius und die Gestaltung des rationalistischen Naturrechts.....	34
2.1.1.2 Hobbes und die Grundlagen des Rechtspositivismus.....	35
2.1.2 Die Grundlagen der Organisationsform moderner Gesellschaften.....	39
2.1.3 Die zentralistische Gestaltung des modernen Rechts.....	43
2.2 Die Einführung des europäischen Rechts in Lateinamerika.....	48
2.2.1 Das iberische Recht in der frühen Neuzeit.....	48
2.2.2 Das koloniale Recht.....	51
2.2.3 Das Recht im postkolonialen Lateinamerika.....	56
2.2.3.1 Das öffentliche Recht.....	57
2.2.3.2 Das Privatrecht.....	59
2.2.3.3 Die Rechtsphilosophie.....	60
2.3 Recht und postkoloniale Gesellschaft in Lateinamerika.....	64
2.3.1 Die Erreichung einer grundlegenden Rechtsordnung.....	65
2.3.2 Die Befestigung einer ständischen Gesellschaft.....	66

2.3.2.1 Die kreolische Modernisierung.....	67
2.3.2.2 Das Recht als Mittel für den Machterhalt.....	70
2.3.3 Die Vereinheitlichung des normierten Rechts.....	71
2.3.4 Die Isolation des Rechts.....	73
2.3.4.1 Staat und rechtliche Pluralität.....	73
2.3.4.2 Eine unzulängliche Wirksamkeit.....	75
2.3.5 Ein Paradigma in Frage.....	78
3. Jürgen Habermas und die Rekonstruktion des	
 modernen rechtlichen Geistes.....	80
3.1. Einführung.....	80
3.1.1 Die zentralistisch-legalistische Rechtsauffassung.....	82
3.2 Die Wurzeln der Rechtsphilosophie von Habermas.....	87
3.2.1 Die kommunikative Rationalität.....	92
3.2.2 Die Habermassche Diskursethik.....	94
3.3 Das moderne Recht nach Habermas.....	100
3.3.1 Vom dissoziierenden zum sozial integrierenden Recht.....	101
3.3.2 Diskurstheoretische Rekonstruktion des modernen Rechts.....	105
3.3.3 Deliberative Demokratie, Menschenrechte und Völkerrecht.....	113
4. Boaventura de Sousa Santos und die postmoderne	
 Kritik am modernen Recht.....	122
4.1 Die theoretischen Voraussetzungen des rechtlichen Denkens	
von Santos.....	126
4.1.1 Die Suche nach einer postmodernen kritischen Theorie.....	126
4.1.1.1 Die moderne kritische Theorie.....	128
4.1.1.2 Bedingungen für einen „Postmodernismus	
der Opposition“.....	132
4.1.2 Auf dem Wege zu einer pluralistischen Epistemologie.....	134
4.1.2.1 Das „abgrundförmige“ Denken.....	135
4.1.2.2 Die Suche nach einer „Ökologie der Wissensformen“.....	139
4.2 Santos' Kritik des modernen Rechts.....	141
4.2.1 Das Recht in der westlichen Moderne.....	142
4.2.1.1 Die moderne Erfahrung.....	142
4.2.1.2 Ungleichgewichte bei der Emanzipation und	
der Regulierung.....	144
4.2.1.2 Regulierung und Emanzipation im modernen Recht.....	147

4.2.1.2.1 Entwicklungen in der Gestaltungsperiode des modernen Rechts.....	148
4.2.1.2.2 Entwicklungen in der Konsolidierungsphase des modernen Rechts.....	150
4.2.2 Die Idee einer postmodernen Rechtskonzeption.....	155
5. Die Mittel der Emanzipation im lateinamerikanischen Recht....	159
5.1. Einführung.....	159
5.2 Der Vorschlag eines prozeduralen Rechtsparadigmas.....	162
5.2.1 Kritische Anmerkungen.....	164
5.2.2 Aus lateinamerikanischer Sicht.....	170
5.3 Der Vorschlag eines postmodernen Rechts.....	179
5.3.1 Kritische Anmerkungen.....	183
5.3.2 Aus lateinamerikanischer Sicht.....	186
5.4 Auf dem Wege zu einer pluralistisch-diskursiven Rechtsproduktion.....	195
Literaturverzeichnis.....	203

Vorwort

Als ich mit dem Ziel einer Promotion nach München kam, hatte ich die Absicht, über Interkulturalität und über die Sozialphilosophie von G.W.F. Hegel zu schreiben. Damals hatte ich gerade mein Studium der Theologie in Frankreich beendet, und aus Europa, also weit weg von meiner Heimat (Peru), verfolgte ich mit großer Sorge das dortige gesellschaftliche Geschehen, das von sozialer Ungerechtigkeit und einer gewaltsamen kulturellen Schichtung gekennzeichnet war.

Dieser Hintergrund weckte in mir ein klares Interesse, die notwendigen Bedingungen für ein emanzipatorisches Zusammenleben von verschiedenen Kulturen und sozialen Gruppen zu untersuchen – wenn sie aufhören, sich gegenseitig als Gegner zu sehen. Die Hegelsche Philosophie ihrerseits würde es mir ermöglichen, über die geschichtlichen und theoretischen Grundlagen dieser Bedingungen sowie über ihre emanzipatorische Ausrichtung nachzudenken.

Nach dem Besuch meiner ersten Seminare an der Hochschule für Philosophie erkannte ich jedoch, dass mein Interesse nicht nur für eine inhaltliche Untersuchung von Interkulturalität sprach, sondern auch meine Dissertation in gewisser Weise zu einer Übung in Interkulturalität zu machen. Außerdem war das erste von mir besuchte Seminar unter der Leitung von Prof. Michael Reder der Lektüre einer Auswahl rechtsphilosophischer Texte gewidmet; und dort wurde mein Interesse geweckt, die Reflexion über die Natur des Rechts zu vertiefen, da ich erkannte, dass es sich dabei um ein konstitutives Element jeder Gesellschaftsform handelt, darunter auch in Gesellschaften mit einem hohen Grad an Plurikulturalität.

Unter Berücksichtigung all dieser Elemente beschloss ich, meine Dissertation der Untersuchung der Grundlagen des Rechts im Allgemeinen in Lateinamerika zu widmen – in Anbetracht der Ähnlichkeit der theoretischen Basis des Rechts in allen diesen Regionen. Das allgemeine Ziel der Arbeit bestand fortan darin, die theoretischen Mittel zu untersuchen, über die das Recht in Latein-

amerika verfügen könnte bzw. müsste, um die Emanzipation in diesen von Plurikulturalität und sozialer Asymmetrie geprägten Gesellschaften zu fördern.

Das Thema Interkulturalität ist sicherlich in der Dissertation inhaltlich präsent, indem mein Untersuchungsgegenstand, das Recht, in den pluralen lateinamerikanischen Kontext gestellt wurde. Aber die Arbeit selbst wurde im Laufe der Zeit insofern zu einer interkulturellen Übung, als ich, um mein Verständnis der Grundlagen des modernen Rechts zu vertiefen, zwei Autoren in die theoretische Diskussion einbezog, Jürgen Habermas und Boaventura de Sousa Santos, die zwar dasselbe geistige Erbe Europas teilen, aber das Recht aus unterschiedlichen kulturellen Bezügen reflektieren. Und ich glaube außerdem, dass zu dieser interkulturellen Übung auch die Tatsache gehört, dass diese auf Deutsch verfasste Arbeit von einem Peruaner an einer bayerischen Hochschule präsentiert wurde.

Andererseits trifft es zu, dass Hegels Name in der Arbeit selten erwähnt wird. Seine Art, Philosophie zu betreiben, liegt jedoch der Methode zugrunde, die ich zum Aufbau meiner Argumentation wählte, insofern sie die Analyse der geschichtlichen Praxis als grundlegendes Moment der theoretischen Reflexion einbezieht.

Nach einer von Prof. Reder, meinem Doktorvater, begleiteten Forschungsphase wurde die Dissertation im Dezember 2019 an der Hochschule für Philosophie vorgestellt und angenommen.

Von der Genehmigung der Arbeit bis zum jetzigen Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung sind mehr als drei Jahre vergangen, und es besteht kein Zweifel, dass sich die Welt in dieser kurzen Zeit bedeutend verändert hat. Sowohl die durch Covid-19 ausgelöste Gesundheits- und Wirtschaftskrise, als auch die Anzeichen einer globalen antidemokratischen Offensive (Sturm auf das US-Kapitol 2021 und Angriff auf den brasilianischen Kongress 2023), der Russische Überfall auf die Ukraine und, in Peru, die bei den Protesten gegen das politische Regime entfesselte Gewalt haben gewiss einen neuen sozialen Kontext in Lateinamerika und in der Welt geschaffen. Ich glaube jedoch, dass in einem solchen Szenario der Gegenstand dieser Dissertation nicht an Relevanz verloren hat; man könnte sogar sagen, dass seine Aktualität größer geworden ist.

In Peru, und allgemein in Lateinamerika, kommt es zu einem beschleunigten Legitimitätsverlust der juristischen und politischen Institutionen, sowie zu einer alarmierenden Zunahme von Intransigenz, Sektierertum und sozialen

Konflikten. Daher gewinnt in diesem Zusammenhang jede Forschung soziale Relevanz, die die Grundlagen der gesellschaftlichen Institutionen auf der Suche nach Bedingungen für ein besseres menschliches Zusammenleben untersucht – in der Tat grundlegend ist für alles politische Handeln, das angesichts dieser Herausforderungen eine Option sein will. Und sicherlich besitzt diese Art von Forschung in dem Maße auch intellektuelle Relevanz, als die theoretische Reflexion zu einem großen Teil aus den zentralen Problemen hervorgeht, die die menschliche Gemeinschaft plagen.

Mit der Veröffentlichung dieser Arbeit möchte ich abschließend den Menschen herzlich danken, die mir geholfen haben, sie zu ermöglichen. Mein Dank gilt zunächst Professor Michael Reder, der mein Dissertationsprojekt vorbehaltlos annahm und mich über die Jahre hinweg mit Hingabe und Geduld begleitete. Ich danke zweitens der Jesuitenkommunität des ehemaligen Berchmanskollegs, insbesondere Dr. Martin Maier SJ, Dr. Andreas Batlogg SJ und Prof. Johannes Müller SJ für ihre mitbrüderliche Unterstützung während meines Aufenthalts in München.

Besonderen Dank schulde ich auch Prof. Rüdiger Funiok SJ, der mich freundlicherweise durch die Wege der deutschen akademischen Verfahren geführt und insbesondere meine Rechtschreibfehler geduldig korrigiert hat. Und nicht zuletzt danke ich der Missionsprokur der Jesuiten in Nürnberg („jesuitenweltweit“) aufrichtig dafür, dass sie mir die notwendigen Mittel für mein Studium an der Hochschule und allgemein für meinen Lebensunterhalt während meines gesamten Aufenthalts in Deutschland großzügig zur Verfügung gestellt hat.

Ich habe die Hoffnung, dass die reiche Erfahrung, die mir diese Arbeit gebracht hat, mich weiterhin motiviert, zugunsten des Dialogs, der Gerechtigkeit und der Versöhnung in meinem Land und in der katholischen Kirche zu arbeiten.

Lima-Peru, Mai 2023

Einleitung

Die vorliegende Arbeit besteht aus einer Untersuchung der theoretischen Grundlagen des modernen Rechts in Lateinamerika – eines Rechtsmodells, das in diese Weltregion mit ihrem Dekolonisierungsprozess eingeführt wurde und ihre rechtlichen Institutionen und Normen bis jetzt weitergehend bestimmt. Zur Charakterisierung dieser Grundlagen führe ich eine Interpretation der Entwicklung des modernen Rechts in der Geschichte Lateinamerikas durch; und zu ihrer prospektiven Bewertung nehme ich eine Prüfung von zwei verschiedenen Formen vor, die sich gegenüber diesem Rechtsmodell im Allgemeinen positionieren, und zwar der Rechtstheorien des deutschen Philosophen Jürgen Habermas und des portugiesischen Rechtsdenkers Boaventura de Sousa Santos.

Das Thema der Untersuchung hat seine Wurzeln in einer Frage, die mich seit einiger Zeit auf persönliche Weise beschäftigt, nämlich: Mit welchen theoretischen Mitteln könnten die lateinamerikanischen Länder gesellschaftliche Institutionen errichten, die die individuelle und soziale Emanzipation ihrer Bürger wirklich fördern? Eine solche Frage setzt selbstverständlich einige Feststellungen über die soziale Realität Lateinamerikas voraus, die explizit zu machen sind.

Es ist hier zwar klar, dass die lateinamerikanischen Gesellschaften in den letzten Jahrzehnten im Allgemeinen wichtige Fortschritte bei der wirtschaftlichen Entwicklung, der politischen Demokratisierung und der Förderung der Bildung erzielt haben. Allerdings ist es gleichzeitig offensichtlich, dass in diesen Ländern ein erheblicher Mangel an individuellen Freiheiten und gleichberechtigter politischer Partizipation, also an Emanzipation, zumindest im Vergleich zu den nordatlantischen modernen Gesellschaften besteht. Ein solches Defizit hat ohne Zweifel damit zu tun, dass die angedeuteten Fortschritte – angefangen vom wirtschaftlichen Bereich – von großen Teilen der lateinamerikanischen Bevölkerungen nicht erreicht werden. Besteht keine ausreichende Befriedigung

der Grundbedürfnisse in einer Gesellschaft, kann man nicht erwarten, dass dabei eine integrale Emanzipationserfahrung entsteht.

Ich bin aber der Ansicht, dass der Mangel an Respektierung der individuellen Freiheiten und an gerechten politischen Beziehungen in Lateinamerika nicht nur auf diese mangelnde Befriedigung von Grundbedürfnissen zurückgeht, sondern auch auf das mangelhafte Funktionieren der juristischen und politischen Institutionen in dieser Weltregion. Es handelt sich um ein Phänomen, das mit seinen Nuancen fast in jedem Land präsent ist – in Mexiko und Mittelamerika, aber auch in Brasilien und in den Andenländern. Wenn nach den Vorgaben der republikanischen Politik-Tradition – wovon übrigens der Verfassungsaufbau aller diesen Staaten inspiriert ist – die Entwicklung der Freiheit und der Gerechtigkeit durch die gesellschaftlichen Institutionen gewährleistet werden muss, dann ist es offensichtlich, dass diese ihre Aufgabe in Lateinamerika mangelhaft erfüllt haben.

Ich gehe diesbezüglich davon aus, dass die Fehlfunktion der Institutionen in diesen Gesellschaften ihren Ursprung hauptsächlich darin begründet ist, dass ihre normativen Säulen ihrerseits – um einen Ausdruck von Habermas zu verwenden – an einem grundlegenden „Legitimationsdefizit“ (Habermas: 1973b, 70) leiden, und dass aus diesem Grund solche Institutionen nicht über die zureichende Wirksamkeit verfügen, um die emanzipatorischen Streben der Bürger juristisch bzw. politisch zu vermitteln. Abgesehen davon, dass solche normativen Säulen ihre Basis auch in moralischen Überzeugungen haben, stützen sie sich grundsätzlich auf rechtliche Inhalte. Und in dieser Hinsicht wird in der vorliegenden Arbeit behauptet, dass das grundlegende Problem des modernen Rechts in den lateinamerikanischen Gesellschaften vor allem mit seiner zentralistischen und formalistischen Errichtungsweise zu tun hat – und das angesichts der Tatsache dass es hier um stark plurale und asymmetrische Gesellschaften geht.

Daher bringt die Frage nach der Möglichkeit, in dieser Region emanzipationsorientierte Institutionen aufzubauen, die Grundfrage nach den angemessensten Mitteln mit sich, wie sich eine wirklich partizipative Rechtsproduktion schaffen und wie sie sich philosophisch begründen lässt. Die Arbeit, die ich hier vorstelle, widmet sich also der Unterscheidung solcher Mittel anhand der juristischen Vorschläge von Habermas und Santos. Der deutsche Denker vertritt die Ansicht, das moderne Rechtsmodell – wie die Moderne selbst – trotz seiner wi-

dersprüchlichen Entwicklungen ein emanzipatorisches Potenzial bewahrt, das zur Geltung zu bringen ist; dagegen behauptet Santos als postmoderner Denker, dass das moderne Recht nicht mehr dazu fähig ist, ein solches Potential geltend zu machen, und dass für die zeitgenössischen Rechtsinstitutionen nichts anderes übrig bleibt, als dieses Modell aufzugeben.

Zur Beantwortung meiner Grundfrage gliedert sich die Arbeit in fünf Kapitel. Das erste ist ein Einführungskapitel, dessen Absicht darin besteht, das methodologische Verfahren und die zentralen begrifflichen Voraussetzungen vorzustellen, deren sich die gesamte Untersuchung bedient. Das zweite Kapitel bietet – mit Hilfe der verfügbaren sozialgeschichtlichen Rechtsforschung – eine Rekonstruktion der theoretisch-geschichtlichen Entwicklung des normierten Rechts in Lateinamerika seit der Neuzeit an. Das dritte und vierte Kapitel führen eine systematische Darstellung der Theorien des modernen Rechts von Habermas und Santos aus. Und das Schlusskapitel setzt sich zum Ziel, eine kritische Bewertung beider theoretischen Vorschläge in Bezug auf die lateinamerikanischen Gesellschaften und damit eine Antwort auf die zentrale Frage der Arbeit zu bieten.

Die lateinamerikanischen Länder erreichten im Großen und Ganzen ihre Unabhängigkeit von den europäischen Kolonialmächten zwischen 1804 – durch die Sklavenrevolution von Haiti – und 1822 – durch die unblutige Befreiung von Brasilien. Bis 2022 gibt es also die zweihundertjährigen Jubiläen der Errichtung unabhängiger Staaten in dieser Weltregion zu feiern, und damit, so kann man dazu hinzufügen, auch der Eröffnung neuer, nicht nur politischer, sondern auch kultureller Beziehungen zwischen Europa und Lateinamerika. In diesem Sinne versteht sich die folgende Untersuchung des rechtsphilosophischen Denkens als einen Beitrag für die Fortsetzung des geistigen Dialoges zwischen den europäischen und den lateinamerikanischen Kulturen – eines Dialogs, der auf eine gemeinsame Konstruktion des Wissens setzt, die bedeutendsten Errungenschaften aller diese Kulturen im Blick hat und so die Emanzipation bei ihnen fördern kann.

1. Methodologische und begriffliche Voraussetzungen

Die vorliegende Reflexion über die Entwicklung und Eigenheiten des Rechts in Lateinamerika geht von bestimmten theoretischen Voraussetzungen aus, die als Erstes vorgestellt werden, um ein besseres Verständnis der Dimensionen dieses Vorhabens zu ermöglichen. Solche Voraussetzungen betreffen zunächst das gewählte methodologische Verfahren, um die Frage nach dem Recht angemessen zu beantworten; dann eine theoretische Grundannahme zu den zentralen Erwägungen der Arbeit, und zwar zum Ziel des Rechts, seiner gesellschaftlichen Funktion und der rechtlichen Pluralität, und schließlich die Reichweite des Begriffs „Lateinamerika“, der als Ausgangspunkt für die folgende Untersuchung dient.

1.1 Die Untersuchung des Rechts

Die Frage nach dem Recht kann gemäß der verschiedenen Bestandteile behandelt werden, die die menschliche Erfahrung dieses Phänomens bilden, wie den Prinzipien, den Gesetzen, den gerichtlichen Entscheidungen, den Verträgen oder den gemeinschaftlichen Regelungen. Das ist in den westlichen Gesellschaften die Vorgehensweise der Rechtswissenschaft, deren Gegenstand das geltende Recht im Allgemeinen ist, auch wenn sie in den letzten Jahrhunderten, unter der Herrschaft der positivistischen Rechtsdogmatik,¹ nur mit dem systematischen Studium der staatlichen Gesetze gleichgesetzt worden ist (vgl. Brieskorn: 2010a, 394). Wenn man allerdings die Frage aus einer grundsätzlichen Perspektive in Angriff nehmen will, wird notwendigerweise das Thema der Begründung, die den verschiedenen rechtlichen Formen voraus gehen sollte, zum Mittelpunkt der rechtlichen Untersuchung, und damit befinden wir uns auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie – einer Disziplin, in deren Rahmen sich die Überle-

¹ Es ist darauf hinzuweisen, dass man unter dem Begriff „Rechtsdogmatik“ das System von Sätzen versteht, durch das die Rechtswissenschaftler das geltende Recht begrifflich-systematisch erweitern, um eine Orientierung für dessen Anwendung zu geben. Vgl. Volkmann, Uwe (2005), „Veränderungen der Grundrechtsdogmatik“, in: *Juristen Zeitung*, Nr. 6, 262 (Zitiert in: Jansen: 2011).

gungen dieser Untersuchung einzufügen suchen. Die erste Voraussetzung dieser Arbeit betrifft dann das angemessene Vorgehen, die philosophische Frage nach der Begründung des Rechts zu beantworten.

Als philosophische Disziplin ist die Rechtsphilosophie, wie Robert Alexy behauptet, eine allgemeine und systematische Reflexion, deren Besonderheit in der Tatsache liegt, dass sie das Recht als spezifischen Gegenstand hat. Die Philosophie ist nach Alexy zuerst eine Reflexion, da ihre Gegenstände² wesentlich durch Gründe bestimmt werden. Sie ist in einem spezifischen Sinn eine allgemeine Reflexion, weil sie sich mit allgemeinen bzw. fundamentalen Fragen beschäftigt, und außerdem einen systematischen Charakter hat. Die Frage nach dem Recht wird so, aus philosophischer Perspektive, zur allgemeinen Frage nach der Natur und nach dem reflexiven Verankern des Rechts: „Kein anderes Verfahren scheint besser zum Charakter der Rechtsphilosophie als Argumentation über die Natur des Rechts zu passen“ (Alexy: 2008, 15). Es geht letztendlich um die Frage nach der Begründung der sozialen Phänomene, die die menschliche Erfahrung des Rechts bestimmen (vgl. Alexy: 2008, 11-15; Brieskorn: 2010a, 394).

Eine Untersuchung, die auf eine grundlegende Reflexion des Rechts zielt, sollte aber nicht auf eine allgemeine Erkenntnis der gesellschaftlichen Prozesse, durch die das Recht entsteht und handelt, verzichten. Denn im Grundsatz ist die gesellschaftliche Wirklichkeit ein Teil der Wirklichkeit im Ganzen, auf die sich jede Philosophie bezieht. Eine Rechtsphilosophie, die die gesellschaftliche Verankerung des Rechts ignoriert, würde insbesondere ihre Fähigkeit reduzieren, über die Einheit der menschlichen Erfahrung von Recht zu reflektieren, wie es auch bei anderen Disziplinen der praktischen Philosophie bezüglich ihrer eigenen Gegenstände der Fall wäre. Im Endeffekt ist das Recht, wie Dietmar von der Pfordten und Alejandro Nieto behaupten, grundsätzlich ein sozialgeschichtliches Phänomen, da es im Verhalten einer bestimmten Gesellschaft in einem bestimmten Zeitraum besteht (vgl. Von der Pfordten: 2013, 17; Nieto: 2007, 31).

Dies ist der Grund dafür, weshalb die vorliegende Arbeit, um ein vollständiges Verständnis des Rechtsphänomens zu erlangen, die Erfahrung des Rechts in Betracht zieht, die die sozialgeschichtliche Forschung vorlegt. Der Zugriff auf die empirische Forschung bedeutet jedoch nicht, dass sich diese Unter-

² Alexy erwähnt als primäre Gegenstände der Philosophie die Erkenntnis der Welt, des Ichs und der Anderen sowie die Erkenntnis des menschlichen Handelns (vgl. Alexy: 2008, 11).

suchung auf eine deskriptive Betrachtung der rechtlichen Erfahrung konzentriert. Um es mit den Worten von Juan Carlos Scannone auszudrücken, besteht der Ansatz dieses Verfahrens vielmehr darin, die sozialgeschichtlichen Angaben als „analytische Vermittlungen“³ für eine integrale Erkenntnis der rechtlichen Wirklichkeit einzusetzen (vgl. Scannone: 2009, 70), was zweifellos zu einer kritischeren Reflexion über die Begründung des Rechts beitragen wird (vgl. Von der Pfordten: 2002, 10).

Aus einer philosophischen Perspektive heraus soll die Untersuchung des Rechts nicht dazu führen, das Recht, als allgemeinen Gegenstand, auf eine partikuläre Erfahrung zu reduzieren, d.h. auf die rechtliche Erfahrung eines besonderen gesellschaftlichen Kontextes, wie dem von Lateinamerika oder dem einer besonderen geschichtlichen Phase, zum Beispiel den Zeitraum der Moderne. Dies soll aber nicht heißen, dass die Untersuchung des Kontextes, in dem ein philosophischer Gegenstand erlebbar gemacht wird, nicht zu einer allgemeinen Reflexion über diesen beitragen kann. Die Vorgehensweise dieser Arbeit geht vielmehr von der erkenntnistheoretischen Überzeugung aus, dass eine Rechtsphilosophie, je universalere sie ist, umso mehr den Kontexten ihres Rechtsverständnisses entsprechen kann, und dass daher die rechtliche Erfahrung eines partikularen Kontextes ein vorsätzliches Unterscheidungselement darstellt, um eine immer fundamentalere Reflexion über die Begründung des Rechts aufzubauen. Mit anderen Worten ist die Praxis einer rechtsphilosophischen Reflexion, die der Erfahrung ihres gesellschaftlichen Kontextes offen gegenüber steht, in ihrer Einzigartigkeit eine Herangehensweise, der universalen Erfahrung des Rechts näher zu kommen.

Im Einklang damit betont Ralf Dreier die Bedeutung der Anerkennung unterschiedlicher Formen des Standpunkts, auf dem die philosophische Reflexion aufgebaut wird, und unter denen die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Zivilisation einen wichtigen Platz einnimmt (vgl. Dreier: 2008, 326).⁴ Diese Standpunkte bieten der Rechtsphilosophie zweifellos die Möglichkeit, sich der Wirklichkeit auf verschiedene Weisen anzunähern. Andererseits, fügt Dreier hinzu, ist es eine Tatsache, dass sich in der gegenwärtigen Welt Fragen stellen, die den Standpunktproblemen der Rechtsphilosophie gegenüberstehen, wie die

³ Soweit nicht anders vermerkt, sind in dieser Arbeit die deutschen Übersetzungen der spanischen, portugiesischen und französischen Originaltexte eigens angegeben.

⁴ Dreier teilt die verschiedenen Formen des Standpunkts in drei Hauptarten ein: Zugehörigkeiten, Theorien und Methoden (vgl. Dreier: 2008, 323).

Frage, ob der westliche Weg der Modernisierung universalisierbar ist (vgl. Dreier: 2008, 331). Man muss hier freilich bedenken, und Dreier warnt davor, dass die Zugehörigkeitsstandpunkte Schwierigkeiten für die Rechtsphilosophie darstellen, wenn sie fundamentale Reflexionen postulieren, die von der Zugehörigkeit zu einem Kontext präformiert sind (vgl. Dreier: 2008, 323, 336). Deshalb ist es so wichtig, dass die Zugehörigkeitsstandpunkte grundsätzlich als Ausgangspunkte der rechtsphilosophischen Untersuchung verstanden werden, ohne dass sie den Zielpunkt dieser Reflexionen determinieren können.

In dieser Hinsicht übernimmt die vorliegende Untersuchung des Rechts den lateinamerikanischen Kontext als Ausgangspunkt. Das ist der Grund, weshalb auf die sozialgeschichtliche rechtliche Forschung über diese Weltregion zurückgegriffen wird. Ziel dieser Vorgehensweise ist, dass die Untersuchung des Funktionierens und der Beziehung des Rechts in Bezug auf die sozialen Prozesse Lateinamerikas Fragen und Intuitionen generiert, die zu einer fundamentalen Reflexion beitragen können, konkret gesagt, zur Beantwortung der Frage nach der allgemeinen Begründung des Rechts. Schließlich ist hervorzuheben, dass, wenn sich diese Arbeit auf die sozialgeschichtliche Erfahrung des Rechts bezieht, die Praxis des normierten Rechts dabei in Betracht kommt, wie es in den westlichen Gesellschaften verstanden wird, d.h. die Praxis des von nationalstaatlichen Behörden normierten Rechts.⁵

1.2 Begriffliche Grundannahmen

Im Folgenden wird auf den theoretischen Standpunkt der vorliegenden Untersuchung eingegangen. Dieser basiert auf drei theoretischen Fragestellungen, auf die besonders Bezug genommen wird und die daher eine Einleitung erfordern, die deren Bedeutung in der Arbeit herausstellt. Es geht um das Ziel und die gesellschaftliche Funktion des Rechts und die rechtliche Pluralität.

1.2.1 Das Ziel des Rechts

Zum Thema Ziel des Rechts lassen sich in der rechtsphilosophischen Tradition grundsätzlich drei Fragen erkennen, und zwar, ob das Recht über-

⁵ In diesem Sinne unterscheidet man zwischen normiertem und praktiziertem Recht. Bei Ersterem geht es um das von einer einheitlichen politischen Machtinstanz, z.B. dem Nationaastaat, und durch ihre Mittel erlassene Recht; das praktizierte Recht ist eher das im gesellschaftlichen Leben wirkenden Recht, sei es das von der einheitlichen politischen Machtinstanz etablierte oder das von anderen dazu befugten Machtinstanzen legitimierte Recht. Der Begriff Rechtspraxis bezieht sich andererseits auf die behördliche oder auf die richterliche Rechtsanwendung.

haupt ein Ziel hat, ob ein solches Ziel wesentlich für sein Verständnis ist, und natürlich, welches Ziel das Recht im Allgemeinen haben könnte.

Die Möglichkeit, dass das Recht ein Ziel hat, ist in der Rechtsphilosophie selten beanstandet worden. Platon erkannte in dem Guten das Ziel von Recht und Politik, Aristoteles übertrug diese Rolle eher dem Glück und dem Gemeinwohl, Cicero betonte seinerseits die Orientierung des Rechts an der Gerechtigkeit, und Thomas von Aquin schlug Gemeinwohl und Gerechtigkeit als Ziele des Rechts vor. Die großen Denker der Antike und des Mittelalters schrieben nicht nur dem Recht ein Ziel – idealisch-moralischer Natur – zu, sondern behaupteten in Übereinstimmung mit der aristotelischen Erkenntnistheorie auch die Wichtigkeit einer *causa finalis* für die Erklärung des Rechts. Der Fokus der Finalität des Rechts für dessen Verständnis begann freilich bei den modernen Philosophen an Stärke zu verlieren, insbesondere bei Thomas Hobbes; auch wenn er die Selbsterhaltung des Menschen als Ziel von Recht und Politik ansah, setzte er für die Bestimmung des Rechts den Akzent auf den Befehl. Allerdings schrieben sowohl John Locke als auch Immanuel Kant, Georg W. F. Hegel und die Utilitaristen dem Recht in einer reduzierten Form ein bestimmtes Ziel zu (vgl. Von der Pfordten: 2013, 22-27).⁶

Erst im 19. Jahrhundert verbreitete sich deutlich die Ansicht, dass die Mittel, durch die sich das Recht ausdrückt, besser als irgendeine Finalität das Rechtsphänomen definieren konnten. Dabei spielten laut Von der Pfordten der Skeptizismus der Zeit gegenüber notwendigen Zielen, der Wertrelativismus und der allgemeine wissenschaftstheoretische Positivismus eine entscheidende Rolle (vgl. Von der Pfordten: 2010, 2234). Außerdem werden insbesondere dieser Positivismus und dessen Anspruch, die Ziele, vor allem die moralischen Ziele, von der Erklärung des Rechts auszuschließen, im 20. Jahrhundert eine Weiterentwicklung erfahren. Ein Beweis dafür sind die verschiedenen Versuche, die im letzten Jahrhundert unternommen wurden, um das Rechtsverständnis auf Mittel zu konzentrieren, wie das Denken, die Sprache, die Regeln, die Normhierarchie und die Prinzipien. Dieser Ansatz hat übrigens in der modernen Rechtswissenschaft in dem Maße eine besondere Resonanz gehabt, als der Untersu-

⁶ Spezifisch schlug Locke die Erhaltung des Eigentums – in einem weiten Sinne – vor, Kant die Sicherung der Freiheit im liberalen Sinne, Hegel auch die Freiheit, aber im objektivierenden und gemeinschaftlichen Sinne, und die Utilitaristen nahmen ihrerseits als Ziel des Rechts die Maximierung des Nutzens an (vgl. Von der Pfordten: 2013, 26-27). Michel Villey weist andererseits darauf hin, dass die modernen Rechtsdenker im Allgemeinen weniger Interesse daran hatten, das Ziel des Rechts zu erklären, als seinen Ursprung zu erforschen (vgl. Villey: 2001, 135).

chungsgegenstand auf das geltende gesetzte Recht reduziert wurde (vgl. Von der Pfordten: 2013, 27-52; Goyard-Fabre: 1992, 24; Schöndorf: 2014, 230).

Im Einklang mit der klassischen und modernen philosophischen Tradition geht diese Arbeit jedoch davon aus, dass, auch wenn die Mittel ein unerlässliches Element zur Erkenntnis des Rechts darstellen,⁷ die Finalität wesentlich für das Rechtsverständnis ist.⁸ Diese Überzeugung hat hauptsächlich damit zu tun, dass das Recht, wie Alexy behauptet, einen idealen oder kritischen Charakter hat (vgl. Alexy: 2008, 17-18), und dass die Berücksichtigung dieser Dimension zur Anerkennung einer Intention aller Manifestationen von Recht führt. Es handelt sich um eine Intention, die sich naturgemäß von den faktischen rechtlichen Vermittlungen unterscheidet. Das Recht ist gewiss nicht auf seinen autoritativen oder empirischen Charakter reduzierbar, wie deutlich wird, wenn seine Untersuchung auf die Bestimmung von Rechtsmitteln beschränkt wird. Darüber hinaus setzt nach Von der Pfordten jeder rechtliche Ausdruck eine Form von Handlung voraus,⁹ wodurch gleichfalls der Schluss zu ziehen ist, dass das Recht, wie jede Handlung, zusätzlich zu den Mitteln auch eine Intention enthält, d.h. ein bestimmtes Ziel (vgl. Von der Pfordten: 2013, 17-18).

Es ist aber wichtig zu präzisieren, dass es sich aus der Sicht dieser Untersuchung um ein Ziel mit einer moralischen Komponente handelt, d.h. dass die Art Finalität, die beim Recht erkennbar ist, einen Anspruch auf eine Übereinstimmung mit einer Art von gemeinsamen moralischem Gewissen enthält – im Unterschied zu einer Finalität funktionaler oder zu mindestens einer nicht idealischen Natur, wie beispielsweise die Lust oder die Entwicklung der gesellschaftlichen Organisation.¹⁰ Die Möglichkeit eines Zieles mit einer moralischen Dimension lässt sich deutlich durch den Anspruch auf die Richtigkeit erklären. Alexy zufolge stellt es zusammen mit dem Zwang eine der notwendigen Eigen-

⁷ Was tatsächlich von den Überlegungen, die wir in unserem abschließenden Kapitel anstellen, übernommen wird.

⁸ In dieser Hinsicht ist Villey kategorischer, wenn er behauptet: „le droit se définit par sa *fin*“ (Villey: 2001, 35).

⁹ Dazu sagt Von der Pfordten auf konkrete Weise: „Recht ist menschliches Handeln bzw. ein menschliches Erzeugnis in zweierlei Weise: als ein allgemeines Phänomen und in allen seinen einzelnen Manifestationen. Entscheidet ein Richter, so handelt er. Erlässt ein Beamter einen Verwaltungsakt, so ist dies eine menschliche Handlung. Verabschiedet ein Parlament ein Gesetz, so führt es eine kollektive menschliche Handlung aus.“ (Von der Pfordten: 2013, 17).

¹⁰ In der zeitgenössischen rechtsphilosophischen Literatur herrschen eigentlich, laut Michel Villey, drei Arten von Zielen vor: Die, die modernem Individualismus entstammen (Sicherheit, Lust, Freiheit); die mit dem Kollektivismus des 19. Jahrhunderts verbundenen Ziele (gesellschaftlicher Frieden, Entwicklung, Institutionalismus); und das Ziel der Gerechtigkeit, aber in idealistischer Perspektive (Egalitarismus). Vgl. Villey: 2001, 132.

schaften des Rechts dar, und liegt daher allen rechtlichen Ausdrücken zugrunde.¹¹ In keinem Rechtssystem erlässt man eine Norm, sagt Alexy, die unabhängig von ihrem Inhalt einen Anspruch auf Richtigkeit nicht erhebt. Solcher Anspruch ergibt sich aus der Struktur der Rechtsakte und stellt die ideale Dimension des Rechts heraus. Die Richtigkeit wird aber in Bezug auf eine begründbare Moral festgelegt, und ihre Suche führt deswegen ein moralisches Element ins Recht ein (vgl. Alexy: 2008, 16, 20-23; Alexy: 2011, 131-132). Recht und Moral sind folglich eng verbunden, und diese Verknüpfung erreicht notwendigerweise auch die Finalität des Rechts.¹² So behauptet Alexy in seinem Hauptwerk *Begriff und Geltung des Rechts* von 1992:

„Der notwendige Zusammenhang zwischen dem Recht und der richtigen Moral wird dadurch gestiftet, daß der Anspruch auf Richtigkeit einen Anspruch auf moralische Richtigkeit einschließt [...]“ (Alexy: 2011, 132). „Darüber hinaus hat die Idee einer richtigen Moral den Charakter einer regulativen Idee im Sinne eines anzustrebenden Ziels. Insofern führt der Anspruch auf Richtigkeit zu einer mit dem Recht notwendig verbundenen idealen Dimension“ (Alexy: 2011, 136).

Auf diese Weise lässt sich festhalten, dass die Anerkennung eines Anspruchs auf Richtigkeit im Recht zur Anerkennung einer ideal-moralischen Dimension in seinem Ziel führt.

Daraus entsteht schließlich die Frage nach dem spezifischen Ziel, das dem Recht im Allgemeinen angemessen sein könnte. Für deren Beantwortung stellen die vorhergehenden Gedanken über die ideale Dimension eines solchen Zieles ein wichtiges Unterscheidungselement bereit. Es handelt sich aber um eine sehr umfassende Frage, deren ausführliche Beantwortung eigentlich außerhalb der Ansprüche dieser Arbeit liegt. Nun gibt es aber unter den möglichen Zielen des Rechts eines, das in der Geschichte der rechtlichen Reflexion einen Spitzenplatz hat, und das trotz seiner Allgemeinheit mit großer Offensichtlichkeit zu der Besonderheit des Rechtsphänomens passt. Es geht um das, was die philosophische Tradition, von Aristoteles ausgehend, „partikulare Gerechtigkeit“ nennt. Eine Tugend, die in neuerer Zeit von dem französischen Rechtsphilosophen Michel Villey ausdrücklich als Ziel des Rechts anerkannt wird.

¹¹ Diesbezüglich behauptet Alexy, dass die Frage nach der Natur des Rechts um drei Themen kreist: den Begriff der Norm und des normativen Systems, die faktische Geltung des Rechts und die rechtliche Richtigkeit oder Legitimität, die freilich ein Nebenthema der Geltung sei (vgl. Alexy: 2008, 15-16).

¹² Diese Einbeziehung der Richtigkeit und der Moral – und damit eines mit der Moral verbundenen Zieles – ins Recht ist offensichtlich von den Rechtsdenkern widerlegt, die, skeptisch gegenüber jeder ontologischen Argumentation, die rechtlichen Ausdrücke auf natürliche Ursachen bzw. auf ein kausales Netzwerk reduzieren (vgl. Alexy: 2008, 19).

Im fünften Buch seiner *Nikomachischen Ethik* unterscheidet Aristoteles grundsätzlich zwischen zwei Bedeutungen des Begriffs Gerechtigkeit: Die Gerechtigkeit im weiteren Sinn und eine Teilerscheinung von Gerechtigkeit, die Gerechtigkeit im engeren Sinn oder die partikulare Gerechtigkeit. Die Erste, die allgemeine Gerechtigkeit, betrifft die Achtung der Gesetze, die ihrerseits nach Aristoteles dem Glück der politischen Gemeinschaft dienen (NE V 1129b1; 1129b15); die Gerechtigkeit ist tatsächlich die einzige Tugend, die auf das Gute des anderen gerichtet ist (1130a3). Diese Gerechtigkeit im weiteren Sinn umfasst in Wirklichkeit alle anderen Tugenden (1129b19-23), mehr noch ist sie die vollkommene Tugend (1129b25). Es ist unwahrscheinlich, dass Aristoteles die Tugend mit der allgemeinen Gerechtigkeit gleichsetzt. Zwischen beiden gäbe es aber, wie Friedo Ricken herausstellt, nur einen begrifflichen Unterschied, sodass, wenn man die Tugend unter dem Gesichtspunkt ihrer Auswirkungen auf andere betrachtet, dabei die Gerechtigkeit im weiteren Sinn berücksichtigt wird (vgl. Ricken: 2007, 187).

Die partikulare Gerechtigkeit besteht andererseits in der Achtung vor der Gleichheit, was mit der Tatsache zu tun hat, von bestimmten Gütern nicht mehr haben zu wollen als das, was jedem zukommt (1129a32-35). Folglich fügt dann Aristoteles hinzu: „Das Unrecht tun besteht darin, sich selbst zu viel vom schlechthin Guten zuzuteilen und zu wenig vom schlechthin Üblen“ (1134a33-34; Aristoteles: 2007, 213). Mit anderen Worten ist die Person in diesem partikularen Sinn gerecht, wenn sie nicht ihren eigenen Vorteil daraus zieht und die Güter nach dem Maßstab der Gleichheit verteilt, sei es zwischen ihr selbst und einem anderen oder zwischen zwei anderen (1134a1-5; vgl. Ricken: 2007, 188). Die Gerechtigkeit im engeren Sinn lässt sich in zwei Grundformen untergliedern: Die Erste, die „austeilende“ Gerechtigkeit, betrifft die proportionale Verteilung von Gütern (Ämter, Ehre, Geld, Gesundheit) unter den Mitgliedern der Gemeinschaft, was nach der Würdigkeit jedes Einzelnen und durch die Teilnahme eines Dritten erfolgt; die andere, die „ausgleichende“ Gerechtigkeit, hat mit dem Ausgleich der Beziehungen zwischen den Menschen bezüglich ihrer Handlungen zu tun (1130b30-1131a9). Eine Aufgabe, die, laut Otfried Höffe, heute den Bereichen des Zivilrechts und des Strafrechts entspricht (vgl. Höffe: 1996, 228; Ricken: 2007, 189).

Gerade in dem, was Aristoteles als partikulare Gerechtigkeit bezeichnet, erkennt Villey das Ziel des Rechts. Der Kern dieser Art Gerechtigkeit besteht für

den französischen Rechtsphilosophen in dem Umstand, von den Gütern „nicht mehr zu nehmen als das Seine“, wobei aber zwei Punkte von Aristoteles hervorzuheben sind: Bei diesen Gütern handelt es sich um äußere Güter, d.h. um Dinge, die aufgeteilt werden können. Solche Verteilungsobjekte werden andererseits innerhalb einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe vorgefunden, sodass bei der partikularen Gerechtigkeit die Gemeinschaft eine besondere Bedeutung gewinnt (vgl. Villey: 2001, 49-51).

Angesichts dieser Erwägungen stellt Villey fest, dass die Handlungsbereiche der partikularen Gerechtigkeit und des Rechts übereinstimmen. Zum Einen kann die Aufgabe der gerechten Zuteilung von Gütern und üblen Umständen von Privatpersonen nicht bewerkstelligt werden, weil es dafür die Vermittlung eines Dritten bedarf. Aristoteles bezieht sich in diesem Sinn auf die ausgleichende Gerechtigkeit eines Richters: „Zu ihm zu gehen bedeutet zur Gerechtigkeit zu gehen“ (1132a19-21; Aristoteles: 2007, 203). Eine Verteilung innerhalb einer sozialen Gruppe zu machen, kann, so fügt Villey hinzu, ohne in Anarchismus und in Inkohärenz zu verfallen, nur einer öffentlichen Einrichtung, dem Gesetzgeber oder dem Richter zustehen (vgl. Villey: 2001, 50) – wodurch die Gerechtigkeit im engeren Sinn im Bereich des Rechts platziert wird. Aber das Recht beschränkt sich ebenfalls auf die Verwirklichung der partikularen Gerechtigkeit, weil seine Spezifität gerade darin besteht, zu ermöglichen, dass im gesellschaftlichen Leben die äußeren Güter auf gerechte Weise zugeschrieben werden, d.h. dass jeder das Seine erhält. Es handelt sich um das *suum cuique tribuere* (jedem das zu zuteilen, was ihm gehört) der römischen Juristen (vgl. Villey: 2001, 51). Das ist also das Ziel des Rechts. In diesem Sinne, schreibt Villey über die Aufgabe des Richters und dadurch der Juristen im Allgemeinen:

„Il a devant lui, en début d’instance, des plaideurs qui se disputent l’attribution de biens, de créances ou dettes: un morceau de champ, une pension, la garde de tel ou tel enfant, le statut de père de tel enfant, telle fonction publique. Il les renvoie ayant *dit* la part de chacun, attribué à chacun sa chose. Le *législateur*, qui guide le juge, et donc en tant qu’il contribue par ses lois à l’œuvre du droit, ne fait pas une œuvre différente. Aristote n’a fait que *décrire* l’intention réelle des juristes“ (Villey: 2001, 51). „[...] une sentence judiciaire, un article de notre Code Civil ont pour fonction d’*indiquer* la part de chacun : telle chose, telle dette est à x relativement à y“ (Villey: 2001, 57).

Auf der Grundlage seiner Orientierung an der partikularen Gerechtigkeit bekräftigt Villey zum anderen den objektiven Charakter des Rechts. Während die allgemeine Gerechtigkeit einen subjektiven Sinn enthält, d.h. dass es dabei um die Tatsache geht, ein gerechter Mensch zu sein (*δικαιοσύνη*); hat die parti-

kulare Gerechtigkeit eher eine objektive Bedeutung, es handelt sich um die Tatsache, die gerechte Sache zu verwirklichen ($\delta\acute{\iota}\kappa\alpha\iota\omicron\nu$).¹³ Das Recht als „Maß der Verteilung der Güter“ ($\delta\acute{\iota}\kappa\alpha\iota\omicron\nu$) verstanden, wird also zur objektiven Verwirklichung der Gerechtigkeit. Wiederum unterstreicht der französische Rechtsphilosoph die gesellschaftliche Dimension des Rechts. Als $\delta\acute{\iota}\kappa\alpha\iota\omicron\nu$ findet das Recht nur in einer Gruppe statt, in der eine Verteilung vorgeht; es ist daher ein gesellschaftliches Phänomen. Wenn die Gerechtigkeit bei Aristoteles das Wohl des Anderen ist, bedeutet das nach Villey, dass das Recht nur Attribut meiner Person ist und „nicht ausschließlich ‚mein Recht‘“; es ist ein „Maß von gerechten gesellschaftlichen Beziehungen“ (Villey: 2001, 51-57).

Der Vorschlag Villeys beendet sicherlich nicht die Debatte über die Eignung der Gerechtigkeit und anderer Ideale, um die Finalität des Rechts zu verkörpern. In diesem Diskurs haben Autoren wie Seelmann und Demko darauf hingewiesen, dass die Gerechtigkeit der aristotelischen Tradition im engeren Sinn „bloß formal“ bleibt. Wie oben dargelegt, enthält sie bei Aristoteles zwei Forderungen, und zwar die proportionale Verteilung und den Ausgleich. Das „jedem das Seine“ ist so mit dem Gebot „jedem das Gleiche“¹⁴ in Einklang zu bringen, und tatsächlich ist, als man beide Gebote versucht hat zusammenzufassen, häufig die Formel „Gleiches gleich behandeln“ daraus geworden. Seelmann und Demko behaupten, dass das Problem darin besteht, dass eine solche Erläuterung der Gerechtigkeit nicht erklärt, von „welcher Art die Übereinstimmungen zwischen Personen oder Situationen sein müssen, damit das Recht sie auch gleich behandeln muss“ (Seelmann/Demko: 2014, 150),¹⁵ d.h. dass sie kein

¹³ Siehe auch Höffe: 1996, 226-227. Höffe bezeichnet dieses objektive Verständnis von Gerechtigkeit als „institutionell“, wonach die Gerechtigkeit „Regeln, insbesondere Rechtregeln (Gesetze), und Institutionen, sogar die Grundordnung einer politischen Gemeinschaft“ betrifft.

¹⁴ Villey richtet in seiner Darlegung der partikularen Gerechtigkeit den Focus auf die Proportionalität, da er der Ansicht ist, dass der Ausdruck „gleich“ (die Übersetzung vom griechischen ἴσον) in modernen Zeiten einen strengen Sinn enthält, den er bei der griechischen Sprache nicht hat: „Le *Dikaion* est une proportion (celle que nous découvrirons bonne) entre deux choses partagées entre des personnes; un proportionnel (terme neutre), un *analogon*... L'*ison* n'est pas que l'équivalence de deux quantités, plutôt l'*harmonie*, la *valeur* du *juste*, proche parente de la valeur du *beau*. L'*Ison* est un 'juste milieu' entre 'un excès et un défaut'. Point du tout l'égalité simple ou 'arithmétique' du moderne égalitarisme“ (Villey: 2001, 56). Berücksichtigt man dies, kann man nur dann nach Villey behaupten, dass das Recht eine Gleichheit besagt. Dazu bemerkt Ricken, dass die arithmetische Gleichheit auf den „sekundären“ Bereich der ausgleichenden bzw. korrigierenden Gerechtigkeit zutrifft, während die wesentliche Norm „für den Aufbau und Bestand der menschlichen Gemeinschaften“ – das Gebiet der austeilenden Gerechtigkeit – die geometrische Gleichheit ist (Ricken: 2007, 189).

¹⁵ Ricken präzisiert, dass, auch wenn das „Gleiches gleich behandeln“ sowohl im Bereich der austeilenden als auch der ausgleichenden Gerechtigkeit gilt, sich die Frage, welche Personen gleich oder ungleich sind, spezifisch im Gebiet der austeilenden Gerechtigkeit stellt. Die ausglei-

„inhaltliches Kriterium“ für die gleiche oder für die unterschiedliche Behandlung stellt. Bei der partikularen Gerechtigkeit geht es also nur um einen formalen Rahmen, der wegen seiner Allgemeinheit nicht in der Lage ist, Kriterien für den Aufbau einer Rechtsordnung oder für die Regelung einer bestimmten Situation anzubieten (vgl. Seelmann/Demko: 2014, 149-151).

In der Tat hat die Gerechtigkeit im engeren Sinn einen formalen Charakter. Dennoch vermag, wie Villey als Antwort auf Hans Kelsen behauptet,¹⁶ die Berufung auf das Gebot „jedem das Seine“ bzw. auf „jedem das Gleiche“ der rechtlichen Tätigkeit keine Kriterien für die konkrete Zuteilung von Gütern anzubieten, sondern nur das Eigene gegenüber anderen Tätigkeiten zu unterscheiden. Das heißt, das Wesentliche der Gerechtigkeit als *δικαιον* für das Recht besteht darin, dass sie diesem eine Finalität, eine Orientierung, vorschlägt, durch welche gewissermaßen die Natur des Rechts selbst aufscheint (vgl. Villey: 2001, 51). Die inhaltlichen Kriterien für das, was jedem zukommt, oder um die Gleichsetzung zwischen Personen oder Situationen zu bestimmen, sind ihrerseits in jeder konkreten Situation zu erkennen.

1.2.1.1 Recht, Moral und Politik

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Anerkennung eines moralischen Elements im Ziel des Rechts – bei Aristoteles ist das *δικαιον* letztendlich eine Tugend (vgl. Ricken: 2007, 188) – nicht bedeutet, dass es sich auf die vormoderne These einer Assimilation von Recht und Moral stützt. Im Gegenteil, der Rückgriff auf den Begriff Gerechtigkeit im engeren Sinne trägt zu einer besseren Unterscheidung der Handlungsfelder beider Bereiche bei.

Aus der Perspektive des Ursprungs von Normen wurde das Recht „als institutionelle Inkarnation der Moral“ verstanden, da es eine ganze Reihe von Normen enthält, wie das Tötungsverbot und das Diebstahlverbot, die stark in den moralischen Intuitionen der Menschen verwurzelt sind (vgl. Seelmann/Demko: 2014, 83-84). In der Tat ist der Einfluss der Moral auf das Recht eine faktische Realität, die in allen bestehenden Rechtssystemen nachweisbar

chende Gerechtigkeit betrachtet Täter und Opfer, gemäß der arithmetischen Gleichheit, gewiss als gleich (vgl. Ricken: 2007, 189).

¹⁶ Kelsen hält die römische Formel *suum cuique tribuere* für tautologisch oder inhaltsleer: „Es ist leicht einzusehen, daß die für die Anwendung dieser Norm entscheidende Frage: Was das ‚Seine‘, das einem jeden Gebührende, sein Recht ist, durch diese Norm nicht bestimmt wird. Da das einem jeden Gebührende das ist, was ihm zugeteilt werden soll, läuft die Formel des *suum cuique* auf die Tautologie hinaus, daß jedem zugeteilt werden soll, was ihm zugeteilt werden soll“ (Kelsen: 1960, 366).

ist, wie zum Beispiel bei den westlichen Systemen und ihrer Berufung auf die Menschenwürde oder den „guten Sitten“ der Gesellschaft (vgl. Neumann: 2017, 14).¹⁷ In der zeitgenössischen Reflexion des Rechts ist man sich jedoch der Probleme bewusst geworden, die eine schwache Unterscheidung zwischen Moral und Recht für das soziale Zusammenleben mit sich bringt, und man hat sich daher für eine „Demoralisierung“ des Rechtsverständnisses entschieden. Diese Probleme sind im Wesentlichen zwei, obwohl sie eng miteinander verbunden sind: Die Gefahr, die in einer Verrechtlichung nicht allgemein anerkannter moralischer Intuitionen für die Ausübung der Freiheit besteht; und die Gewalt, die ein Recht mit einer starken Aufladung an moralischen Inhalten – die in der Tat immer schwieriger zu verallgemeinern sind – auf Gesellschaften mit einem stärkeren Bewusstsein ihrer Pluralität ausüben kann (vgl. Seelmann/Demko: 2014, 84-86; Brieskorn: 1990, 79).

Angesichts der Gefahr, die andererseits die Unwissenheit über die moralische Grundlage, auf der die ganze Rechtsordnung¹⁸ beruht, für das soziale Zusammenleben bedeutet, ist die von Ronald Dworkin und Robert Alexy grundlegend erarbeitete Alternative einer „Theorie von Prinzipien“ in der Rechtswissenschaft allgemein gut angenommen worden. Der Vorschlag besteht in der Transformation von allgemein anerkannten moralischen Normen aufgrund ihrer internen Richtigkeit (Rechtsstaat, Demokratieprinzip, dem Grundsatz Treu und Glauben etc.) in Rechtsprinzipien, die als Rechtsnormen in der Lage sein können, Geltung in der gesamten Rechtsordnung zu erlangen. Auf diese Weise würde die Bedeutung des Verhältnisses von moralischen Normen und Rechtsnormen hervorgehoben, und dennoch eine formale Abgrenzung zwischen beiden Arten von Normen hergestellt (vgl. Neumann: 2017, 14).¹⁹

¹⁷ Allerdings ist dies, wie Brieskorn betont, in den meisten Rechtsnormen, die in diesen Gesellschaften erlassen werden, weniger offensichtlich, da sie aus rational vorher festgesetzten Prozessen der Rechtserzeugung resultieren (vgl. Brieskorn: 1990, 75-76).

¹⁸ Wie Brieskorn und Seelmann/Demko feststellen, sind sowohl die Gründung einer Rechtsordnung als auch die Entscheidung, ob moralische Kriterien darin aufgenommen werden sollen oder nicht, bereits auf eine moralische Möglichkeit zurückzuführen (vgl. Brieskorn: 1990, 76; Seelmann/Demko: 2014, 86).

¹⁹ Dworkin definiert diese Rechtsprinzipien in seinem Hauptwerk *Taking Rights Seriously*, folgendermaßen: „I call a ‚principle‘ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality“ (Dworkin: 1978, 22). Zur Gleichwertigkeit, die Alexy zwischen diesem Verständnis eines Rechtsprinzips und der Konzeption von Grundrechten herstellt, siehe: Alexy, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 71 f., 77 f.

Aus der Sicht des spezifischen Handlungsfeldes jeder Art von Norm kann die Unterscheidung zwischen Moral und Recht jedoch deutlicher sein. Gerade in dieser Perspektive befindet sich die Unterscheidung zwischen den beiden Bereichen, die Villey von seiner Vorstellung des Begriffs Gerechtigkeit im engeren Sinn der *Nikomachischen Ethik* bezieht. Laut Villey ist es im Wesentlichen charakteristisch für die Moral, sich an die Subjektivität des Individuums zu richten, um die Tugend in ihm zu fördern und ihn auf bestimmte Verhaltensweisen, einschließlich die des gerechten Menschen, zu verpflichten. Das Recht sucht hingegen, ohne seine Verbindung mit der Moral zu verleugnen, das festzuschreiben, was jedem in jeder strikt äußeren Situation zukommt, in der etwas zu verteilen ist. In diesem Sinne behauptet der französische Denker, dass es dem Recht nicht zusteht, die Tugend der Gerechtigkeit im Individuum zu normieren, sondern das Gerechte im objektiven Feld der gesellschaftlichen Beziehungen zu schaffen (vgl. Villey: 2001, 54-55), er schreibt:

„Il n’importe pas au juriste que subjectivement je sois honnête et rempli de bonnes intentions à l’égard des finances publiques; seulement que mon impôt soi payé; non pas même, préalablement – c’est là le rôle de la science du droit – que soit découverte et *définie* la part d’impôt qui me revient. Autre exemple: le droit pénal n’a pas pour fonction d’*interdire*, quoi que certains prétendent, l’homicide, le vol ou l’avortement; ces défenses relèvent de la morale; un jury ou le Code pénal *répartissent* les peines, à chacun la peine qui lui revient“ (Villey: 2001, 56).

Das Recht ist für Villey die Wissenschaft des *δίκαιον*, nicht der *δικαιοσύνη*, und das ist es, was den Unterschied bei der Moral ausmacht.

In diesem Zusammenhang ist es auch passend, die Form der Beziehung zwischen Recht und Politik zu spezifizieren, die dieser Arbeit zugrunde liegt. Dazu ist es notwendig, zunächst die beiden Positionen zu berücksichtigen, die die philosophische Tradition zu diesem Thema vertreten hat: Einerseits ist da die Vorstellung, dass politisches Handeln notwendigerweise innerhalb der durch das Recht vorgegebenen Grenzen stattfindet; und andererseits die These, dass es eher das Recht ist, das seiner Natur nach politischen Entscheidungen unterliegen muss. Wie Matthias Kaufmann betont, fand die erste Position Unterstützung im griechischen Denken sowie im Mittelalter und wurde dann mit Kant bekannt. Die zweite Idee hat sich erst in der Moderne entwickelt, von Hobbes in ihrer radikalen Version,²⁰ von Jean Bodin und in jüngster Zeit von Carl Schmitt in einer nuancierten Form, d.h. als Bekräftigung des Vorrangs der

²⁰ Auf die spezifische Fragestellung von Hobbes in dieser Hinsicht werden wir dann in Bezug auf die Entstehung des Rechtspositivismus zurückkommen.

politischen Macht vor dem Recht, ausschließlich angesichts der eventuellen Notwendigkeit, das Überleben der Rechtsordnung zu sichern (vgl. Kaufmann: 2017, 335-338).²¹

In der heutigen Zeit wird dem Bewusstsein auferlegt, es sei für die Führung einer Gesellschaft in Wirklichkeit am wenigsten problematisch, eine wechselseitige Konditionierung zwischen politischem Willen und Rechtssetzung anzuerkennen. In der Tat geschieht dies in der Regel in westlichen Gesellschaften, dass zu verschiedenen Momenten und auf unterschiedlichen Organisationsebenen sowohl Rechtsnormen erscheinen, die aus einem über die aktuelle Gesetzmäßigkeit hinausgehenden politischen Handeln entstanden sind, als auch politische Entscheidungen, die strikt am Rande einer Rechtsordnung getroffen wurden, wie z.B. von einer Verfassung aufgestellt. Soziale Tatsachen entwickeln sich in einer so wenig strukturierten Art, und die Führung einer Gesellschaft ist zu einer so komplexen Aufgabe geworden, dass es offensichtlich ist, dass es weder Gesetz noch politische Behörden gibt, deren Geltung als endgültig angesehen werden kann.

Natürlich hängt die Aufrechterhaltung jeder Gemeinschaft in hohem Maße von der Normalisierung der rechtlichen Legitimierung der Entscheidungen und im Gegensatz dazu, von der Besonderheit einer Gründung des Rechts im politischen Willen ab. Andernfalls könnten die Kontingenzen des politischen Handelns alle Formen gesellschaftlicher Institutionalität untergraben. Es ist jedoch nicht die juristische Norm selbst, die die Gemeinschaft erhält, sondern das, was sie eher entfalten soll, nämlich die Werte, die die Individuen verbinden. Und diese Werte werden sicherlich im politischen Handeln umfassender ausgedrückt, insofern dort die moralischen Überzeugungen der sozialen Akteure lebendiger hervortreten. Die vorliegende Arbeit geht deshalb von der Annahme aus, dass Politik und Recht einander bedingen (vgl. Benda: 1995, 511-512).

Doch zurück zur Moral ist also darauf hinzuweisen, dass moralische Überzeugungen auch dem politischen Handeln zugrunde liegen. Diese können aber umso eher nachverfolgt werden, je mehr sie die Ausübung des politischen Handelns selbst fördern. Und in diesem Sinne ist anzuerkennen, dass die normative Ordnung des Rechts, soweit ihre Ressourcen reichen, dazu beiträgt, dass

²¹ Siehe in diesem Zusammenhang Schmitt's Verständnis der politischen Souveränität in: Schmitt, Carl (1934), *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Souveränität*, München, 11-22.

das politische Handeln die moralischen Überzeugungen der Gemeinschaft auf die vorteilhafteste oder am wenigsten problematische Weise formuliert.

Um schließlich auf das gesamte Phänomen des Rechts zurückzukommen, zeigt das bisher Geschriebene also, warum der Ablauf der vorliegenden Arbeit die Anerkennung der Gerechtigkeit, in diesem speziellen Sinn, als Ziel des Rechts voraussetzt. Auch wenn dieser Gerechtigkeitsbegriff nicht zu einer detaillierten Bestimmung der Aufgaben des Rechts führt, schlägt er mindestens einen Handlungshorizont vor, der nicht nur mit der Aufgabe von Gesetzgebern und Richtern vereinbar ist, sondern auch mit dem Anspruch auf die Richtigkeit des Rechts, d.h. mit der moralischen Komponente, ohne dabei das Recht zu einem Ableger von Moral zu machen.

1.2.2 Die gesellschaftliche Funktion des Rechts

Geht man von dem Interesse dieser Arbeit am Verständnis der zentralen Aspekte des Rechts aus, hat man zum einen anerkannt, dass das Recht ein gesellschaftliches Phänomen ist, da es sich auf eine Handlung bezieht, die innerhalb einer bestimmten Gesellschaft und einer bestimmten Zeit geschieht. In Anbetracht der Finalität, die dieses Phänomen in sich trägt, kann man mit Villey seine Finalität in der Verwirklichung von Gerechtigkeit identifizieren, im Sinne der gerechten Verteilung von Gütern und Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedern einer Gemeinschaft. Eine soziale Faktizität und eine ideale Orientierung an der Gerechtigkeit gehören also zur Natur des Rechts.

Nun ergibt sich aber aus diesen Erwägungen eine Behauptung normativer Art, die ausdrücklich zu klären ist, da sie eine wichtige Voraussetzung dieser Untersuchung darstellt. Wenn Villey sagt, dass das Recht als *δικαιον* ein „Maß von gerechten gesellschaftlichen Beziehungen“ ist, schließt man daraus, dass sich das Recht zur Aufgabe macht, eine Form von Gesellschaft zu verwirklichen, in der die sozialen Beziehungen derart beschaffen sind, dass jeder erhält, was ihm zusteht. Das heißt, dass die Ausübung des Rechts die Aufgabe übernimmt, von seinem Handlungsfeld aus eine gerechte Gesellschaft aufzubauen. Es handelt sich um einen relevanten Ansatz, weil es besagt, dass das Recht seinem Wesen nach eine gesellschaftliche Funktion hat. Man kann hinzufügen, dass so eine Funktion treffender wird, wenn die soziale Wirklichkeit durch ein Missverhältnis bei der Verteilung von Gütern und Zuständigkeiten gekennzeichnet ist, wie es tatsächlich in den lateinamerikanischen Gesellschaften der Fall ist.

Dieser normative Blick auf die Aufgabe des Rechts ist selbstverständlich vor dem Hintergrund jeder möglichen Reflexion über das Rechtsphänomen zu werfen. So steht es dem rechtlichen Denken zu, in seiner Allgemeinheit einen Diskurs zu schaffen, der mit dem Zustand der gesellschaftlichen Gerechtigkeitsverhältnisse im Dialog steht, und in diesem Sinne, so kann man sagen, mit dem Zustand der Gerechtigkeit und der Emanzipation in der Welt. Heutzutage darf diese Reflexion über das soziale Leben eine Tatsache nicht ungeachtet lassen, die die westlichen Gesellschaften immer stärker prägt, nämlich das, was John Rawls „the fact“ des Pluralismus nennt (vgl. Rawls: 2005, xviii-xix). Aus diesem Grund widmet diese Untersuchung dem Pluralismus besondere Aufmerksamkeit.

1.2.3 Rechtlicher Pluralismus

Unter den verschiedenen Phänomenen der menschlichen Erfahrung, in denen Formen von Pluralismus anzutreffen sind, interessiert sich diese Arbeit für das Phänomen der rechtlichen Normen und Institutionen. Der Pluralismus der rechtlichen Ausdrucksformen lässt sich aber nur angemessen verstehen, wenn man zuerst den epistemologischen und den kulturellen Pluralismus, den die menschlichen Gesellschaften ausbilden, wahrnimmt.

Die zeitgenössische Erkenntnistheorie stellt in der Tat fest, dass, worauf Jörg Sandkühler hinweist, die Erkenntnis der Wirklichkeit in keiner Weise in der Verfügung eines einzigen Erkenntnissystems liegt. Denn nicht nur die Worte können mehr als eine richtige Bedeutung haben. Es gibt auch mehr als eine Art von rationaler Erkenntnis und mehr als eine dem Gegenstand angemessene Methode.²² Es besteht also eine Pluralität von epistemischen Zugängen zur Natur der Elemente der Wirklichkeit, einschließlich der Natur des Rechtsphänomens (vgl. Sandkühler: 1998, 136-137; Ollig: 2010, 368). Dieser epistemische Pluralismus steht außerdem in enger Verbindung mit der Vielfalt von Kulturen, die sich immer stärker innerhalb der westlichen Gesellschaften finden lassen. Selbst wenn der kulturelle Pluralismus ein Faktum, eine offenkundige Tatsache,

²² Für weitere Einzelheiten präzisiert Sandkühler im Einklang mit der „linguistischen Wende“: „Es gibt keine *kausale* Beziehung der Referenz zwischen den Entitäten und den Worten und Begriffen (*Pluralismus der Gründe und Ursachen*); es sind Symbolsysteme, mit deren Hilfe Ereignisse und Eigenschaften in Klassen geordnet und zugeordnet werden und Namen erhalten (*Pluralismus der symbolischen Formen, der Diskurse, der Narrationen*).“ (Sandkühler: 1998, 137).

ist, verweist dieser Ausdruck aufgrund des Umfangs des Kulturbegriffs²³ auf eine Realität, in der komplexe, vom menschlichen Geist erzeugte Bedeutungssysteme in Frage kommen, vor allem Wertvorstellungen, religiöse Überzeugungen, Weltansichten, Kommunikationsformen und Lebensweisen. Der kulturelle Pluralismus bezieht sich also auf eine Vielfalt von Bedeutungssystemen innerhalb der menschlichen Gesellschaften – Systemen, die ohne Zweifel mit natürlichen Bedingungen, wie ethnische Zugehörigkeiten und geographische Herkunft, verbunden sein können.

Der epistemologische und kulturelle Pluralismus oder, wie Sandkühler bemerkt, der „Pluralismus der Wissenskulturen“ (vgl. Sandkühler: 2010: 2063) existiert auf moralischem Gebiet in einer Pluralität von sittlichen Erkenntnisformen oder, konkreter, von sittlichen Regulierungsmechanismen. Im Schnittpunkt des Moralischen und des Politischen spiegelt sich dieser Pluralismus in einer Pluralität von rechtlichen Ordnungen wider, die aus unterschiedlichen Normen und Institutionen zusammengesetzt sind. Das ist das Phänomen, in dem sich der rechtliche Pluralismus erkennen lässt.

Im Laufe der Zeit hat sich eine Gruppe von Rechtswissenschaftlern für den Begriff „Rechtspluralismus“ eingesetzt. Er wurde im 20. Jahrhundert von Rechtssoziologen wie beispielsweise Eugen Ehrlich eingeführt, seine Wiedereinführung in die rechtliche Diskussion der letzten Jahrzehnte geht aber auf die Arbeiten des Rechtswissenschaftlers John Griffiths zurück. Im Wesentlichen bekräftigt der Rechtspluralismus, von einem deskriptiven Standpunkt aus, die komplexe Vielfalt von Mechanismen sozialer Regulierung, die in jeder Gesellschaft existieren. Damit zielt er auf die Ablehnung der verbreiteten Vorstellung, wonach sich das Recht nur mit dem von einem Staat produzierten Recht identifiziert. So behauptet Griffiths in seinem Aufsatz *What ist Legal Pluralism* von 1986:

„Lawyers, but also social scientists, have suffered from a chronic inability to see that the legal reality of the modern state is not at all that of the tidy, consistent, organized ideal so nicely captured in the common identification of ‘law’ and ‘legal system’, but that legal reality is rather an unsystematic collage of inconsistent and overlapping parts, lending itself to no easy legal interpretation, morally and aesthetically offensive to the eye of the liberal idealist, and almost incomprehensible in its complexity to the would-be empirical student“ (Griffiths: 1986, 4).

²³ Der von Clifford Geertz formulierte und weit verbreitete Vorschlag einer Kulturdefinition lautet, „an historically transmitted pattern of meanings embodied in symbols, a system of inherited conceptions expressed in symbolic forms by means of which men communicate, perpetuate and develop their knowledge about and attitudes towards life“ (Geertz: 1973, 89).

Griffiths konstatiert in diesem Zusammenhang, dass in einer Gesellschaft ein Recht aus verschiedenen Quellen regiert, d.h. ein Recht, das aus Regulierungen von verschiedenen rechtlichen Ordnungen (Familie, Freiwilligenorganisationen, religiösen Institutionen, Wirtschaftsorganisationen etc.) zusammengesetzt ist. Das lässt sich damit erklären, dass das Recht in „the self-regulation of a ‚semi-autonomous social field‘“ besteht, und dass in der Tat jede Gesellschaft viele dieser *fields* beinhaltet. Der Rechtspluralismus stellt also ein allgemeines Merkmal der gesellschaftlichen Organisation dar. Laut Griffiths genügt es, dass die rechtlichen Normen und Institutionen unter einem einzigen System nicht vollständig subsumiert werden, damit sich der Rechtspluralismus durch „the self-regulatory activities of all the multifarious social fields“ in einer Gesellschaft äußert (Griffiths: 1986, 38-39).

Als natürliche Konsequenz des kulturellen bzw. gesellschaftlichen Pluralismus genommen, ist der Rechtspluralismus, wie Gunther Teubner feststellt, zum Ausgangspunkt des Versuchs vieler „postmoderner“ Juristen geworden, das Recht auf neue theoretische Grundlagen zu bauen, wobei sie die Pluralität aus einer normativen Sicht verstehen (vgl. Teubner: 1995, 191). Dies gilt besonders für die Forschungen einer Gruppe lateinamerikanischer Rechtswissenschaftler, die festgestellt haben, dass in der Vielfalt von Rechtsquellen das Fundament für eine demokratischere Gestaltung des Rechts in plurikulturellen Gesellschaften, wie die von Lateinamerika, gegeben ist (vgl. Schacherreiter: 2010).

Freilich fokussieren sich die Rechtspluralisten oft auf die tatsächliche Wirksamkeit des Rechts, und dadurch schwächen sie den Anspruch auf dessen Richtigkeit und so seinen idealen Charakter ab. Diesbezüglich gibt Teubner zu, dass die bloße Feststellung der Existenz von Mechanismen sozialer Regulierung oder sozialer Kontrolle ungenügend ist, um „das spezifisch ‚Rechtliche‘“ zu definieren. Insofern liefern die Theoretiker des Rechtspluralismus kein Kriterium, das sich zur Unterscheidung des Phänomens Recht von anderen Formen sozialen Zwanges eignet (vgl. Teubner: 1995, 198-200; Marschelke: 2017, 449). Gewiss ist dies ein großes Problem, welches alle rechtlichen Reflexionen betrifft, jedoch ist der Vorschlag, *δικαιον* als Rechtsziel zu etablieren, wie sich gezeigt hat, richtungsweisend. Aber ein konkreteres Problem, dem der Rechtspluralismus aufgrund seines streng deskriptiven Ansatzes nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt hat, ist die dringende Notwendigkeit, in plurikulturellen Gesellschaften wie den lateinamerikanischen Gesellschaften grundlegende Para-

meter zu schaffen, die die Koexistenz der verschiedenen Rechtssysteme unterstützen – kurz, das Problem der Rechtfertigung der rechtlichen Einheit einer Gesellschaft. Dieses Problem zu lösen, bedeutet normative Kriterien festzulegen, die das politische Handeln befähigen, die notwendigen Mittel zur Rechtfertigung einer minimalen gemeinsamen Rechtsordnung zu legen – eine Aufgabe, die von den Rechtspluralisten vermieden wurde (vgl. Kirste/Ploder: 2017, 306-307).²⁴

Das Verdienst der Rechtspluralisten besteht aber darin, dass sie die Tatsache der Vielfalt von Recht, welche in den Gesellschaften existiert, zum Vorschein gebracht haben. Für Jan-Christoph Marschelke hat der Rechtspluralismus eine „heuristisch-sensibilisierende Bedeutung“ (vgl. Marschelke: 2017, 449). Gewiss ist so eine Pluralität auch unter dem Gesichtspunkt der moralischen bzw. idealen Komponenten des Rechts eine Realität. Wenn sich aus dem Pluralismus der Wissenskulturen sowohl ein sittlicher wie auch ein politischer Pluralismus ergibt, so kann sich die Überlappung beider Gebiete nicht durch eine Pluralität rechtlicher Ordnungen ausdrücken.

Was die Frage nach der normativen Sicht des rechtlichen Pluralismus angeht, ist darauf hinzuweisen, dass dieser als solcher im Prinzip weder gut noch schlecht sein kann. Es sei denn, es handelt sich um einen radikalen Pluralismus, der in jeder Hinsicht die rechtliche Einheit und damit das soziale Zusammenleben unmöglich machen würde und deswegen als negativ zu beurteilen ist. Wenn ein nicht radikaler Pluralismus schon gegeben ist, könnte er nicht unterdrückt werden, ohne dabei gegen die Grundprinzipien des menschlichen Zusammenlebens zu verstoßen, wie die Freiheit und die Gerechtigkeit selbst, denen sich das Recht nicht entziehen darf. Um die Grundprinzipien der Gesellschaft zu bewahren, sollte die Existenz der rechtlichen Vielfalt anerkannt und aus einer normativen Perspektive betrachtet werden. Selbstverständlich gehört dazu auch, dass der rechtliche Pluralismus Gegenstand der rechtsphilosophischen Reflexion ist. Daher wird er in der vorliegenden Arbeit als fundamentale Variable zur Unterscheidung der Rechtsbegründung berücksichtigt.

²⁴ Wir werden in unserem letzten Kapitel auf diese Notwendigkeit zurückkommen, die Einheit des Rechts in plurikulturellen Gesellschaften zu begründen.

1.3 Der Bezug auf Lateinamerika

Die Bezeichnung eines Teils des amerikanischen Kontinents durch den Ausdruck „Lateinamerika“ (*Latinoamérica* oder *América Latina* in spanischer Sprache) geht auf die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück, ein historischer Kontext, der stark von der Suche nach eigenen geokulturellen Identitäten geprägt war. Tatsächlich hat der Gebrauch des Namens Lateinamerika, als Bezeichnung für die von Spanien, Portugal und Frankreich kolonisierten amerikanischen Gebiete, zur Konstruktion einer gemeinsamen Identität in dieser Weltregion beigetragen, indem er zunächst die Aufmerksamkeit auf ihren gemeinsamen Gebrauch von Sprachen gelenkt hat, die aus dem Lateinischen stammen.²⁵

Der Name Lateinamerika hat aber, aus einer linguistisch-geographischen Sicht, gewisse Begrenzungen. Einerseits gibt es zum Beispiel ein großes amerikanisches Gebiet, nämlich das französischsprachige Kanada, das eine lateinische Sprache als offizielle Sprache hat und trotzdem bei der gewöhnlichen Verwendung des Wortes Lateinamerika nicht gemeint ist. Andererseits sind mit demselben Wort auch zahlreiche Gebiete gemeint, deren Bewohner keine lateinische Sprache benutzen, sondern ihre einheimischen Sprachen. Wenn man aber die Benutzung lateinischer Sprachen ausklammert, um eine eher gesellschaftliche Perspektive einzunehmen, stellt man fest, dass der Name Lateinamerika, in seiner gewöhnlichen Verwendung, eine bestimmte gesellschaftlich-geographische Realität bezeichnet, für die man derzeit über keinen adäquateren Namen verfügt.

Eine genaue und allgemein akzeptierte Bestimmung dieser Realität ist freilich nicht vorhanden. Man kann aber mindestens zwei Merkmale hervorheben, die bei jeder Vorstellung des Begriffs Lateinamerika vorkommen und die ausreichend dazu beitragen, dass die vorliegende Untersuchung ihren Bezug auf die lateinamerikanischen Gesellschaften deutlich machen kann. Wenn also die Rede von Lateinamerika ist, spricht man vor allem von amerikanischen Gesellschaften, in denen nicht nur die lateinischen Sprachen, sondern auch die latei-

²⁵ Über den entscheidenden Faktor, der zur Verbreitung des Namens Lateinamerika führte, wurde lange Zeit diskutiert. Nach einer sehr bekannten Theorie wurde diese Bezeichnung von französischen Strategen mit der Absicht gefördert, die Präsenz Frankreichs auf dem amerikanischen Kontinent hervorzuheben. Eine von Arturo Ardao gut dokumentierte Theorie betont hingegen die ausdrückliche Initiative lokaler Autoren, im Geist der romantischen Spekulation über die Rassen und vor allem gegenüber der zunehmenden US-amerikanischen Herrschaft, eine „wissenschaftliche“ Bezeichnung für das spanische, portugiesische und französische Amerika vorzuschlagen (vgl. Ardao: 1993, 63-73).

nisch-europäische Kultur die gesellschaftlichen Institutionen gebildet haben²⁶ und in denen die sozialen Beziehungen stark von der indigenen bzw. afroamerikanischen Mentalität geprägt sind. Beide Merkmale definieren gewiss nicht vollständig den Begriff Lateinamerika, aber sie kommen in erster Linie in jeder Charakterisierung einer typischen lateinamerikanischen Gesellschaft vor.

In dieser Hinsicht sind drei Länder, als frühere Zentren der kolonialen spanischen und portugiesischen Präsenz, von diesen Merkmalen besonders betroffen und darum repräsentativ für die lateinamerikanischen Gesellschaften: Mexiko im mittelamerikanischen Raum, Peru in der Andenregion und Brasilien im Amazonasgebiet. Aus diesem Grund wird sich die Analyse des lateinamerikanischen Rechts dieser Arbeit besonders auf diese drei Gesellschaften beziehen, genauer gesagt auf ihre rechtliche Entwicklung. Es geht also nicht um eine systematische Untersuchung der Besonderheiten des Rechts in jedem lateinamerikanischen Land; die Arbeit setzt eher voraus, dass sich in der sozialgeschichtlichen Erfahrung bestimmter Länder die wesentlichen Eigenschaften des lateinamerikanischen Rechts im Allgemeinen äußern. Unter dieser Prämisse bezieht sich die vorliegende Untersuchung auf Lateinamerika.

²⁶ Aus dieser Sicht bildet ein großer Teil der karibischen Länder einen anderen gesellschaftlichen Raum, der eher von der angelsächsischen oder niederländischen Kultur beeinflusst ist.

2. Das moderne Recht im postkolonialen Lateinamerika

2.1 Die Grundlagen des modernen Rechts

Der am Anfang des 19. Jahrhunderts begonnene Dekolonisierungsprozess Lateinamerikas führte die daraus entstehenden Länder dazu, über ihre konkreten Staatsformen hinaus die neuen rechtlichen Institutionen und Normen, die damals in Europa und Nordamerika entwickelt wurden, anzunehmen. Diese rechtlichen Ausdrücke entsprechen dem im aufgeklärten Europa der Neuzeit entstandenen Rechtsmodell, das wir als modernes Recht kennen und das die lateinamerikanischen Länder, freilich mit einigen lokalen Anpassungen, noch bis in die Gegenwart behalten haben. Anders gesagt, ist die Gestaltung des postkolonialen Rechts in Lateinamerika auf der Grundlage des modernen Rechts vorgenommen worden, was bedeutet, dass das daraus resultierende Recht von derselben moral-politischen Kultur bestimmt ist, die einem solchem Modell zu eigen ist. Insbesondere war die Einführung des modernen Rechts in Lateinamerika, ebenso wie auf dem alten Kontinent und in Nordamerika, vom Aufbauprozess einer politischen Ordnung begleitet, die auf dem Modell des modernen Nationalstaates gegründet wurde. Allerdings hat, wie später darzulegen ist, die Einführung des modernen Rechts in den lokalen postkolonialen Gesellschaften besondere Charakteristiken entwickelt. Beschäftigen wir uns zunächst mit den theoretischen und geschichtlich-gesellschaftlichen Prozessen, die das moderne Recht im Allgemeinen begründen.

2.1.1 Die modernen rechtsphilosophischen Leitlinien

Aus theoretischer Sicht liegen der Entwicklung des modernen Rechts in den westlichen Gesellschaften zwei rechtsphilosophische Leitlinien zugrunde. Zum einen die Tendenz, das Recht von einer universalisierenden und von moralischen Zielen geleiteten Vernunft herzuleiten, kurz die Naturrechtslehre; wobei das Recht im Allgemeinen auf der Grundlage dieser Ziele – etwa Gerechtigkeit, Freiheit, Glück oder Gemeinwohl – zu definieren ist, und jede Rechts- und Staatsinstanz ihr Fundament in einem solchen moralischen Recht hat, das un-

bedingte Verbindlichkeit fordert (vgl. Höffe: 1987, 1296-1297). Die zweite rechtsphilosophische Leitlinie besteht in der positivistischen Rechtsauffassung, d.h. in der Idee eines, im weiteren Sinne, auf seine eigene Wirksamkeit und, im strengen Sinne, auf den Willen des Regierenden gestützten Rechts.²⁷ Beide Perspektiven haben die zentralen Diskussionen der modernen Rechtsphilosophie belebt, obwohl die systematischen Arbeiten, die den Rechtspositivismus vertreten, erst im 19. Jahrhundert auftauchen. Zwei Autoren sind bei diesen Debatten von besonderer Bedeutung, nämlich Hugo Grotius und Thomas Hobbes.

2.1.1.1 Grotius und die Gestaltung des rationalistischen Naturrechts

Gewiss hat die naturrechtliche Strömung ihre Wurzeln in Cicero und in der Scholastik, dennoch beeinflusste Hugo Grotius die moderne Naturrechtstradition stärker, indem er, von der scholastischen Methode Abstand nehmend, ein rationalistisches Naturecht verbreitete. In Bezug auf die Grundlagen des Rechts teilt Grotius freilich den Intellektualismus von Thomas von Aquin in dem Maße, wie er an die Existenz eines idealen Rechts glaubt, das für den Menschen durch seine eigene Vernunftnatur zugänglich ist; und damit teilt er auch die scholastische Idee der Abhängigkeit des Rechts von rational-moralischen Prinzipien (vgl. Friedrich: 1955, 40; Villey: 2001, 224-225).²⁸

Auf erkenntnistheoretischer Ebene orientiert sich Grotius jedoch, protestantisch und ohne Zweifel von Galileo Galilei und René Descartes beeinflusst, am Rationalismus. Da es wegen der Religionskonflikte nicht möglich war, allgemeingültige religiöse Aussagen zu treffen, erkennt Grotius die Notwendigkeit, das Naturgesetz von seinem theologischen Begründungszusammenhang zu trennen. Dies führt ihn dazu, ein Naturrechtssystem unabhängig von der Möglichkeit der Existenz eines göttlichen Gesetzgebers aufzubauen, d.h. ein System, das allein auf der Basis einer gemeinsamen Vernunft beruht, wie Cicero es vorgeschlagen hatte („vera lex recta ratio“²⁹). Dieser Ansatz wird in diesem bezüglich der Prinzipien des Naturrechts bekannten Satz Grotius deutlich aufgestellt:

²⁷ „Positivismus“ geht auf die lateinische Vokabel *positivus* (gegeben, gesetzt) zurück. Vgl. Weiß: 1998, 515-516.

²⁸ Das heißt, dass, wie Villey sagt, für Grotius – sowie für andere Rechtsdenker wie Samuel Pufendorf, Gottfried W. Leibniz, Christian Thomasius und Jean-Jacques Rousseau – das Recht die ideale Norm ist, die sich gegen Tatsachen durchsetzt, und nicht umgekehrt (vgl. Villey: 2001, 225).

²⁹ Ein Satz von Cicero, der zwischen den Fragmenten auftaucht, die *De re publica* (Buch III, 22, 33) versammelt, und der ins Deutsch als „Das wahre Gesetz ist die rechte Vernunft“ zu übersetzen ist.

„Diese hier dargelegten Bestimmungen würden auch Platz greifen, selbst wenn man annähme, was freilich ohne die größte Sünde nicht geschehen könnte, daß es keinen Gott gäbe oder daß er sich um die menschlichen Angelegenheiten nicht bekümmere“ (Grotius: 1950, 33).³⁰

Bei Thomas von Aquin war die Vernunft nur ein Mittel, zum göttlichen Gesetz Zugang zu erhalten; nach Grotius, und mehr noch unter dem späteren Einfluss der kantianischen Philosophie, wird die Vernunft nunmehr zur Erkenntnisquelle für die Rechtsphilosophie (vgl. Wesel: 2014, 362; Villey: 2001, 224-225).

Diese rationalistische Naturrechtslehre, deren Einfluss bis zu den großen Autoren der modernen Rechtsphilosophie (Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, John Locke, Christian Thomasius, Gottfried W. Leibniz, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant) reicht, wird die allgemeine moderne politische Rationalität spürbar beeinflussen. In diesem Sinne bestärkt sie das Prinzip der Vernunftmäßigkeit, aber auch der Freiheit und der Gleichheit, und entspricht damit den Grundsätzen, die die theoretische Basis der Aufklärung und dadurch die Französische Revolution bestimmen (vgl. Höffe: 1987, 1304). Freiheit und Gleichheit waren von der scholastischen Naturrechtslehre schon vorbereitet worden, aber in der Neuzeit erhalten sie eine politischere Konnotation. So kommt man, mit Wesel gesprochen, dazu, dass historisch gesehen die allgemeine Gleichheit zum Hebel wurde, „mit dem feudale Grundstrukturen allmählich demontiert werden konnten“ und die allgemeine Freiheit „wichtige Grundsteine für den Aufbau der bürgerlichen Gesellschaft“ (Wesel: 2014, 363) legte. Letzten Endes sind es diese ursprünglich christlichen Prinzipien, durch die das Naturrecht seinen wichtigsten Beitrag zur Rechtsgeschichte leistet: nämlich als Rechtfertigungsrahmen für die allgemeinen Menschenrechte.³¹

2.1.1.2 Hobbes und die Grundlagen des Rechtspositivismus

Hobbes führt, wie Goyard-Fabre herausstellt, eine bedeutende semantische Änderung in das Naturrechtsverständnis ein, die zusammen mit anderen theoretischen Abwandlungen ihn dazu führen wird, die Grundlagen für die Entstehung des Rechtspositivismus zu legen. Bei Hobbes bezieht sich das Naturrecht, oder vielmehr das, was er in seinem *Leviathan* von 1651 *right of nature*

³⁰ Und daraus entstehen übrigens bei Grotius die Grundlagen eines Völkerrechts – ein Ansatz, den freilich der Spätscholastiker Francisco de Vitoria schon vorbereitet hatte (vgl. Kunz/Mona: 2015, 62; Wesel: 2014, 364).

³¹ Eine kurze Zusammenfassung der modernen Naturrechtslehre in historischer Hinsicht ist in Wesel: 2014, 362-369 zu finden.

nennt, nicht mehr auf eine universelle moralische Ordnung, wie es bei der Scholastik oder bei Grotius der Fall war,³² sondern auf ein anthropologisches Merkmal des Individuums. Konkret wurzelt das *right of nature* nunmehr in der Selbsterhaltung des Individuums mithilfe der Mittel, die nur von seiner Vernunft etabliert werden (vgl. Goyard-Fabre: 1992: 73-74):

„THE RIGHT OF NATURE, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing any thing, which in his own judgment, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto“ (Hobbes: 1839, 116).

Das Natürliche wird so zum Anspruch des Individuums, eine säkulare gesellschaftliche Ordnung zu schaffen, um zu überleben und in Frieden zu leben. Mit diesem Ansatz radikalisiert Hobbes nicht nur den Rationalismus von Grotius, sondern er führt damit auch eine Anthropologisierung des Naturrechts ein, wie Goyard-Fabre feststellt. Und diese neue Begründung des Naturrechts bringt sicherlich eine neue Orientierung im Rechtsverständnis mit sich, die antimeta-physisch ebenfalls danach strebt, nach dem Muster der modernen Naturwissenschaft eine wissenschaftliche Leistung zu werden (vgl. Goyard-Fabre: 1992, 72, Wesel: 2014, 367).

In seiner Argumentation geht Hobbes eigentlich von der anthropologischen Prämisse aus, dass der Mensch in seinem Naturzustand, d.h. vor der politischen Organisation, allein, in ständigem Krieg mit den anderen und natürlich ohne jegliche rechtliche Verbindung mit ihnen steht (vgl. Hobbes: 1839, 112-113). Daraus zieht er dann den Schluss, dass der Mensch, anders als noch in der aristotelisch-thomistischen Tradition, nicht natürlich politisch ist. Und auf dieser Grundlage führt er die Figur des Gesellschaftsvertrages ein, durch den, wie Villey bemerkt, die Individuen selbst und nicht mehr eine externe Autorität über sich bestimmen. Die Individuen richten sich so durch den Gesellschaftsvertrag und durch kein anderes Mittel als ihre menschliche Vernunft eine oberste Instanz ein, die dafür zuständig ist, die Ordnung und den sozialen Frieden zu gewährleisten. Diese selbst geschaffene höchste Macht ist für Hobbes der Staat (vgl. Hobbes: 1839, 157-158; Villey: 2001, 105-106).

Das Recht wird in diesem theoretischen Konstrukt zu einem Produkt des Staates; denn es wird auf die vom Staat zur Errichtung der sozialen Ordnungge-

³² Was offensichtlich im Fall der Scholastik vor dem Hintergrund eines teleologischen Verständnisses des Natürlichen geschah.

gebenen Gesetze reduziert, unabhängig davon, was ihr Inhalt ist. Die Grundlage des Rechts ist nicht mehr eine ideale, allen Menschen gemeinsame Natur. Das, was nun bestimmt, was überhaupt Recht ist, ist das staatliche positive Recht. Dieses ist auf jeden Fall das Natürliche im Recht, womit, so Wesel, Naturrecht und positives Gesetz eins werden (vgl. Villey, 2001, 106; Wesel: 2014, 366-367). Für Hobbes ist nur der Staat befugt zu entscheiden, was rechtmäßig oder legitim ist, oder – wie Goyard-Fabre unterstreicht – zu definieren, was Eigentum, Abstammung, Erbschaft etc. sind. Und da diese autoritative Haltung, die den Leviathan-Staat charakterisiert, zur Selbstgenügsamkeit dessen führt, befestigt sich eine Ablehnung jeglicher Bezugnahme auf einen moralischen Horizont für die Rechtsproduktion.³³ So wird eines der zentralen Postulate des Rechtspositivismus entworfen (vgl. Hobbes: 1839, 165-166; Goyard-Fabre: 1992: 73, 75).

Theoretisch gesehen liegt jetzt die erste Rechtsquelle im Willen der freien Subjekte, die den Vertrag und den Staat konstituieren, wobei Hobbes die voluntaristische Perspektive übernimmt, die der Nominalismus eingeführt hatte (vgl. Villey, 2001, 221).³⁴ Die freie Vereinigung ist tatsächlich für die meisten modernen Naturrechtsdenker das, was den Menschen erlaubt, einen öffentlichen Raum einzurichten, in dem, wie Antonio Carlos Wolkmer es ausdrückt, die individuellen Besonderheiten zu normativen Kategorien erhoben werden, die dann „als allgemeine Absichten koexistieren“ (Wolkmer: 2001, 39). Es geht im Übrigen um eine theoretische Vorstellung, die notwendigerweise die Existenz von „gleichen und mit gemeinsamen Interessen begabten Individuen“ (Wolkmer: ebd.) voraussetzt, die spontan entscheiden, sich als Gemeinschaft zu konstituieren. Das ist es, was letzten Endes das gesellschaftliche Leben und seine rechtlichen Strukturen ausmacht. Dennoch ist zu unterstreichen, dass der Voluntarismus bei Hobbes eine ganz neue Dimension gewinnt: indem er die Rechtsproduktion dem Staat unterordnet, macht er den Willen des Souveräns zur unmittelbaren Rechtsquelle: „*authoritas, non veritas facit legem*“.³⁵ Das ist der Grund, warum Hobbes nicht nur zum Förderer des Absolutismus wird, son-

³³ Der Ausdruck „Rechtsproduktion“ bezieht sich in dieser Arbeit auf die Erzeugung von Rechtsformen, die nicht nur unbedingt durch den Staat – hier spricht man von „Rechtssetzung“ – stattfindet, sondern auch durch andere Rechtsquellen. In diesem Sinne kann man behaupten, dass Hobbes die Rechtsproduktion auf die Rechtssetzung reduziert.

³⁴ Der Voluntarismus wird von den wichtigsten rationalistischen Naturrechtsdenkern angenommen, mit Ausnahme von Rousseau, für den die Gesetze Resultat eines allgemeinen Willens sind, der wesentlich gerecht ist (vgl. Ruiz: 2002, 219).

³⁵ Berühmter Satz des 26. Kapitels der lateinischen Ausgabe (1668) des *Leviathan*, von Wesel übersetzt als: „Die Machvollkommenheit und nicht irgendeine Wahrheit bestimmt, was Gesetz wird“ (Wesel, 2014, 367).

dern auch zum Referenzpunkt für die strenge Auffassung des Rechtspositivismus. Übrigens präzisiert Villey in diesem Zusammenhang, dass sich ursprünglich der Rechtspositivismus nur auf eine Rechtsquellenlehre bezieht, die die Zentralität des vom Fürst gegebenen Gesetzes bekräftigte. Erst ab dem 19. Jahrhundert entwickelt sich für ihn die Doktrin, dass das Recht auf die „rechtlichen Tatsachen“ beschränkt ist, d.h. auf das wirkende Recht (vgl. Villey: 2001, 135).

Bemerkenswert ist ebenfalls der zentrale Platz, den das Individuum bei der modernen Begründung des Rechts einnimmt, insofern es jenes ist, das im eigenen Interesse den Vertrag und dessen rechtliches Korrelat vereinbart.³⁶ Hobbes und die meisten neuzeitlichen Naturrechtsdenker untergraben auf diese Weise die klassische Naturrechtstheorie, die auf der Idee der Gemeinschaft basierte, und unterstützen dagegen den modernen Individualismus (vgl. Villey, 2001, 106, Goyard-Fabre: 1992, 71). Während die scholastische Naturrechtslehre der aristotelischen Idee der natürlichen Geselligkeit des Menschen folgte, wobei von der Existenz einer Pluralität von gesellschaftlichen Gruppierungen mit jeweils eigenen rechtlichen Besonderheiten angegangen wurde, behaupten die meisten modernen Naturrechtsdenker nunmehr die unpolitische Natur des Menschen, wodurch sie den rechtlichen Gemeinschaftsbindungen einen künstlichen Charakter zuweisen (vgl. Ruiz: 2002, 189). Dieses individualistische Konzept der rationalistischen Naturrechtslehre wird eigentlich auch vom Rechtspositivismus übernommen, sodass es zu einem charakteristischen Merkmal des modernen Rechts in seiner Gesamtheit wird.

Um auf das vom vorhergehenden Kapitel eingeführte Thema der Beziehung zwischen Recht und Politik zurückzukommen, ist schließlich hervorzuheben, dass die Neuzeit diese Beziehung neu definiert. In der scholastisch geprägten naturrechtlichen Rechtsauffassung wurde das Recht, wie Ernst Benda behauptet, als „gott-gegebene, jedenfalls vorgegebene Ordnung“ (Benda: 1995, 511) betrachtet, sodass die Politik nur ein Instrument dafür bereitstellte, diese fertige Ordnung in der Gemeinschaft umzusetzen. Die zentralen neuzeitlichen Rechtsphilosophen arbeiten hingegen, indem sie Abstand von der scholastischen politischen Lehre nahmen, Theorien aus, in denen das Recht aus der modernen politischen Organisationsform heraus gedacht wird, und schließen dar-

³⁶ Womit Hobbes vom ebenfalls nominalistischen Postulat, das einzig Wirkliche sei das Individuum, nur die Konsequenzen zieht (vgl. Villey, 2001, 106).

aus, dass, selbst wenn die Politik dem Recht unterworfen ist, diese das Recht erzeugt (vgl. Benda: ebd.). Von daher erklärt sich also, dass der moderne Staat, nachdem er das politische Handeln monopolisiert hatte, Hegemonie über das Recht ausübt. Freilich trug dazu die positivistische Rechtsphilosophie stark bei, von Thomas Hobbes bis Hans Kelsen.

2.1.2 Die Grundlagen der Organisationsform moderner Gesellschaften

Das Recht ist ein Sozialphänomen, d.h. ein Ausdruck von gesellschaftlichen Beziehungen, die, wie Wolkmer in seinem Werk *Pluralismo jurídico* behauptet,³⁷ in bestimmten Bedürfnissen verankert sind. In diesem Maße ist jede wichtige Rechtskonzeption der abendländischen Zivilisation Ergebnis nicht nur von theoretischen Entwicklungen gewesen, sondern auch von gewissen gesellschaftlichen Prozessen, die zu einer bestimmten Organisationsform geführt haben (vgl. Wolkmer: 2001, 26). Das war so im Fall der juristischen Auffassungen, die in der römischen Kaiserzeit und in der Periode des europäischen Feudalismus vertreten wurden, und natürlich ist dies auch so der Fall im modernen Recht.

Die gesellschaftliche Organisation der westlichen Zivilisationen, auf die das moderne Recht zurückgeht, hat grundsätzlich mit drei geschichtlichen Prozessen zu tun, die nach dem Ende der feudalistischen Gesellschaft das Europa der Neuzeit allmählich charakterisierten: das Aufkommen der bürgerlichen Gesellschaft, die Konsolidierung der kapitalistischen Produktionsform und insbesondere die Entstehung des Nationalstaates. Aber diese Prozesse hätten nicht zu einer neuen politischen Rationalität geführt, wenn sie nicht von einer umfassenderen kulturellen Bewegung gestützt worden wären, die bis heute die Geschichte der abendländischen modernen Gesellschaften beeinflusst, nämlich die

³⁷ In der weiteren Darstellung der Grundlagen des modernen Rechts – und teilweise auch in unserer späteren Analyse des postkolonialen lateinamerikanischen Rechts – folgen wir besonders der theoretisch-geschichtlichen Interpretation, die der brasilianische Rechtsphilosoph Antonio Carlos Wolkmer über diese Phänomene vorgelegt hat. Als Forscher des „National Rats für Wissenschaftliche und Technologische Entwicklung“ von Brasilien hat sich Wolkmer in seinem akademischen Leben an verschiedenen lateinamerikanischen Universitäten der Forschung und der Lehre des Rechts gewidmet, insbesondere der Rechtsgeschichte und der Kritik des Rechts. Besondere Aufmerksamkeit haben unter seinen Forschungen die Geschichte des brasilianischen Rechts und das Phänomen des rechtlichen Pluralismus in Lateinamerika bekommen. Unter seinen Veröffentlichungen ragen diese heraus: *Introdução ao pensamento jurídico crítico* (São Paulo, 1991), *Pluralismo jurídico, fundamentos de uma nova cultura no direito* (São Paulo, 1994), *História do direito no Brasil* (Rio de Janeiro, 1998) und *Síntese de uma história das idéias jurídicas, da Antigüidade Clásica à Modernidade* (Florianópolis, 2006).

von Wolkmer so genannte „liberal-individualistische Kultur“ (vgl. Wolkmer: 2001, 26, 37).

Das Aufkommen dieser Kulturform hängt hauptsächlich mit der Entstehung des Liberalismus in den westlichen Gesellschaften zusammen. Was das Phänomen des Letzteren angeht, verfügt man gewiss, wie Lothar Gall bemerkt, über eine breite Palette von Deutungen, je nachdem, ob man den Liberalismus als ein epochenspezifisches politisch-soziales System versteht, das in der Zeit „des Übergangs von der ständischen Gesellschaft zu modernen Industriegesellschaft“ (Gall: 1987, 916) entstanden ist, oder als das Wertesystem, das die Gesamtheit der westlichen Gesellschaften auf der Grundlage ihres gemeinsamen aufklärerischen Denkens und ihrer spezifischen Welt- und Lebensauffassung verbindet. Wenn sich die Frage auf die Suche nach den Wurzeln des Liberalismus konzentriert, dann, so stellt Gall fest, lassen sich die Deutungen freilich auf die Aufklärung und auf die politischen und gesellschaftlichen Bedingungen der Endphase der ständischen Gesellschaft zurückführen. In diesem Sinne kann der Liberalismus als die Grundanschauung des europäischen Bürgertums in seinem Kampf gegen die Herrschaft des aristokratischen Feudalismus betrachtet werden (vgl. Gall: 1987, 916-917; Brieskorn: 2010b, 273).³⁸ John Rawls erwähnt seinerseits zwei weiteren Faktoren, die bei der Betrachtung der Entstehung des Liberalismus auch zu berücksichtigen sind: die Entwicklung des Toleranzprinzips und der Gewissensfreiheit, die sich nach den Religionskriegen des 16. und 17. Jahrhunderts in Westeuropa bildeten (vgl. Rawls: 2007, 11).

Was den zentralen Ansatz des Liberalismus angeht, vertritt Gall die Ansicht, dass der geistige Kern des Liberalismus vor allem vom Gedanken einer weitgehenden Autonomie des Individuums bestimmt ist, „verbunden mit der Vorstellung, daß das freie Spiel der individuellen Kräfte in allen Daseinsbereichen [...] zu einer optimal funktionierenden, allen dienlichen und damit in höchstem Maße gerechten Ordnung führen werde“ (Gall: 1987, 917). Aus dieser Suche nach Autonomie folgt die Tatsache, dass der Liberalismus, sobald er zum politischen Projekt wurde, gegenüber dem absolutistischen Staat an der Notwendigkeit festhielt, eine repräsentative Demokratie zu errichten, die gleicher-

³⁸ Wobei man mit Wolkmer auch erwähnen muss, dass Autoren wie Nicola Matteucci die Wurzeln des Liberalismus nicht so sehr im Bürgertum als solche gesucht haben, sondern „in der Forderung der politischen Freiheit, die (im Fall Englands) von der Aristokratie dadurch entsteht, dass sie gegen die absolute Macht des Königs kämpft“ (Wolkmer: 2001, 37). Siehe: Matteucci, Nicola (1983), „Sovranità“, in: Bobbio, Norberto/ Matteucci, Nicola/ Pasquino, Gianfranco (Hg.), *Dizionario di politica*, Torino, 1102-1110.

maßen im öffentlichen Recht und in den Menschenrechten begründet ist. So beschränkt sich das Ziel des Staates, wie Brieskorn behauptet, „auf die Garantie von Sicherheit, Eigentums-, Lebens und Freiheitsschutz“, und in diesem Sinne auf die Gewährleistung der „Freiheit des Wirtschaftens“ (Brieskorn: 2010b, 273).³⁹ In Einklang damit ist ebenfalls die neue Konzeption der Legitimation der politischen Herrschaft bemerkenswert, die der Liberalismus auf der Grundlage der rationalistischen Naturrechtslehre fördert und die besonderen Ausdruck in den kontraktualistischen Theorien findet. Weder Gott noch eine teleologisch verstandene Natur können für diese Theorien, legitimationsstiftende Instanzen sein (vgl. Brieskorn: ebd.; Kersting: 1995, 680-681). Denn ein legitimes Regime ist, so Rawls, jenes, „that its political and social institutions are justifiable to all citizens – to each and every one – by addressing their reason [...]“ (Rawls: 2007, 13).

In enger Verbindung mit dem Liberalismus entwickelte sich auch ein individualistisches Ethos, das, begründet im Ideal einer vollständigen Freiheit, welches das Individuum und seine Interessen zum Zentrum allen sozialen Handelns machte.⁴⁰ Der daraus resultierende Individualismus, räumt so

„dem Menschen Priorität als autonomes Zentrum von ökonomischen, politischen und rationalen Entscheidungen ein. Das Handeln rechtfertigt sich nicht durch seine interaktive Behauptung mit dem Sozialen, sondern durch eine Subjektivität, in der sich das rationale Subjekt ‚erkennt und als Individualität behauptet‘“ (Wolkmer: 2001, 39-40).

Die Konvergenz von Liberalismus und Individualismus führt auf diese Weise eine neue Kultur in die abendländischen Gesellschaften ein, die auf der Grundlage des Kampfes für die geistige und soziale Emanzipation,⁴¹ für die politische Autonomie, sowie für die individuelle Freiheit die verschiedenen Aspekte der gesellschaftlichen Organisation prägen wird.

³⁹ Daher hat der Liberalismus sich im wirtschaftlichen Bereich auf die freie unternehmerische Initiative, das private Eigentum und die Marktwirtschaft gestützt (vgl. Wolkmer: 2001, 39).

⁴⁰ Wobei ist es wichtig zu präzisieren, dass der Liberalismus als solcher den sozialen Charakter des Menschen nicht negiert; er fördert aber einen ethischen Individualismus, der die Autonomie des Individuums bezüglich seines Verhaltens unterstreicht (vgl. Brieskorn: 2010b, 273).

⁴¹ Hier ist darauf hinzuweisen, dass der Ursprung des Ausdrucks Emanzipation im lateinischen Begriff *emancipatio* liegt, mit welchem im römischen Recht die Freilassung des Sohnes aus der väterlichen Verfügungsgewalt bezeichnet wird. Sicherlich war es das moderne Denken, das diesen Ausdruck in den sozialen Bereich übertragen hat. Somit beginnt man ab Mitte des 19. Jahrhunderts, den Begriff Emanzipation in Deutschland nicht nur für das Mündigwerden von Kindern zu verwenden, sondern für jede Form der Befreiung, wobei für „die Forderungen verschiedener Gruppen (irische Katholiken, Juden, Frauen, Arbeiter) nach bürgerlicher Gleichstellung“ (Lobkowicz: 1986, 241) immer öfter auf diesen Begriff verwiesen wird. Die theoretischen Grundlagen des Konzepts der sozialen Emanzipation sollten allerdings zu modernen Zeiten auf den Gedanken der Aufklärung zurückgehen.

Sowohl der Einfluss der liberal-individualistischen Kultur als auch die Führungsrolle der bürgerlichen Gesellschaft wie die Forderungen der kapitalistischen Produktionsform und die Dynamik des modernen Nationalstaates, führen die modernen Zivilisationen zu einer neuen politischen Organisationsform. Diese Organisationsform und damit ihre Konzeption des Rechts sind also Produkte der Integration von allen diesen Faktoren. Nun aber ist die Einführung des Nationalstaates der entscheidende gesellschaftliche Prozess, der die neue Form der politischen Macht institutionalisiert und so die Gestaltung der modernen rechtlichen Ordnung bestimmt.

Der Nationalstaat verstärkt so die Ansätze der liberal-individualistischen Kultur auf der Ebene der politischen Struktur, was zunächst mit der geschichtlichen Tatsache verbunden ist, dass der moderne Staat, mindestens im Falle Englands und Frankreichs, als Resultat von innerstaatlichen Revolutionen und von der Selbstbestimmung der Staatsbürger entsteht (vgl. Riescher: 1998, 412). Insbesondere zeichnen sich die Ideale der neuen Kultur durch den Verfassungsstaat aus, der, wie Josef Isensee feststellt, die reifste Form des modernen Staates ist. Der Verfassungsstaat nimmt so

„[...] seine Kompetenz nicht nur in der religiösen Wahrheitsfrage zurück, sondern auch in Angelegenheiten der Weltanschauung und Wissenschaft, der Kultur und öffentlichen Meinung, der Wirtschaft und der politischen Willensbildung. [...] Er baut die politische Einheit nicht auf Wahrheit (weder religiöse noch zivilreligiöse), sondern auf Freiheit, die durch Grundrechte sowie durch rechtsstaatliche und demokratische Institutionen verfassungsrechtlich gewährleistet wird“ (Isensee: 1989, 139).

Nun aber führt der Nationalstaat andererseits ein Element in das politische Leben ein, das eigentlich in Spannung zum liberalen Geist stehen wird: Indem der moderne Staat im Anspruch der europäischen Fürsten nach den Religionskonflikten in der politischen Einheit ihrer Länder wurzelt, nimmt er eine zentralistische Machtstruktur ein, die von nun an die gesellschaftliche Organisationsform der westlichen Zivilisationen charakterisiert. Im Unterschied zur polyzentrischen und komplexen Struktur der feudalistischen Herrschaftsgebilde tritt der Nationalstaat als eine territorial konzentrierte und exklusive institutionelle Struktur auf, die sich nicht nur auf die Säkularisierung der Macht stützt, sondern auch auf das Gewaltmonopol und auf die Verwaltungsbürokratie. Bei den theoretischen Grundlagen dieser neuen Architektur der staatlichen Macht spielen hauptsächlich die politischen Lehren von Niccolò Machiavelli, Jean

Bodin und natürlich Thomas Hobbes eine herausragende Rolle (vgl. Wolkmer: 2001, 40-41).

2.1.3 Die zentralistische Gestaltung des modernen Rechts

Die Art politischer Organisation, die die modernen Gesellschaften in ihrer theoretisch-geschichtlichen Entwicklung fördern, konnte gewiss mit den mittelalterlichen rechtlichen Strukturen nicht koexistieren, und aus diesem Grund wird sie zu einem neuen Rechtsparadigma⁴² führen. Dieses zeichnet sich grundsätzlich durch zwei Merkmale aus: eine staatliche „Legalisierung“ und vor allem eine „Zentralisierung“ des Rechts.

Zunächst ist aber die Beziehungsform zu betrachten, die zwischen dem modernen Staat und dem modernen Recht besteht. Eigentlich sind dessen Grundlagen im Wesentlichen ein Spiegel der rechtlichen Anforderungen des Nationalstaats. Anders gesagt, das von den modernen Gesellschaften geförderte Projekt von Legalität wurde, wie Wolkmer behauptet, vom Staat selbst, ausgerichtet auf die Ausübung seiner Souveränität, aufgebaut und validiert. So stützt sich die moderne Rechtsdogmatik auf die Prinzipien von Staatlichkeit und Einheit, und damit von rechtlicher Rationalisierung und Positivierung (vgl. Wolkmer: 2001, 45-46). Das Recht im Allgemeinen wird aus dem Blickwinkel der staatlichen Macht oder, genauer gesagt, der souveränen Macht betrachtet. Andererseits entsteht, um es mit den Worten Norberto Bobbios zu sagen, mit einer „Etatisierung des Rechts“ auch eine „Juridisierung des Staates“ (Bobbio: 1983, 334), da in der modernen Politiktheorie der Staat aus Sicht der Rechtsordnung gesehen wird; das führt zur Behauptung, dass es außerhalb des juristischen Staates keinen Staat gibt. Beleg dafür ist die große Menge von allgemeinen Gesetzen, die der moderne Staat schafft und durch die, formal kodifiziert im genannten Korpus des „positiven Rechts“, die Staatsorgane ihre Befugnis zur Gesetzgebung (Legislative) und zur Rechtsprechung (Judikative) ausüben. Max Weber vertritt in diesem Sinne die Ansicht, dass der moderne Staat der Staat ist, in dem die Legitimität der Macht in erster Linie auf ihrer Legalität bzw. Gesetzlichkeit beruht, genau gesagt, „auf dem Glauben an die Legalität gesetzter

⁴² Im Folgenden verwenden wir den Begriff „Paradigma“ im Sinne eines spezifischen Ausführungsmodells, in diesem Falle, das des Rechts, und zwar in dem Sinne, in dem auch Habermas, wie wir später sehen werden, von einem „prozeduralen Rechtsparadigma“ spricht (vgl. Sobrevilla: 2007, 576).

Ordnungen“ („Legalitätsglaube“) (Weber: 1956, 124; vgl. Bobbio: 1983, 334-336).

Angesichts der zentralen Merkmale des modernen Rechts ist erstens die Tatsache hervorzuheben, dass im germanisch-römischen Rechtskreis⁴³ das Gesetzesrecht das höhere Gewicht unter den Rechtsquellen bekommt, d.h. das Recht, das nach einem staatlichen Reflexionsprozess durch eine dazu befugte Behörde systematisch festgeschrieben wird. Die Folge davon ist, dass im modernen Staat nicht nur die anderen traditionellen Quellen, vor allem Gewohnheits- und Richterrecht, durch die einzige Quelle des positiv-schriftlichen staatlichen Rechts ersetzt werden, sondern dass das ganze Recht seine faktische Geltung fast ausschließlich auf dem Wege der Legislative erlangt.⁴⁴ Auf diese Weise führt also die „Etatisierung des Rechts“ zu einem Prozess, den Bobbio als „Legalisierung des Rechts“ bezeichnet (Bobbio: 1983, 336). Was die Frage nach der Legitimität des Gesetzesrechts betrifft, ist hier zu präzisieren, dass in der staatlichen rechtlichen Struktur die Legitimität nicht wirklich auf der spontanen Zustimmung der Gemeinschaft von Individuen ruht, sondern auf den offiziellen Verfahrensmechanismen, unter denen die Legislative jede Norm schafft. In diesem Sinne führt das moderne Recht, wie Wolmer feststellt, eine neue Art sozialer Legitimität ein:

„Im Unterschied zu den vormodernen und vorkapitalistischen Formen, beherrscht durch die traditionelle Legitimität und die charismatische Legitimität, schreibt der Staat jetzt die rechtlich-rationale Legitimität fest, basiert in der Depersonalisierung der Macht, der Rationalisierung des normativen Verfahrens, und der Überzeugung eines ‚moralisch motivierten Gehorsams‘, den mit einem korrekten Verhalten verbunden wird. In diesem Legitimationsprozess, nimmt die rechtliche Ordnung, neben ihren Merkmalen von Verallgemeinerung und Abstraktion, formale Darstellung durch die schriftliche Legalität an“ (Wolkmer: 2001, 48).

Und umgekehrt erlangt der Staat selbst durch seinen Zustand als „Rechtstaat“ Legitimation und festigt sich damit als maximale souveräne Macht, kontrolliert und reguliert durch das Recht.

⁴³ Rechtskreis, von dem, wie später zu zeigen ist, das lateinamerikanische Recht ein Erbe ist.

⁴⁴ An dieser Stelle ist die sekundäre Rolle vorwegzunehmen, die das Richterrecht bei den lateinamerikanischen Rechtsordnungen spielt. Dies erklärt sich daraus, dass die lateinamerikanischen Länder, wie Joseph Thome erinnert, die französische Lehre der Gewaltenteilung annahmen, „wonach die Gerichtshöfe eine relativ kleinere Rolle beim rechtlichen Prozess spielen sollten: sie sollten das Gesetz nicht machen, sondern es nur interpretieren und anwenden“ (Thome: 2000, 455). Siehe auch: Barker: 1988, 903-904. Der Fall des US-amerikanischen Rechts ist gewiss umgekehrt, da es als Mitglied des Rechtskreises des *Common Law* vielmehr zu bestreiten tendiert, dass die Substanz des Gesetzes in Regeln oder in einer anderen durch Befehl gesetzten Norm besteht (vgl. Finnis: 1995, 467).

In dieser Entwicklung verfestigt sich aber ein zweiter und allgemeinerer Prozess fest, der sich durch die Tatsache kennzeichnet, dass die Rechtsproduktion im vom Staat erzeugten Recht zentralisiert wird. Das ist das Phänomen, das die Vertreter des Rechtspluralismus als „Zentralismus“ oder „Monismus“ bezeichnen, und von dem die Legalisierung des Rechts in Wirklichkeit nur eine Folge ist. Damit die moderne politische Rationalität das moderne Recht zu dieser zentralistischen Form führt, wird jedoch eine geschichtlich-theoretische Evolution erforderlich sein – eine Evolution, die Wolkmer in vier Zyklen zusammenfasst.

Der erste Zyklus, in dem der rechtliche Monismus eigentlich konzipiert wurde, entwickelt sich hauptsächlich im 17. Jahrhundert. Es geht noch um die Gestaltungszeit des Rechtspositivismus, und deshalb kann man in dieser Periode noch eine enge Koexistenz von naturrechtlichen und rechtspositivistischen theoretischen Elementen beobachten. So haben die absolutistischen Souveräne zum einen vor, durch die säkularisierte Naturrechtslehre ihre unbegrenzte Herrschaft auf rationalen Kriterien zu begründen, aber sie beabsichtigen zum anderen auch, die Quellen der Rechtsproduktion dem Willen des Regierenden unterzuordnen. Schließlich konvergieren politische Macht und rechtliches Denken in der Absicht, das Recht auf das durch den Zwang geschützte staatliche Recht zu reduzieren. Darauf übt gewiss die Lehre von Hobbes einen großen Einfluss aus, indem sie, wie oben dargelegt, das Recht mit dem Recht des Souveräns identifiziert, der den Staat leitet. Hobbes gilt tatsächlich als der hauptsächliche Verfechter des Aufbaus des rechtlichen Zentralismus (vgl. Wolkmer: 2001, 49-50; Bobbio: 1983, 336).

Wolkmer erkennt dann in der Konsolidierungsphase des modernen Rechts einen zweiten Zyklus des rechtlichen Monismus, entwickelt zwischen der französischen Revolution und der Vollendung der großen Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts.⁴⁵ Es gehört zu diesem Zyklus, dass das Gesetzesrecht als Inbegriff von staatlichem Recht gilt und sogar vom Staat selbst privilegiert wird.⁴⁶ Von der französischen Revolution ausgehend und vom Hobbes' Absolutismus Abstand nehmend, wird der Staat auf theoretischer Ebene als Wille einer souveränen Nation erfasst; und damit wird die souveräne Nation, und nicht mehr die

⁴⁵ Genau in der Zeit des *Fin de siècle* wurde nach Christoph Möllers die vollständige Zentralisierung der Rechtsproduktion in europäischen Ländern abgeschlossen (vgl. Möllers: 2008, 240).

⁴⁶ Über die fortschreitende Beziehung zwischen formalem Gesetz und Recht in der revolutionären Periode siehe: Goyard-Fabre: 1992, 106-110.

staatliche Macht, als das wahre Rechtssubjekt wahrgenommen. Dennoch geht das Recht, nach den geschichtlichen Ereignissen zu urteilen, seinen Weg zu seiner Zentralisierung im Staat weiter. Der nachrevolutionäre Aufstieg der Bourgeoisie zur Macht und die, durch rationale Kodifikationen systematisierten neuen Gesetzgebungen führen so zur Herrschaft einer positivistischen Rechtsdogmatik, zum bedeutsamen Produkt des zentralisierten Rechts.⁴⁷ Durch die Beschränkung des Rechts auf das vom Staat gesetzte und infolgedessen wirkende Recht waren die Bedingungen für die Konsolidierung der positivistischen Rechtstheorie gegeben. Hervorzuheben ist, dass in diesem zweiten Zyklus ein steigender Anspruch auf Wirksamkeit dazu führt, dass, gegenüber dem Naturrecht oder anderen metaphysisch-rationalistischen Rechtströmungen, das Recht durch seine eigene, zwingende und strafende Beschaffenheit erklärt wird, und dass von diesem Moment an ein solcher Anspruch zum zentralen Merkmal des Rechtspositivismus avanciert (vgl. Wolkmer: 2001, 51-56).

In diesem Zusammenhang lässt sich mit Von der Pfordten sagen, dass der positivistische Ansatz auf rechtlichem Gebiet generell dazu führte, die „spezifischen Ziele des Rechts ganz zu bestreiten und sein Verständnis praktisch gänzlich auf die Mittel zu reduzieren“ (Von der Pfordten: 2010, 2234). Bei der Positivierung der Rechtswissenschaft, einem Phänomen, das sich freilich auf die Bereiche der Rechtspraxis – wie die behördliche oder die richterliche Rechtsanwendung – nicht gleichermaßen ausgewirkt hat, waren die Beiträge der Juristen Rudolf von Ihering und John Austin von großer Bedeutung, insofern mit ihnen der Anspruch festgeschrieben wurde, „dass nicht nur das gesamte Recht Recht als Produktion des Staates ist, sondern dass überhaupt nur das positive Recht wahres Recht ist“ (Wolkmer: 2001, 55). Andererseits ist der deutsche Begriff Rechtsstaat genau auf diese gleiche Periode zurückzuführen – ein Begriff, mit dem sich nach und nach die Überzeugung durchsetzt, dass der Staat nur auf der Grundlage eines Gesetzes in Rechte von Bürgern eingreifen darf (vgl. Wesel: 2014, 422).

Das Projekt eines zentralisierten Rechtssystems, konsolidiert im 19. Jahrhundert, wird später, im dritten monistischen Zyklus, in eine Rechtswissenschaft mit strengen wissenschaftlichen Ansprüchen münden. Die positivisti-

⁴⁷ Siehe die Analyse Goyard-Fabres über den Anspruch auf Systematik bei der Vorbereitung des französischen *code civil* in Goyard-Fabre: 1992, 134-137. Zum Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), dem Höhepunkt der Kodifizierung in Deutschland, siehe: Wesel: 2014, 453-456.

sche Fixierung auf die Wirksamkeit des staatlichen Rechts weckt das Interesse, die Unabhängigkeit des Rechts vor dem Inhalt der Norm und damit, wie Villey behauptet, vor den subjektiven oder politischen Entscheidungen der Individuen zu schützen. Und daraus entsteht die Suche nach einer epistemologisch selbständigen Rechtswissenschaft, die ihren Höhepunkt im Zeitraum zwischen den zwei Weltkriegen durch den dogmatischen Formalismus der Wiener Rechtstheoretischen Schule erreichte. So tritt die „Reine Rechtslehre“ von Hans Kelsen in Erscheinung (1934), die den Dualismus Staat-Recht auflöst, indem beide Phänomene dergestalt verschmolzen werden, dass der Staat, über seine bloße Zwangsfähigkeit hinaus, zur Verkörperung des Rechts wird.⁴⁸ Dieser formalistische Ansatz fällt zusammen, so Wolkmer, in den nordatlantischen Gesellschaften mit den folgenden geschichtlichen Tatsachen: mit der Expansion des staatlichen Interventionismus in die Sphären von Produktion und Arbeit, mit dem Übergang von einem industriellen zu einem, durch internationale Oligopole beherrschten monopolistischen Kapitalismus, und ab den 1930er Jahren mit der Implementierung, von öffentlicher Sozialpolitik (vgl. Villey: 2001, 280; Wolkmer: 2001, 56-58).

Schließlich identifiziert Wolkmer einen vierten Zyklus des rechtlichen Monismus in der Krise, die für ihn dieses Modell ab den sechziger und siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts erlebt. Die Gründe dafür hängen definitiv mit sozialen Faktoren zusammen, wie den neuen politisch-wirtschaftlichen Ansprüchen, mit der Eskalation von Konflikten zwischen sozialen Sektoren und mit der Verschärfung komplexer kultureller Widersprüche in den zeitgenössischen Gesellschaften (vgl. Wolkmer: 2001, 58-59). Der fundamentale Grund der Krise liegt aber für Wolkmer in den epistemischen Ansprüchen des zentralistischen Rechtsparadigmas selbst. Die Rechtsdogmatik, die in der Moderne zum zentralen Instrument für die Bestimmung von Recht wurde, erwarb die Eigenschaften Einheitlichkeit, Systematisierung und Universalbarkeit. Das Problem sei, dass diese Kriterien, beschränkt auf die formalistische Rationalität des rechtlichen Zentralismus, der Rechtsdogmatik und dadurch dem modernen Recht nicht die Fähigkeit verliehen haben, das gesellschaftliche Zusammenleben angesichts seiner vielfältigen Widersprüche zu ermöglichen. Demgegenüber habe das monistisch-formalistische Recht verhindert, für die zeitgenössischen sozialen Prob-

⁴⁸ Über den wissenschaftlichen Ansatz Hans Kelsens für das Recht siehe: Goyard-Fabre: 1992, 140-143.

lematiken funktionelle Lösungen zu entwickeln, weshalb, so behauptet Wolkmer, es sich als eine Konzeption erwiesen hat, die den aktuellen rechtlichen Bedürfnissen nicht mehr angemessen ist (vgl. Wolkmer: 2001, 74-75). Auf diese Diskussion werden wir später im Dialog mit dem Denken von Jürgen Habermas und von Boaventura de Sousa Santos zurückkommen.

2.2 Die Einführung des europäischen Rechts in Lateinamerika

Das lateinamerikanische Recht in seiner westlich-modernen Form geht im Wesentlichen auf die Geburt der Nationalstaaten in Lateinamerika zurück, die sich nach den Unabhängigkeitskriegen gegen die Königreiche Spanien und Portugal herausgebildet haben. Dennoch zeigte das westliche Recht in Lateinamerika schon früher Präsenz, und zwar zum Ende der Eroberung und ab der Errichtung von spanischen und portugiesischen Regional-Regierungen in den amerikanischen Gebieten. Die erste Form des europäischen Rechts, die sich in Lateinamerika etablierte, entspricht so den Rechtsformen, die auf der Iberischen Halbinsel gegen Ende des 15. Jahrhunderts herrschten. Von diesem Zeitpunkt ausgehend, werfen wir nachfolgend einen Blick auf die Entwicklung des westlichen Rechts in Lateinamerika, bis zu dem Zeitabschnitt, an dem die Institutionen und Normen des modernen Rechts eingeführt werden.

2.2.1 Das iberische Recht in der frühen Neuzeit

Gegen die zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts war die Iberische Halbinsel in fünf Königreiche aufgeteilt, und zwar in Portugal, Kastilien, Navarra, Aragonien und Granada. Dennoch wurde die Region am Ende jenes Jahrhunderts durch den Stärkungsprozess der europäischen Monarchien stark getroffen. So trieben Ferdinand von Aragonien und vor allem Isabella von Kastilien nach ihrer Eheallianz die rassistische und religiöse Vereinigung der iberischen Gebiete voran, indem die Könige den Staatsapparat gegenüber der missbräuchlichen Macht des Adelstandes und den traditionellen Autonomien der Städte stärkten. Bedeutende Schritte dazu waren die Auflösung der Rechte und Gewohnheiten der Feudalherren, die daraus folgende Milderung der Konflikte zwischen den verschiedenen Gesellschaftsschichten sowie die Schwächung der Ständeversammlungen, der traditionellen stellvertretenden Instanzen in den iberischen Königreichen. Auf diese Weise entwickelte sich das Spanien der Renaissance weg vom feudalen Staat und vom Stadtstaat des Mittelalters, hin zu einem Staat

mit deutlichem Trend zu Zentralismus und Absolutismus, d.h. zu einem Staat mit einigen der wesentlichen Merkmale des modernen Nationalstaates (vgl. Ots y Capdequí: 1969, 37-39; Basadre Ayulo: 2011, 373).

In der juristischen Sphäre drückt sich dieser Prozess dadurch aus, dass sich das spanische Recht von der mittelalterlichen Konzentration auf die kommunalen Angelegenheiten distanziert. Freilich kann von einem nationalen Recht in der frühen Neuzeit noch nicht gesprochen werden, aber seit dem Ende des Mittelalters konsolidierte sich in Spanien nach und nach eine Art Landesrecht, in dem das Territorialrecht das lokale Recht, d.h. jenes, das in jeder Stadt gültig war, in den Hintergrund drängte. Dieses lokale Recht wird zunehmend auf administrative Regelungen für die Geschäfte beschränkt, während das Territorialrecht bei den wichtigsten Ländern der spanischen Krone vorherrschend wird, wie etwa in Aragonien, Katalonien, Navarra, Guipuzkoa und natürlich Kastilien (vgl. Basadre Grohmann: 1956: 271-273).

Was die Quellen des spanischen Rechts angeht, zeichnet sich diese Epoche durch die Entwicklung des Gesetzesrechts aus. Dabei sind die königlichen Erlasse und die Bestimmungen der Ständeversammlungen hervorzuheben, die auf verschiedene regionale Quellen zurückgreifen, nun aber gesammelt wurden und ortsübergreifende Gültigkeit erlangten. Es kam zu einer erheblichen Erweiterung der Gesetze, die dann, nicht zuletzt dank der zunehmenden Verbreitung des Buchdrucks, in allgemeinen Sammlungen zusammengefasst wurden. Gewiss werden diese Gesetzessammlungen von nun an eine zentrale Rolle für die Applikation des spanischen Rechts in der ganzen Neuzeit spielen. Nun aber bedeutete der Aufstieg des geschriebenen Rechts theoretisch den Rückgang des Gewohnheitsrechts, da letzteres nach königlichem Recht nun auf die Bestätigung der Gesetze oder auf die Lösung weniger Sonderfälle reduziert werden sollte. Dennoch spielte das Gewohnheitsrecht, wie Jorge Basadre aufzeigt, im modernen spanischen Recht weiterhin eine wichtige Rolle, insbesondere in den ländlichen Gebieten. Darüber hinaus ist auch die Bedeutung der Rechtsprechungsquellen im Spanien der Renaissance zu hervorzuheben, auf welche die Werke wichtiger Rechtstheoretiker, meist naturrechtlicher Orientierung, großen Einfluss ausübten (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 273-280).

Was die Rolle der rechtlichen Traditionen oder Rechtskreise in dieser Epoche betrifft, hat zwar ein wichtiger Teil des praktizierten spanischen Rechts, hauptsächlich des Gewohnheitsrechts, seinen Ursprung im Recht des Westgot-

envolks, das sich zwischen dem 6. und 8. Jahrhundert auf der Iberischen Halbinsel niedergelassen hatte. Die gesamte Rechtsordnung im Spanien der Neuzeit war aber vor allem durch das römisch-kanonische Recht geprägt.⁴⁹ Im Westgotenreich selbst hatte das römische Recht, zusammen mit dem germanischen Recht, eine wichtige Präsenz erhalten; aber ab dem 12. Jahrhundert wird das römische Recht durch die Wiederentdeckung der Codex Justinianus in ganz Europa vorherrschend. Auch das kanonische Recht übte im Zuge der Christianisierung der germanischen Völker schon einen großen Einfluss auf die einheimischen Rechte dieser Nationen aus, und das war auch der Fall beim Westgotenvolk; besonderen Einfluss auf das iberische Recht übt das kanonische Recht aber in der Neuzeit aus, und zwar im Zuge der allmählichen Rückeroberung der Iberischen Halbinsel von den Muslimen, und insbesondere durch die Verbreitung des sogenannten *Decretum*, einer Kirchenrechtssammlung, die der Mönch Gratian im Jahr 1140 erstellt hatte. Schließlich trugen die Blütezeit der Universitäten und ihr besonderer Einfluss auf die Studien der Rechtswissenschaft dazu bei, dass sowohl das römische als auch das kanonische Recht zum Bezugsrahmen aller Rechtstheorien in Westeuropa wurden (vgl. Wesel: 2014, 306-310; Basadre Grohmann: 1956, 246). Auf diese Weise hatte sich die Rezeption des römischen und des kanonischen Rechts mindestens in der kastilischen Gesetzgebung schon etabliert, als gegen Ende des Mittelalters der Zusammenschluss der Königreiche Kastilien und Aragon dem iberischen Gebiet eine gewisse Einheit verlieh (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 279).⁵⁰

Unter der Leitung von Isabella der Katholischen erreicht Kastilien und damit das entstehende spanische Königreich eine bemerkenswerte geopolitische Vorherrschaft. Einen wichtigen Beitrag hierzu leisteten die Errichtung einer professionellen Armee, der Fortschritt der Navigationsinstrumente und das Projekt einer Expansion in den atlantischen Raum, dessen erstes wichtiges Ergebnis die Eroberung der Kanarischen Inseln darstellt, deren höchste Leistung aber die Ankunft von Christoph Kolumbus 1492 in Amerika sein wird (vgl. Basadre Ayulo: 2011, 372). Ein ähnlicher Prozess zeichnet sich im portugiesischen

⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist zu ergänzen, dass die muslimische Invasion auf der Iberischen Halbinsel, auch wenn sie sieben Jahrhunderte andauerte (vom 8. bis zum 15. Jahrhundert), keinen großen Einfluss auf das spanische Recht ausübte (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 288-289).

⁵⁰ Tatsächlich war die römisch-kanonische Tradition, wie Basadre behauptet, lange Zeit die einzige, die in den spanischen Universitäten unterrichtet wurde. Diese fingen erst am Ende des 18. Jahrhunderts an, das Heimatsrecht und das Naturrecht zu lehren (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 278).

Königreich ab, das nach seiner Unabhängigkeit von Leon und Kastilien 1143 bald zu einer mächtigen Monarchie wurde, die am Anfang des 16. Jahrhunderts fähig war, Macht über dem atlantischen wie über dem indischen Ozean zu besitzen.

Wenngleich nun aber die aufstrebende und zunehmend zentralisierte spanische Monarchie mit den Merkmalen des modernen Staates in Zusammenhang gebracht werden kann, bedeutet das doch nicht, dass die Gesamtheit der spanischen Kultur die Werte und politischen Institutionen der Neuzeit aufgenommen hätte. Wie Wolkmer in *Síntese de uma história das idéias jurídicas* aufzeigt, zeigte das Gedankengut der Neuzeit im Allgemeinen auf der Iberischen Halbinsel eine sehr gemäßigte Präsenz, und das äußert sich auch in der Entwicklung des Rechts. Freilich könnte man meinen, dass die permanenten Verweise auf die römischen Rechtsquellen seitens der iberischen Juristen dieser Zeit, die stark von den juristischen Studien aus dem Italien der Renaissance beeinflusst waren, Teil eines gesamten kulturellen Paradigmenwechsels waren, wie es der Fall in anderen Regionen Westeuropas war. Aber die iberische Kultur der Frühneuzeit blieb dabei mit dem klassischen christlichen Denken eng verbunden, besonders mit der thomistischen Theologie und Soziallehre. Dies war entscheidend dafür, dass sich das iberische Recht, selbst in seinen kreativsten Momenten, innerhalb der Parameter der Scholastik und ihrer Orientierung am Naturrecht entwickelte (vgl. Ots y Capdequí: 1969, 38; Wolkmer: 2006, 78, 91-93). Darauf werden wir im Folgenden zurückkommen.

2.2.2 Das koloniale Recht

Nachdem die amerikanischen Gebiete erobert wurden, war es in den iberischen Königreichen erforderlich, neue Rechtsnormen zu entwickeln, die ihre militärische, politische und wirtschaftliche Expansion in Amerika nachhaltig sicherstellten. Insbesondere musste der Transport der geförderten Naturschätze in die Metropolen geregelt werden. Außerdem benötigte der Kolonisierungsprozess eine juristische Legitimierung, die ihn vor den Ansprüchen anderer europäischer Mächte auf dem amerikanischen Boden schützte und die, gestützt auf den doktrinellen Rahmen der katholischen Kirche, die geopolitischen Interessen von Spanien und Portugal in ihren entsprechenden Rechtsordnungen verankerte (vgl. Wolkmer: 2006, 79).

Nachdem Spanien und Portugal mit dem Vertrag von Tordesillas (1494) das so genannte „Westindien“ unter sich aufgeteilt hatten, wurde die kastilische Krone zur eigentlichen Inhaberin der hispanoamerikanischen Region. Kastilien bewahrte, trotz der Eheallianz mit der Krone Aragoniens, sein eigenes politisches und juristisches Profil. So war das Normensystem, das sich im spanischen Amerika etablierte, zumindest am Anfang der Kolonisation, ein Export des kastilischen Rechts, mitsamt seinen germanisch-römisch-kanonischen Wurzeln (vgl. Ots y Capdequí: 1969, 42). Etwas Ähnliches geschah mit dem portugiesischen Recht, das im Zuge der Eroberung Brasiliens in dieses Land eingeführt wurde. Kastilien und Portugal unterstellten auf diese Weise das Leben der indigenen Bevölkerungen einem neuen juristischen Modell, das eine neue Staatsform und neue sozioökonomische Strukturen mit sich brachte.

Dennoch musste die Idee einer einfachen Umsetzung des kastilischen Normensystems ins spanische Amerika bald aufgegeben werden, weil die kulturellen, sozialen, wirtschaftlichen und geografischen Bedingungen der eroberten Gebiete den alten Parametern des iberischen Rechts nicht untergeordnet werden konnten. Die spanische Krone spürte die Notwendigkeit, neue Gesetze zu erlassen, die auf die neue, durch soziale Mannigfaltigkeit geprägte Form von Gesellschaft besser antworten konnten. Die neuen Normen fanden ihre Einheit im „Indianischen Recht“ (*derecho indiano*), das in allen von Spanien kolonisierten Gebieten galt. Der Kern des Indianischen Rechts besteht aus dem Korpus der „Gesetzessammlung der Königreiche der Indias“ (*Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*), den König Karl II. 1680 mit dem Ziel verabschiedete, alle von ihm und von seinen Vorgängern erlassenen Gesetze in einem einzigen Dokument zu versammeln. In der kolonialen Rechtspraxis schaffte es dieses Indianische Recht, wie Ots y Capdequí konstatiert, in vielen Fällen das kastilische Recht in den Hintergrund zu drängen. Tatsächlich durfte man sich auf Anordnung der Metropole auf das kastilische Recht nur dann berufen, wenn es unter den indianischen Rechtsvorschriften kein anwendbares Gesetz gab (vgl. Ots y Capdequí: 1969, 42-43).

In Bezug auf die Quellen des Indianischen Rechts gibt es zwei wichtige Punkte, die zu erwähnen sind. Zuerst muss beachtet werden, dass in der Gesamtheit dieser Rechtsnormen der Einfluss nicht nur der germanisch-römischen Tradition unübersehbar ist, sondern auch das juristische Denken der „Iberischen Spätscholastik“, einer Strömung scholastischer Philosophie, die sich

hauptsächlich auf der Iberischen Halbinsel des 16. Jahrhunderts entwickelt hatte. Die soziale Theorie der Iberischen Spätscholastik besteht in einer Art von christlichem Humanismus, der von der Missionstätigkeit der katholischen Kirche und infolgedessen von der Begegnung der europäischen Christen mit anderen menschlichen Lebensformen angestoßen wurde. Eigentlich geht diese Denkweise auf Moralthologen zurück, die imstande waren, sowohl die christliche Lehre als auch die Auskünfte, die aus der gesellschaftlichen Praxis der iberischen Kolonien stammten, in ihre Reflexion aufzunehmen (vgl. Gomila: 1995, 843-844; Abellán: 1986, 358).⁵¹

In der Iberischen Spätscholastik nahm die juristische Reflexion einen zentralen Platz ein, wie die Werke ihrer wichtigsten Vertreter, nämlich Francisco de Vitoria, Domingo de Soto und Francisco Suárez zeigen. Die theoretische Grundlage ihrer juristischen Lehre ist das thomistische Naturrecht. Sie übernahmen von Thomas von Aquin die Idee, dass die Moral im Allgemeinen auf den Vorrang der Weisheit und der Vernunft Gottes ruht, d.h. nicht auf der Allmacht oder auf der Freiheit Gottes, wie die franziskanische Scholastik behauptete. In moralischer Hinsicht zeigt sich die Vernunft Gottes, so das thomistische Denken, in Form eines Naturgesetzes, das gewiss bei jedem Menschen, ob Christ oder Heide, vorhanden ist; das positive Recht ist dann aus den universellen Maximen dieses moralischen Naturgesetzes zu deduzieren. Suárez bleibt sicher dieser thomistischen Lehre treu, sieht aber im Naturgesetz mehr als nur ein Mittel zur Erreichung des göttlichen Gesetzes, indem er dem Naturgesetz eine gewisse Hinlänglichkeit verleiht und es zur zentralen Quelle seines rechtsphilosophischen Systems macht (vgl. Villey: 2001, 221-223, 225; Kunz/Mona: 2015, 60; Copleston: 2003, 384-385).⁵² Vitoria postuliert angesichts der Entdeckung Amerikas die Existenz einer internationalen Gesellschaft jenseits der christlichen Gemeinschaften, gegründet auf eine allen Menschen gemeinsame Natur; dadurch nimmt Vitoria die spätere Entwicklung des Völkerrechts bei

⁵¹ Über den Einfluss der Entdeckung Amerikas auf das juristische Denken der Iberischen Spätscholastik siehe: Basadre Grohmann: 1956, 321-323 und Abellán: 1986, 429-474.

⁵² Andere Vertreter der spanischen Spätscholastik wie die Jesuiten Luis de Molina und vor allem Gabriel Vázquez trieben tatsächlich den Intellektualismus des Aquinaten auf die Spitze, indem sie, wie Grotius später, davon überzeugt waren, dass die moralische Objektivität des Naturrechts sich auf seine eigene Rationalität stützt, d.h. unabhängig vom ewigen Gesetz bzw. vom Willen Gottes zu sehen ist. In diesem Bezug nahm Francisco Suárez einen eher ausgewogenen Standpunkt hinsichtlich Intellektualismus und des Voluntarismus ein: das Naturgesetz gilt zwingend aufgrund seiner eigenen Rationalität und deckt sich mit den Geboten Gottes, die sich ihrerseits durch das natürliche Licht der Vernunft zeigen. Vgl. Truyol y Serra: 1982, 130-134, 137-139; Copleston: 2003, 384-385.

Grotius vorweg. Sein spezifischer Blick auf die indianische Bevölkerung führt ihn zur Verteidigung der Menschenwürde der Heiden sowie zur Ablehnung der Idee einer universellen Gerichtsbarkeit der europäischen Monarchen über die indigene Bevölkerung (vgl. Truyol y Serra: 1982, 59-62; Basadre Grohmann: 1956, 309).

Unter der Einwirkung der Iberischen Spätscholastik und im Hinblick darauf, dass die ersten Jahrzehnte der spanischen Herrschaft in Amerika eine große Zerstörung unter der einheimischen Bevölkerung angerichtet hatten, förderte eine Gruppe von Ordensmännern der spanischen Metropole die Erlassung von Gesetzen, die die Ureinwohner vor dem Missbrauch durch die Eroberer schützen sollten. So sind die „Gesetze von Burgos“ (1512) ein Produkt der theologisch-juristischen Debatte, die nach dem Bericht des Dominikaners Antonio de Montesinos über die destruktiven Auswirkungen der Eroberung in der aktuellen Karibik stattfand. Diese Rechtsvorschriften schrieben unter anderem die Freiheit der Indigenen und ihr Recht auf eine menschliche Behandlung fest. Die „Neuen Gesetze“ von 1542 entstanden gleichfalls dank des außerordentlichen Einsatzes von Bischof Bartolomé de Las Casas für die Verteidigung der Rechte der Indigenen. Dabei geht es zweifellos um einen Meilenstein in der kolonialen Gesetzgebung Spaniens, stellen die Neuen Gesetze doch den eindeutigen Versuch der Krone dar, das zerstörerische Potenzial des Kolonisierungsprozesses einzuschränken und die Lebens- und Arbeitsbedingungen der indigenen Völker zu verbessern (vgl. Wolkmer: 2006, 80-82).⁵³ Alle diese Rechtsnormen reichten freilich nicht aus, um die vorherrschende Ausbeutung aus den spanischen Kolonien zu verbannen, weil ihre Anwendung zunächst nur sehr begrenzt wirksam war. Das Indianische Recht führte aber eine kritische Spur in die kastilische Gesetzgebung ein, und auf diese Weise entwickelte sich die neuzeitliche spanische Rechtslehre aus einer christlichen Inspiration.

Ein zweites wichtiges Merkmal des Indianischen Rechts ist, wie Jorge Basadre aufzeigt, seine Flexibilität gegenüber einigen Rechtsquellen der Urbevölkerung. Ein konkreter Beweis hierfür ist der Fortbestand ökonomischer Organisationsformen im kolonialen Peru, die, wie das System landwirtschaftlicher

⁵³ Unter den Maßnahmen der Neuen Gesetze, die von De Las Casas vorgeschlagen wurden und die größere Auswirkungen auf das koloniale Leben hatten, tritt die Beschränkung der *Encomiendas* hervor, d.h. des Systems, das einem Eroberer genehmigte, eine bestimmte Anzahl von Indigenen in seinen Dienste zu stellen; endgültig abgeschafft wurde dieses System allerdings erst im 18. Jahrhundert durch Philipp V. Die Neuen Gesetze verboten auch die private Eroberung neuer Gebiete ohne die Zustimmung der Krone.

Kooperativen (*comunidades campesinas*) oder die lokalen Steuergesetze, aus dem Inkareich stammten und Eingang ins Indianische Recht fanden (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 385). Über die rechtlichen Formen der eingeborenen Völker im Allgemeinen erklärte die „Gesetzessammlung der Königreiche der Indias“ Folgendes:

„[...] die Gesetze und guten Sitten, die die Indios früher für ihre gute Führung und Kontrolle [...] hatten und die mit unserer heiligen Religion [...] nicht konfliktieren und wenn eine Notwendigkeit vorliegt, genehmigen und bestätigen wir hiermit [...]“⁵⁴

Aufgrund dieser teilweisen Durchlässigkeit für das einheimische Recht erkennen Autoren wie Wolkmer in der kolonialen Gesetzgebung des spanischen Amerikas eine Art rechtlichen Pluralismus, der dadurch zu erklären sei, dass der theoretische Rahmen des spanischen Rechts dieser Zeit im spätscholastischen Denken⁵⁵ und seiner Frage nach der Möglichkeit anderer Lebensformen innerhalb desselben Menschengeschlechts bestand (vgl. Wolkmer: 2006, 78-79). Die Behauptung von Missionaren und Theologen, dass die verschiedenen menschlichen Lebensformen durch eine einzige Natur und daher durch ein gemeinsames Naturgesetz verbunden sind, war tief prägend für die juristische Reflexion im kirchlichen Milieu, und diese Tatsache sollte Auswirkungen auf die koloniale Gesetzgebung eines Reiches haben, das stark durch seine katholische Identität gekennzeichnet war. Im Normensystem, das Portugal in Brasilien anwendete, sticht jedoch eine deutliche Ablehnung der indigenen Rechtsquellen hervor. Dazu konnte die Tatsache beitragen, dass die brasilianischen Stammesgruppen keine standardisierten rechtlichen Normen und Institutionen besaßen, wie die alten Kulturen von Mexiko und Peru. Die Geschichte zeigt allerdings, dass im kolonialen Brasilien lokale rechtlichen Systeme entstanden, besonders das Recht der von den Jesuiten errichteten indigenen Reduktionen und jenes der Niederlassungen von geflohenen afrikanischen Sklaven (der sogenannten „Quilombos“), die die portugiesischen Gesetzgeber ohnehin nicht berücksichtigten (vgl. Wolkmer: 2003, 48-54).

Zusammenfassend kann man mit De la Torre Rangel sagen, dass das Indianische Recht im Wesentlichen das Ziel verfolgte, drei Elemente zu harmonisieren, nämlich die wirtschaftlichen und politischen Interessen der Krone, die

⁵⁴ Gesetz 4, Titel 2, Buch 2. Zitiert in Basadre Grohmann: 1956, 202, Fußnote 11.

⁵⁵ Freilich nur bis zur zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, d.h. bis zu der Zeit, in der sich das aufgeklärte Denken in Spanien festigte. Siehe: Basadre Grohmann: 1956, 271.

Sicherung des Reichtums der Eroberer sowie die Evangelisierung und gute Behandlung der amerikanischen Ureinwohner.⁵⁶

2.2.3 Das Recht im postkolonialen Lateinamerika

Die bourbonischen Könige setzten ab 1700 eine Reihe von Verwaltungs- und Steuerreformen im spanischen Reich durch, die die staatliche Verwaltung zu einer größeren Zentralisierung der Macht führten, was in den Kolonien einen Gewinnverlust für die kreolischen Eliten bedeutete.⁵⁷ Diese Tatsache, sowie die Ideen der Aufklärung, die die bourbonische Verwaltung selbst bei den kolonialen Gesellschaften hatte zirkulieren lassen, spielten eine entscheidende Rolle bei der Entstehung der Unabhängigkeitsbestrebungen im spanischen Amerika. Darüber hinaus machten der Sieg der US-amerikanischen Oligarchie gegen das britische Weltreich, die Niederlage des *ancien régime* durch die Französische Revolution und der nachfolgende Einmarsch Napoleons in Spanien und Portugal am Ende des 18. Jahrhunderts einen großen Eindruck auf die kreolischen Eliten in den Kolonien; denn all diese Ereignisse zeigten, dass das Unabhängigkeitsprojekt durchführbar war (vgl. Macera: 1978, 158-168). Dieses Projekt wurde sicher als legitim angesehen, wobei entscheidend war, dass die Aufklärung und die US-amerikanischen und Französischen Revolutionen gerade das Selbstbestimmungsrecht und die Volkssouveränität zur Geltung gebracht hatten (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 324). So werden im Wesentlichen die *criollos* die lateinamerikanische Dekolonisierungsbewegung leiten.⁵⁸

Ab dem zweiten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts fanden dann die politisch-militärischen Ereignisse statt, die den Dekolonisierungsprozess der wichtigsten Kolonien von Spanien und Portugal auslösten. So läutet der, vom katholischen Priester Miguel Hidalgo ausgerufene „Schrei von Dolores“ 1810 den mexikanischen Unabhängigkeitskrieg ein; 1821 verkündet der Argentinier José de San Martín die Unabhängigkeit Perus vom spanischen Königreich; und 1822 erklärt der damalige Prinz Peter von Portugal die Unabhängigkeit Brasiliens. Die Einzigartigkeit des brasilianischen Falles besteht darin, dass die portugiesi-

⁵⁶ Vgl. De la Torre Rangel, Jesús (1991), *El uso Alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas*, Aguascalientes, 16-17 (Zitiert in Wolkmer: 2006, 80).

⁵⁷ Die so genannten *criollos* (Kreolen) sind die soziale Gruppe, die aus den in Amerika geborenen Kindern iberischer Siedler besteht; alles, was sie betrifft, wird ebenfalls durch das spanische Adjektiv *criollo* bzw. *criolla* gekennzeichnet.

⁵⁸ Nichtsdestotrotz gingen dem von den Kreolen geleiteten Unabhängigkeitsprozess wichtige Aufstände von indigenen Führern oder Mestizen voraus, wie z.B. von Kazike Túpac Amaru II. (1738-1781) im peruanischen Vize-Königreich.

sche Monarchie im Unterschied zur spanischen Krone die Unabhängigkeitsbestrebung nicht radikal bekämpfte, sondern dass sie Brasilien bei seiner politischen Entwicklung in ein autonomes Königreich friedlich begleitete.⁵⁹

Wenn nun aber die Unabhängigkeit der iberischen Hauptkolonien in Amerika mindestens formell erzielt war, ergab sich die natürliche Notwendigkeit, neue Rechtsordnungen für die entstehenden Länder zu schaffen, die die politische Organisation und selbstverständlich die Autonomie eines jeden dieser neu gegründeten Staaten garantieren konnten. Gleichzeitig entstehen mit der Expansion des modernen rechtlichen Zentralismus die ersten nationalen Verfassungsentwürfe für die neuen Staaten, und später, als ihr Unabhängigkeitsprozess bereits konsolidiert ist, kommt die Blütezeit der lateinamerikanischen Kodifikationen.

2.2.3.1 Das öffentliche Recht

Im Bereich des öffentlichen Rechts identifizierten sich die kreolischen Eliten im Allgemeinen mit dem Konstitutionalismus – einer Strömung, die sich in Frankreich und in den Vereinigten Staaten nach ihren entsprechenden Revolutionen herausgebildet hatte. Der Konstitutionalismus entsteht als politisch-rechtliche Antwort auf die säkularisierten revolutionären Werte der Freiheit und Gleichheit; sein zentraler Ansatz besteht so in der gesetzlichen Verhinderung einer unumschränkten staatlichen Machtausübung, was für die lateinamerikanischen Unabhängigkeitskämpfer zentral war (vgl. Boldt: 1987, 642). Diese waren sowohl von der Aufklärung und der rationalistischen Naturrechtslehre beeinflusst als auch davon überzeugt, dass vernunftgeleitete Menschen politische Institutionen aufbauen konnten, die genauso stabil wie die Naturgesetze sein konnten; und in dieser Perspektive erschien ihnen das Verfassungsmodell nicht nur als Alternative zum absolutistischen Regierungssystem, sondern auch als die neueste Leistung der menschlichen Vernunft auf dem Gebiete der Staatsregierung (vgl. Barker: 1988, 896-897).

In diesem Geist entsteht die erste in Lateinamerika erlassene nationale Verfassung, nämlich die Bundesverfassung Venezuelas von 1811, die in ihrem

⁵⁹ Es stimmt, dass, wie eine bedeutende Gruppe von lateinamerikanischen Forschern behauptet, der Dekolonisierungsprozess ein zu komplexer sozialer Prozess ist, um ihn auf die politisch-militärischen Ereignisse des 19. Jahrhunderts zu beschränken. Allerdings trifft es zu, dass in Bezug auf die rechtliche Institutionalisierung der lateinamerikanischen Länder sich mit diesen Ereignissen eine neue Normativität entwickelt, die einen Bruch mit der kolonialen Rechtsordnung darstellt.

Text die zentralen Prinzipien des aus den US-amerikanischen und französischen Revolutionen resultierenden Konstitutionalismus übernimmt: die Idee einer Verfassung als oberstes Recht; das Prinzip der nationalen Souveränität, der Republikanismus und die repräsentative Regierung; die Erklärung der Menschenrechte; das Prinzip der Gewaltenteilung und die Prinzipien der territorialen Organisation des Staates (vgl. Brewer-Carías: 2012, 55-66).⁶⁰ Ein wesentlicher Faktor für die Verankerung des Konstitutionalismus im lateinamerikanischen Recht ist nicht zuletzt auch die Verkündung der spanischen Verfassung von Cádiz, die, als Spanien noch von den napoleonischen Truppen besetzt war, in der Metropole selbst den Anspruch erhob, die politischen, juristischen und ökonomischen Säulen der absolutistischen Monarchie zu untergraben. Trotz ihrer kurzen Dauer (1812-1814) hatten viele der rechtlichen Leitlinien dieser als liberal anzusehenden Verfassungscharta großen Einfluss auf die Verfassungen, die die in Gründung befindlichen lateinamerikanischen Staaten in den folgenden Jahren erließen (vgl. Espinosa-Saldaña: 2012, 107-108).

Doch nicht alle lateinamerikanischen Freiheitskämpfer waren derselben Meinung darüber, welche der spezifischen konstitutionellen Staatsformen einem jeden Land angemessen war. Während der ersten Jahrzehnte ihrer postkolonialen Zeit gab es in den lateinamerikanischen Staaten Versuche, die drei Verfassungsmodelle zu realisieren, die man damals in der westlichen Welt kannte: die liberalen Verfassungen, die aus der US-amerikanischen und aus der französischen Revolution hervorgingen; die Verfassung der parlamentarischen Monarchie Großbritanniens;⁶¹ und drittens die personalistische Verfassung des französischen Konsulats unter Napoleon I. (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 438).⁶² Im Unterschied zu Peru, deren erste Verfassung liberaler Orientierung war, wurden Mexiko und Brasilien als konstitutionelle Monarchien errichtet, die sich erst später zu republikanisch geprägten konstitutionellen Staatsformen entwickelten. In diesem Zusammenhang ist die lokale Rezeption des US-amerikanischen Verfassungsrechts hervorzuheben, aufgrund derer die lateinamerikanischen Länder wichtige politische Strukturen aufgriffen, wie das präsi-

⁶⁰ Über den Einfluss des US-amerikanischen und französischen Konstitutionalismus auf die lateinamerikanischen Freiheitskämpfer siehe: Barker: 1988.

⁶¹ Unter dem Vorbehalt, dass es bei der britischen Verfassung nicht um eine kodifizierte Verfassung geht.

⁶² Verfassung, die in Bezugnahme auf die Herrschaftsform der römischen Cäsaren oft als „cäsaristisch“ bezeichnet wird.

dentielle Regierungssystem und das Zweikammersystem (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 832).

2.2.3.2 Das Privatrecht

Im Bereich des Privatrechts hatten die lateinamerikanischen Unabhängigkeitskämpfer ursprünglich nicht die Absicht, die koloniale sozio-ökonomische Ordnung durch neue Rechtsnormen zu ersetzen. Nachdem die neuen Regierungen eingesetzt waren, setzten sich dennoch unter der Einwirkung des liberalen Geistes in allen Ländern allmählich eigene Gesetze durch, deren Ziel in der Aufhebung der alten sozio-ökonomischen Strukturen bestand. Diese Normen sind in das sogenannte *derecho patrio* (nationales Recht) einbezogen, dessen relevantester Inhalt normalerweise in allen Staaten derselbe war. Dabei stechen einige zivilrechtliche Maßnahmen hervor, wie die Freiheit der Kinder von Sklaven, die Abschaffung der Adelstitel und die volle Geschäftsfähigkeit der Ureinwohner (vgl. Guzmán: 2006, 57-59).

Ab dem dritten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts wick aber das nationale Recht den Zivilgesetzbüchern, die die lateinamerikanischen Regierenden als Folge des Impulses zur Kodifizierung einzuführen begannen, den Napoleon mit seinem *code civil* aus dem Jahr 1804 ausgelöst hatte. Bei diesen ersten modernen Gesetzbüchern ging es freilich nicht um originale Kodifikationen, da, auch wenn auf dem Gebiet der Rechtssetzung das kastilisch-indianische Recht eine gewisse Tradition in Amerika aufgebaut hatte, die postkolonialen Gesellschaften wegen ihrer sozialen Instabilität nicht die notwendigen Reflexionsräume schufen, mit denen sie eigene Kodifikationen hätten erzeugen können. So erschienen die ersten lateinamerikanischen Zivilgesetzbücher, nämlich die des mexikanischen Bundesstaates Oaxaca (1827), die von Bolivien (1830) und die von der Dominikanischen Republik (1845), als Übernahmen bzw. Anpassungen des napoleonischen Modells.⁶³ Diese Phase wurde allerdings mit der Ausarbeitung des peruanischen Zivilgesetzbuches von 1852 überwunden, in dem Maße, wie es sich dabei um ein originäres Dokument handelt, das einheimischen Rechtsinhalt einfügte. Von diesem Moment an entstand in den lateinamerikanischen Staaten ein bemerkenswertes Interesse daran, eigene Kodifikationen zu erlas-

⁶³ Mit der Präzisierung, dass die ersten modernen Kodifikationen im amerikanischen Gebiet die vom US-amerikanischen Bundesstaat Louisiana (1808) und von der Republik Haiti (1825) waren. Übrigens umfasste Haiti bis 1845 das Gebiet der aktuellen Dominikanischen Republik, als die Einwohner dieses Landes ihre Unabhängigkeit erlangten (vgl. Guzmán: 2006, 79).

sen, eine Etappe, die nur einmal noch unterbrochen wird, nämlich im Jahr 1916, als ein europäisches Zivilgesetzbuch, das von Spanien aus dem Jahr 1889, wieder in einem lateinamerikanischen Staat eingeführt wurde, und zwar in Panama. Im selben Jahr jedoch erscheint auch das Zivilgesetzbuch Brasiliens, das sich aus einer Reihe vorbereitender Kodifikationen einheimischen Rechts ergibt (vgl. Guzmán: 2006, 71-85). Unter den Kodifikationen, die großen Einfluss auf das postkoloniale Lateinamerika ausübten, ist neben dem *code civil* übrigens auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) von 1900 zu erwähnen (vgl. Wolkmer: 2011, 475).

In diesem Zusammenhang muss betont werden, dass trotz des reformerischen Impulses der kreolischen Eliten, die die postkoloniale Rechtsordnung Lateinamerikas ermöglichten, das Recht der Kolonialzeit zu einem großen Teil auch in den neuen Staaten überlebte. Freilich stand das nationale Recht ganz oben in der Hierarchie der Rechtsquellen eines jedes Staates, aber dieselbe Ordnung stellte gleichzeitig die Möglichkeit der Anwendung der spanischen Rechtsvorschriften sicher. Die vorläufigen Verfassungen von Ländern wie Río de la Plata (heutiges Argentinien), Kolumbien, Peru, Mexiko und Bolivien erwähnten ausdrücklich diese Möglichkeit für die Fälle, in denen die koloniale Gesetzgebung „der Verfassung und den Gesetzen, die unter der Regierung der Unabhängigkeit gegeben wurden, nicht widerspricht“.⁶⁴ So behielten eine bedeutende Anzahl der Rechtsvorschriften des Indianischen Rechts in den neuen Staaten gesetzmäßige Kraft, was tatsächlich durch ihre Anwendung bestätigt wurde, insbesondere auf dem Gebiet des Zivilrechts, bei welchem das nationale Recht größere Defizite aufwies (vgl. Guzmán: 2006, 59-62). Schließlich waren auch auf dem Gebiet des Strafrechts die kolonialen Gesetze im Allgemeinen weiter gültig, wie es in Peru der Fall war, wo die spanische Strafgesetzgebung bis 1862 gültig war (vgl. Basadre Grohmann: 1956, 198).

2.2.3.3 Die Rechtsphilosophie

Aus theoretischer Sicht ist die Zeit, in der die modernen lateinamerikanischen Staaten entstanden, von einer reichen rechtsphilosophischen Literatur geprägt, nicht nur, was den europäischen und nordamerikanischen Raum betrifft, sondern auch die juristischen Diskurse in Lateinamerika. Allerdings wa-

⁶⁴ Bolivianisches Gesetz vom 8. Januar 1827, Artikel 281. Zitiert in: Guzmán: 2006, 62.

ren die lokalen Ansätze im Rechtsdenken hier vorwiegend eine Wiedergabe der rechtlichen Ideen, die die nordatlantischen Autoren entwickelt hatten (vgl. Kunz: 1951, 15-17). So herrschten zwischen dem 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Lateinamerika die Grundsätze des rationalistischen bzw. modernen Naturrechts und das positivistische Rechtsverständnis vor, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancen.

Die Naturrechtslehre dominierte praktisch das ganze 19. Jahrhundert, d.h. die Übergangszeit von der iberischen Herrschaft zur Geburt der neuen lateinamerikanischen Staaten. Eigentlich folgten die meisten seiner lokalen Anhänger eher eklektischen Versionen der modernen und, in geringerem Maße, der scholastischen Naturrechtstheorien, wobei sie diese gemäß dem lateinamerikanischen Kontext weiterentwickelten. Über die eigenen Zusammenfassungen, die die peruanischen Vertreter des Naturrechts ausarbeiteten, sagt Fernando de Trazegnies, dass sie sich nur in einer kleinen Dosis liberalen oder traditionellen Denkens von einander unterschieden. Dasselbe könnte auch für die theoretische Produktion der Anhänger der Naturrechtslehre im übrigen Lateinamerika gelten (vgl. De Trazegnies: 1980, 51-53; Wolkmer: 2011, 474).⁶⁵

Der Rechtspositivismus hatte hingegen seine Blütezeit in Lateinamerika am Ende des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, bis zu dem Zeitpunkt, an dem er aufgrund seiner Übereinstimmungen mit dem Rechtsrahmen des Nationalsozialismus in Frage gestellt wurde. Der lateinamerikanische Rechtspositivismus entstand, Josef Kunz zufolge, als Reaktion auf den Rationalismus der modernen Naturrechtslehre, die die Freiheitskämpfer als theoretische Basis des Unabhängigkeitsprojektes eingeführt hatten (vgl. Kunz: 1951, 21-23; 49-50). Hauptmerkmal des lokalen Rechtspositivismus ist aber, dass er vom allgemeinen Einfluss des wissenschaftlichen Positivismus des Franzosen Auguste Comte geprägt war; daher nahm er eine starke soziologische Orientierung ein und wählte vor allem die Naturwissenschaften als methodischen Bezugspunkt. Auf rechtlichem Gebiet äußerte sich dieser szientistische Geist insbesondere in der Überzeugung, dass die Grundlagen des Rechts empirisch nachweis-

⁶⁵ Dazu gehören zum Beispiel, eher im Bereich der scholastischen Naturrechtslehre, die Werke von Clemente de Jesús Munguía, wahrscheinlich der bedeutendste mexikanische Rechtsphilosoph des 19. Jahrhunderts (siehe: Saldaña: 2012, 13-16), und von José Soriano de Souza, ein starker Verteidiger des Naturrechts im Brasilien des Endes des 19. Jahrhunderts (siehe: Galvao de Sousa: 1973, 292-298). Von einer stark eklektischen Sichtweise des Naturrechts ausgehend sind auch die Arbeiten des Peruaners Francisco García Calderón hervorzuheben (siehe: Sobrevilla: 2013, 109).

bar sein sollten. Man ersetze so die idealen oder metaphysischen Elemente des Rechts durch das, was seine eigentlich soziale Komponente sei: das positive und wirkende Gesetz. Nur eine solche Stellung könne die politisch-rechtliche Ordnung garantieren, die die lateinamerikanischen Staaten zu ihrer „geistigen Emanzipation“⁶⁶ benötigten (vgl. Kunz: 1951, 27-28; De Trazegnies: 1980, 53-54).⁶⁷ In dieser positivistischen Perspektive muss auch der Einfluss erwähnt werden, den die Rechtsphilosophie Kelsens, ab der Veröffentlichung der *Reinen Rechtslehre* (1934), auf die wichtigsten lateinamerikanischen Rechtswissenschaftler ausübte, selbst wenn einige von ihnen Abstand von ihrem strengen Formalismus gewannen (vgl. Kunz: 1951: 96-98).⁶⁸

An dieser Stelle sollte man das Werk des Argentiniers Juan Bautista Alberdi (1810-1884) erwähnen, der laut dem Artikel von Wolkmer über die lateinamerikanische Rechtsphilosophie im Sammelwerk *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y „latino“* als erster versucht hatte, eine Rechtsphilosophie mit lokalen Elementen zu entwickeln. Ausgehend von einem eklektischen theoretischen Rahmen plädierte Alberdi in der Tat für eine Rechtstheorie, die in der Lage ist, den „amerikanischen Geist“ zu berücksichtigen:

“[...] diese Auffassung ist nichts anderes als das Gefühl der tief geschichtlichen und philosophischen Wahrheit, dass sich das Recht unter dem Einfluss der Zeit und des Raumes entwickelt. [...] die Jugend ist dazu berufen, das Gesetz und die nationale Form der Entwicklung dieser Elemente [Kunst, Philosophie, Industrie, Geselligkeit] unseres amerikanischen Lebens zu untersuchen, ohne Plagiat, ohne Imitation und nur durch das intime und vertiefte Studium unserer Menschen und unserer Sachen” (Alberdi: 1837, 19).

Außerdem kritisierte Alberdi die Gleichsetzung des Rechts mit dem Legalismus und stellte die Berücksichtigung der philosophischen Reflexion bei der formalen Rechtssetzung als notwendig heraus (vgl. Wolkmer: 2011, 473-474).

⁶⁶ Ein Ausdruck der Rechtswissenschaftlerin Rosa del Olmo, den Carlos Wolkmer zitiert: Wolkmer: 2011, 473.

⁶⁷ Für eine ausführliche Behandlung des Rechtspositivismus der Jahrhundertwende in Lateinamerika – vor allem in Brasilien – und an seine verschiedenen Varianten siehe: Kunz: 1951: 27-40. Das bedeutendste rechtsphilosophische Werk Lateinamerikas in diesem Zeitraum ist, Kunz zufolge, *El Derecho: ensayo de una teoría científica de la ética, especialmente en su fase jurídica* (Buenos Aires, 1907) des Argentiniers Carlos Octavio Bunge, der eine strenge Form von soziologischem Positivismus vertrat; in Brasilien, wo sich der Rechtspositivismus stärker festsetzte, sticht das Werk von Tobías Barreto de Menezes hervor (vgl. Kunz: 1951, 30-34). In Peru sind die Arbeiten des vom Naturrecht konvertierten Manuel Vicente Villarán und des Juan Bautista de Lavallo von Bedeutung (vgl. Sobrevilla: 2013, 110-118).

⁶⁸ Darunter der Kubaner Antonio Sánchez de Bustamante, der Argentinier Carlos Cossio und der Mexikaner Luis Recaséns Siches (vgl. Kunz: 1951, 96-97).

Über die Diskussionen um Naturrecht⁶⁹, Rechtspositivismus und ihre eklektischen Versionen hinaus konstatiert Rodolfo Vázquez schließlich, dass die rechtsphilosophische Debatte in Lateinamerika ab dem zweiten Teil des 20. Jahrhunderts eine thematische Bereicherung erfuhr. Freilich verfügt man über keinen systematischen Überblick über die rechtsphilosophischen Entwicklungen in diesem Zeitraum, kann aber mit gewisser Leichtigkeit die zentralen Themen erkennen, die die lokalen Rechtsphilosophen häufig beschäftigt haben: den sogenannten Neokonstitutionalismus, die juristische Argumentationstheorie, die Menschenrechte, das Sozialrecht, die Beziehung zwischen Urbevölkerung und Globalisierung, und die Interkulturalität. In seinem oben genannten Artikel betont Wolkmer außerdem die Entwicklung von kritisch-interdisziplinären Theorien, die in den letzten Jahrzehnten versucht haben, das Rechtsphänomen auf der Grundlage einer pluralistischen und emanzipatorischen Epistemologie zu denken. Auf diesen Ansatz werden wir später anhand des Werkes von Boaventura de Sousa Santos zurückkommen (vgl. Vázquez: 2012, 837-838; Wolkmer: 2011, 476-477).

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Wurzeln des lateinamerikanischen Rechts in einem geschichtlichen Prozess zu finden sind, der mit der Einführung des iberischen Rechts in Amerika begann, einer rechtlichen Tradition, die trotz ihrer Anpassungen an den amerikanischen Kontext durch ihre germanisch-römisch-kanonischen Elemente bestimmt war. Dieser Prozess kam aber nach den Unabhängigkeitskriegen an einen Wendepunkt, ab dem die dekolonisierten Staaten die rechtlichen Institutionen und Normen der modernen nordatlantischen Gesellschaften übernahmen, die zumeist Ausdruck des modernen Rechts waren. Die Ausbildung dieses Modells in der europäischen Gesellschaft erforderte, wie wir gesehen haben, eine theoretisch-geschichtliche Entwicklung, die mehrere Zyklen umfasste. So war das moderne Recht in dem Moment, in dem es in Lateinamerika eingeführt wurde, von dem zunehmenden Anspruch geprägt, die Rechtsproduktion im vom Staat gesetzten Recht zu zentralisieren, sowie vom Trend, die Rechtsquellen auf die positiv-schriftlichen und kodifizierten Gesetze zu beschränken. Konsequenterweise wurden diese Ansprüche, d.h. Zentralisierung und Legalisierung, von den neuen Staaten übernommen. Und als der Rechtspositivismus in Lateinamerika verbreitet war, wurde anschließend eben-

⁶⁹ Dessen scholastische Version wird übrigens mit der Entstehung der europäischen Neuscholastik eine Renaissance in Lateinamerika erleben. Siehe Kunz: 1951, 55-65.

falls seine formalistische Auffassung der Rechtsdogmatik von den meisten lokalen Juristen übernommen. Diese Elemente nehmen beim Verständnis des Rechts in Lateinamerika bis in die heutige Zeit eine bestimmende Rolle ein.

2.3 Recht und postkoloniale Gesellschaft in Lateinamerika

Das Recht in Lateinamerika ist also, um es mit den Worten des peruanischen Rechtswissenschaftlers Fernando de Trazegnies zu sagen, das Ergebnis von zwei rechtlichen Übertragungsprozessen, durch die die lateinamerikanischen Gesellschaften zwei Rechtssysteme übernahmen, deren rechtliche Grundlagen auf fremde soziale Kontexte zurückgehen: das iberische Recht der Frühneuzeit und das Rechtsmodell der modernen Gesellschaften. Der hauptsächliche Unterschied zwischen beiden liegt darin, dass die Einführung des iberischen Rechts auf eine Auferlegung der Kolonialmächte zurückzuführen ist, während das moderne Recht von den lokalen politischen Eliten selbst implantiert wurde (vgl. De Trazegnies: 1980, 38-39).

Es stimmt, dass es in Lateinamerika seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine reiche lokale Rechtsschöpfung gegeben hat, die nicht nur das Formulieren von Rechtsnormen umfasst, sondern auch die Veröffentlichung von rechtswissenschaftlichen Untersuchungen. Dennoch geht es dabei um Arbeiten, die sich im Wesentlichen auf der Basis des modernen Rechts und seiner europäischen Grundlagen entwickelt haben, ohne dass die Autoren bei ihren Untersuchungen die Eignung dieser Grundlagen für den lateinamerikanischen Kontext grundsätzlich bewertet hätten. Die Tatsache, dass es beim modernen Recht um ein Recht mit nicht-lateinamerikanischen Fundamenten geht, besagt natürlich nicht unbedingt die Unvereinbarkeit dieses Rechts mit den lateinamerikanischen Gesellschaften. Es gehört tatsächlich zu den theoretischen Ursprüngen der modernen Rechtsauffassung, eine vernunftmäßige, also universalistische Ausrichtung zu enthalten, und deshalb wäre es möglich, dass es auch im lateinamerikanischen Kontext gelten kann.⁷⁰ Allerdings versteht sich dies nicht von selbst, vor allem weil die geschichtlichen Bedingungen, mit denen das Entstehen des modernen Rechts verbunden ist, nur den europäischen und dann den nordamerikanischen Gesellschaften eigen waren. Es ist daher wichtig, dass die Angemessenheit der Grundlagen des modernen Rechts für den lateinamerikani-

⁷⁰ Es sei daran erinnert, dass die Idee der Universalität des Rechts ihre Wurzeln in der Naturrechtslehre hat.

schen gesellschaftlichen Kontext Gegenstand einer Bewertung wird, zumal wenn sich die lateinamerikanischen Länder nach zwei Jahrhunderten der Errichtung des modernen Rechts beachtlich verändert haben und sich inzwischen bei vielen Rechtsforschern ein deutliches Bewusstsein von der Komplexität der lokalen rechtlichen Praxis entwickelt hat.

Die Frage nach der Beziehung zwischen modernem Recht und zeitgenössischer Gesellschaft gewinnt aus diesem Grund zentrale Bedeutung für Lateinamerika. Es geht eigentlich um eine Frage, die alle vom Erbe des modernen Rechts geprägten Länder betreffen könnte, die sich aber in postkolonialen Gesellschaften in besonderer Weise stellt, insofern bei ihnen das moderne Recht in Kontakt mit den vielfältigen Kulturen steht, was für ein zentralistisches Recht besonders herausfordernd ist. In diesem Zusammenhang hat die Entfaltung des Rechts in den lateinamerikanischen Ländern vier gesellschaftliche Prozesse mit sich gebracht, die für das aktuelle rechtliche Leben dieser Gesellschaften entscheidend sind. Diese Prozesse betreffen die Erreichung einer grundlegenden Rechtsordnung, die Befestigung einer ständischen Gesellschaft, die Vereinheitlichung des normierten Rechts und die faktische Isolation des Rechts gegenüber den sozialen Erwartungen.

2.3.1 Die Erreichung einer grundlegenden Rechtsordnung

Die Übernahme der Institutionen und Normen des modernen Rechts war ohne Zweifel im Bewusstsein der lateinamerikanischen Unabhängigkeitskämpfer die natürliche juristische Option für die Errichtung von freien und zeitgemäßen Ländern. Sowohl der Konstitutionalismus als auch der Impuls zur Kodifizierung, der das napoleonische Europa eroberte, garantierten den politischen Eliten, die neuen Staaten auf die fortschrittlichsten rechtlichen Säulen der damaligen Welt zu gründen. Und das Resultat dieses Einfuhrprozesses erwies sich unter diesem Gesichtspunkt als günstig, da auf diese Weise die lateinamerikanischen Staaten das Rechtsmodell annahmen, das sich allmählich in der westlichen Welt durchsetzte und das ihnen den notwendigen institutionellen Rahmen verlieh, um sich in die politische und wirtschaftliche Weltordnung einzugliedern.

Mit Bezug auf die europäischen Staaten des 19. Jahrhunderts sagt Wolker, dass der Schwerpunkt, den das moderne Recht auf die Rechtsdogmatik legte, einen großen Vorteil darstellte; denn auf dem Hintergrund der herkömm-

lichen gesellschaftlichen Konflikte versah das systematische Wissen der Rechtsnormen die Staaten mit voraussehbaren und regelbasierten Reaktionen, was mindestens den Erhalt des politischen Systems auf wirksame Weise sicherte (vgl. Wolkmer: 2001, 74-75). Das gleiche Ergebnis erreichte das moderne Recht in den postkolonialen Ländern Lateinamerikas in dem Maße, wie diese dadurch, dass sie sich der dogmatischen Produktion bedienten, selbständige Staatsapparate aufbauten. Die postkolonialen Gesellschaften spürten ein dringendes Bedürfnis nach sozialer Integration und Kontrolle, und die rechtliche Systematisierung war das beste verfügbare Mittel, um die Regierbarkeit und den Bestand jedes Staates nachhaltig zu garantieren. In diesem Sinne verdankt sich der politische Fortbestand dieser Länder, trotz ihrer häufigen Instabilität, weitgehend ihrer Strukturierung auf der Basis der modernen Rechtsdogmatik.

Unter dem Aspekt der faktischen Geltung des Rechts kann man sicher behaupten, dass es der Einführung des modernen Rechts in Lateinamerika gelungen ist, das koloniale Rechtssystem durch eine Ordnung zu ersetzen, die den libertären und emanzipatorischen Idealen der zeitgenössischen westlichen Gesellschaften der Zeit besser entsprach. Aber darüber hinaus lässt sich feststellen, dass das moderne Recht es geschafft hat, die lateinamerikanischen Gesellschaften in einer grundlegenden rechtlichen Ordnung zu halten, die in der Lage war, sich im Laufe des 20. Jahrhunderts über alle die Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu verbreiten. Und trotzdem, wie im folgenden ausgeführt wird, ist das lateinamerikanische Recht nicht genügend wirksam gewesen, um mit seinen modernen Strukturen das konkrete soziale Leben der lateinamerikanischen Bevölkerungen wirklich zu prägen.

2.3.2 Die Befestigung einer ständischen Gesellschaft

In Lateinamerika wurde das moderne Recht, wie wir gesehen haben, von den kreolischen Eliten eingeführt, einer Gruppe, die während der Postkolonialzeit eine federführende Rolle übernahm. Dadurch aber, dass diese Eliten ihr politisch-rechtliches Handeln häufig an der ausschließlichen Förderung ihrer eigenen Interessen ausrichteten, stellten sie das Recht in den Dienst einer gesellschaftlichen Mentalität, die letztendlich zum Fortbestand der ständischen kolonialen Gesellschaft im postkolonialen Lateinamerika geführt hat. Wenden wir uns der Entwicklung dieses Phänomens zu.

2.3.2.1 Die kreolische Modernisierung

In der kolonialen Gesellschaft war eine neue allgemeine politische Ordnung von großem Interesse, weder bei den indigenen Einwohnern, die an ihren traditionellen Kulturen festhielten, noch auch bei der europäischen Bevölkerung, die mit ihrer Heimat verbunden blieb. Der Wunsch nach politischer Erneuerung konnte nur von einer aus allen gesellschaftlichen Bezügen „entwurzelten“ sozialen Gruppe ausgehen, und das war der kreolische Mittelstand. Die *criollos* hatten eine Lebensform entwickelt, die ihnen weder erlaubte, sich mit den Vertretern der iberischen Metropolen noch mit den Ureinwohnern oder mit den gemischten Bevölkerungen zu identifizieren (vgl. Villoro: 1999, 30-32). Viele lateinamerikanische Kreolen, die einige Zeit in Europa verbrachten, wurden dort stark von dem liberalen Geist der Aufklärung beeinflusst. In wirtschaftlicher Hinsicht wurzelte andererseits die kreolische Lebensform in strategischen Beziehungen mit der iberischen Regierungsklasse, die dann jedoch durch die zentralistischen Reformen der bourbonischen Könige ihre Wirksamkeit verloren. Ausgehend also sowohl von ihrem besonderen soziokulturellen Status als auch von ihren wirtschaftlichen Interessen übernahm die kreolische Elite die Führung ihrer Landsleute in Richtung auf eine neue politische Ordnung hin.⁷¹

Im Zuge des lokalen Aufgreifens der Ideen der Aufklärung, der Gründung von lateinamerikanischen Nationalstaaten und der Einführung des Konstitutionalismus sollten die Kreolen nun aber in ihre jetzt unabhängigen Länder auch die grundlegenden Werte mit einführen, die die moderne Gesellschaft zu implantieren suchte: Freiheit und Gleichheit. Dennoch konnten sie diese Aufgabe nicht wirklich bewältigen, da die Einführung der postkolonialen politisch-rechtlichen Institutionen vom Vollzug einer Version der modernen Gesellschaft abhing, die nicht wirklich modern war. Das ist der Prozess, den De Trazegnies in Bezug auf die peruanische Gesellschaft als „traditionalistische Modernisierung“ (*modernización tradicionalista*)⁷² beschreibt, eine Bezeichnung, die ge-

⁷¹ Wobei die kreolische Elite Perus anfänglich eine gewisse Ausnahme darstellt, da sie sich sträubte, sich der Unabhängigkeitsbewegung anzuschließen. Trotz ihrer im Verhältnis zu den spanischen Siedlern ungünstigeren Lage glaubten die peruanischen *criollos*, dass ihre Interessen unter der Herrschaft der spanischen Krone sicherer vertreten waren (vgl. Contreras/Cueto: 2013, 40-41).

⁷² Es geht um einen Ausdruck, der auf den brasilianischen Rechtsphilosophen Roberto Mangabeira Unger zurückzuführen ist, der zwischen liberal-kapitalistischer, revolutionärer und traditionalistischer Modernisierung unterscheidet. Siehe: Unger, Roberto Mangabeira (1976), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 223-237.

wiss auf den lateinamerikanischen Modernisierungsprozess ganz allgemein angewendet werden kann.⁷³

De Trazegnies zufolge bezeichnet der Ausdruck *modernización tradicionalista* den sozialen Prozess, durch den Merkmale der modernen Welt in die traditionelle Gesellschaft eingeführt werden und sie transformieren, ohne dass diese Gesellschaft jedoch einige ihrer wesentlichen Elemente verliert. Im Unterschied zu anderen Modernisierungsprozessen, in denen ebenfalls herkömmliche Aspekte fortbestehen, verbleiben die in der traditionalistischen Modernisierung fortlebenden Elemente nicht in der Peripherie, sondern werden zu zentralen Aspekten des sozialen Modernisierungsprozesses. In Lateinamerika äußert sich die traditionalistische Modernisierung hauptsächlich dadurch, dass die Eliten die politischen und wirtschaftlichen Vorteile der Moderne erlangen wollten, ohne allerdings die vormoderne soziale Stratifizierung zu überwinden, die weiterhin ein wesentliches Element der modernen lateinamerikanischen Gesellschaften blieb (vgl. De Trazegnies: 1980, 44-46):

„Einerseits importiert die herrschende Klasse Ideen und liberale Sozialformen, die sie als notwendig betrachtet, um sich auf dasselbe Niveau der im Hinblick auf den kapitalistischen Weg am meisten entwickelten Länder zu stellen. Aber andererseits, wenn diese Ideen sich der Kontrolle der herrschenden Klasse entziehen, wenn zum Beispiel die Idee von demokratischer Gleichstellung wirklich in allen Bevölkerungsschichten verallgemeinert wird, dann wird es schwierig, dass solche Führungsklassen ihre traditionelle Macht erhalten“ (De Trazegnies: 1980, 48).

Die lateinamerikanische Geschichte zeigt so einerseits die manifeste Entschlossenheit der Eliten, die moderne Staatsorganisation sowie die kapitalistische Produktionsweise und zumindest einige Ideale der bürgerlichen Kultur, vor allem die Vernunftmäßigkeit und Produktivität, in ihre Länder zu importieren. In diesem Sinne wurde das kapitalistische Handelssystem seit den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts in der Region des Río de la Plata, in Brasilien und in Ländern mit größerer indigener Präsenz wie Guatemala, Ecuador, Mexico und Peru mit Begeisterung aufgenommen, auch wenn dabei nicht alle Elemente dieses Systems eingeführt wurden (vgl. Glade: 1991, 42). Dennoch zeigt die Geschichte auch, dass hinsichtlich der Gesamtheit der sozialen Beziehungen die politische und wirtschaftliche Moderne Lateinamerikas nicht fähig war, die ständische Struktur der vormodernen Gesellschaft wirksam zu überwinden, d.h. das, was im Europa der Neuzeit die Moderne mit sich gebracht hatte. Und dies erklärt sich daraus, dass die kreolischen Eliten nicht in der Lage waren, die Ide-

⁷³ In diesem Sinne siehe: Bonfil, Guillermo (1990), *México profundo*, Mexiko-Stadt.

ale der liberal-individualistischen Kultur wirklich umzusetzen, die die Basis der modernen Gesellschaften bilden, und zwar individuelle Autonomie und soziale Emanzipation.

Auf dem spezifischen Gebiet der Wirtschaft konzentrierten sich die Eliten mehr darauf, von den Vorrechten Gebrauch zu machen, die ihnen der Staat im Zugriff auf den internationalen Markt gewährte, und diese Privilegien für ihre eigenen unmittelbaren Geschäftsinteressen zu nutzen, als durch die lokale Förderung der Technologie und der verarbeitenden Industrie die Entwicklung von frei zugänglichen nationalen Märkten zu ermöglichen. Das Ergebnis war die Vergrößerung des Abstandes zwischen den Eliten und denjenigen Bevölkerungsgruppen, denen die Vorteile des Marktsystems fremd waren, und damit ein Auseinanderdriften der sozialen Schichten (vgl. De Trazegnies: 1980, 48-51; Glade: 1991, 43).

Natürlich liegen dieser besonderen Weise, die Moderne anzunehmen, die sozialen Einstellungen der kreolischen Eliten zugrunde. Die *criollos* standen nicht nur außerhalb der Lebensform der einheimischen Mehrheiten, sie hatten außerdem von den kolonialen Eliten eine hierarchische Auffassung der gesellschaftlichen Zusammensetzung geerbt,⁷⁴ was zu einem entscheidenden Faktor für den Zustand der politischen Kultur Lateinamerikas wurde. In der Tat entwickelten die Kreolen eine soziale Interaktionsform, die grundsätzlich durch die Ausgrenzung ihrer Mitbürger einheimischer Herkunft (aufgrund ihrer Klassen- bzw. Rassenzugehörigkeit) bestimmt war; und als Folge davon waren sie nicht bereit, ein freiheitlich-demokratisches System zu errichten. Zwar stellten sie in den meisten lateinamerikanischen Ländern eine Minderheit dar, doch waren sie im Unterschied zu anderen postkolonialen Regionen hinreichend einflussreich, um durch die Kontrolle der staatlichen Verwaltung ihre eigenen Interessen gegenüber anderen sozialen Gruppen durchzusetzen. So war die Entwicklung sowohl des Nationalstaats als auch des kapitalistischen Wirtschaftssystems in den lateinamerikanischen Gesellschaften von einer ausschließenden sozialen Dynamik geprägt, die in der Praxis das Erreichen von individueller Autonomie und sozialer Emanzipation unterminierte.⁷⁵

⁷⁴ Eine Auffassung, die freilich häufig auch von Mitgliedern der einheimischen Mehrheiten eingenommen wurde.

⁷⁵ Dazu siehe das gesamte Sammelwerk: Pérez, Tomás/Yankelevich, Pablo (Hg.) (2018), *Raza y política en Hispanoamérica*, Madrid.

2.3.2.2 Das Recht als Mittel für den Machterhalt

Angesichts dieses Modernisierungsverlaufs, das im Widerspruch zu grundlegenden Werten der Moderne stand, kann man sich die Art von Recht vorstellen, die sich aus dem juristischen Handeln der lateinamerikanischen Führungsschicht ergibt. Die theoretischen Arbeiten der frühpostkolonialen Zeit, die von naturrechtlichen Strömungen beeinflusst waren, erläuterten freilich das Recht als Mittel für die Verwirklichung moralischer Ziele, vor allem des Ideals der Gerechtigkeit. Doch waren die Rechtspraxis, die Rechtsdogmatik und später ein Teil der Rechtsphilosophie selbst von dieser Perspektive weit entfernt. Ein Blick auf die postkoloniale Geschichte zeigt, dass das Recht in Lateinamerika zu einem großen Teil eher als Instrument im Dienste des Willens der Regierenden eingesetzt wurde, insbesondere ihres Willens zur Machterhaltung, wobei sich die lateinamerikanische Rechtspraxis ausdrücklich an den strengen Rechtspositivismus knüpfte.

Das Motiv der Machterhaltung als Ziel des Rechts findet sich natürlich nicht ausschließlich in den lateinamerikanischen Gesellschaften. Alejandro Nieto behauptet, dass das Recht in der europäischen Tradition immer auf die Konsolidierung des Herrschaftsanspruchs ausgerichtet war, wenn man ihm nicht einen Wert oder ethische Prinzipien als Ziel voranstellte (vgl. Nieto: 2009, 41). Die Besonderheit der lateinamerikanischen Rechtspraxis besteht aber darin, dass diese nicht nur an dem Erhalt der Macht der Herrschenden orientiert war, sondern zum großen Teil am Machtbesitz einer bestimmten sozialen Gruppe: nämlich der kreolischen Eliten. Wie gesehen, war der lateinamerikanische Unabhängigkeitsprozess hauptsächlich ein Werk der *criollos*; nachdem die Vorteile ihres neuen sozialen Status einmal in ihren Händen lagen, hielten die *criollos* ihre Macht fest, wovon was den Zugang zur Rechtssetzung als auch zu den juristischen Institutionen, die für die Anwendung der Normen zuständig waren. Die Folge war, dass die Praxis des modernen Rechts in Lateinamerika trotz ihrer emanzipatorischen Wurzeln in hohem Maße auf das Ziel des Machterhalts einer sozialen Elite reduziert wurde.

In der Tat nutzten die Eliten die Rechtssetzung häufig zu ihren eigenen Interessen (vgl. Wolkmer: 2011, 475), aber darüber hinaus errichteten sie juristische Institutionen, die nur ein geringes Interesse an Prozessen zeigten, die die Entwicklung von Bürgerrechten sowie den gleichberechtigten Zugang zur wirtschaftlichen und politischen Macht förderten. So blieben diejenigen, die zu an-

deren sozialen Gruppen gehörten, weiterhin grundsätzlich ausgeschlossen von der Macht, ähnlich wie es bereits in der Kolonialzeit der Fall war (vgl. Chevalier: 1999, 622-623; Portocarrero: 1998, 221-222).⁷⁶ Zwar räumte die postkolonialen Gesetzgebungen den einheimischen Mehrheiten und afrikanischstämmigen Minderheiten einige rechtliche Vorteile ein⁷⁷ – Vorteile, die zur Individualisierung des Eigentums und damit zur Konsolidierung von nationalen Bourgeoisien beitragen sollten (vgl. Chevalier: 1999, 478).⁷⁸ Dennoch blieb die Rechtspraxis zumindest bis Mitte des 20. Jahrhunderts in erster Linie an die Interessen der *criollos* gebunden. Wie Günther Maihold konstatiert, spiegelte sich die beabsichtigte Einheit der Gesellschaft daher „nicht im System der Gesetze, vielmehr fungierten Gesetze immer im Sinne einer Segregation bestimmter Gruppen vom gesellschaftlichen Ganzen“ (Maihold: 1999, 79-80). Und indem das postkoloniale Recht dem Machterhalt einer Weniger diene, trug es folglich dazu bei, dass sich in den meisten lateinamerikanischen Ländern die ständische Sozialstruktur weiter konsolidierte. Für eine wahre Förderung egalitärer und wirklich freier Staaten gab es in einem so praktizierten modernen Recht ungenügenden Platz.

2.3.3 Die Vereinheitlichung des normierten Rechts

Auf dem Gebiet der Rechtsproduktion ist das moderne Recht, wie gesehen, hauptsächlich durch seinen Trend zum Monismus gekennzeichnet, d.h. durch die Zentrierung der Erzeugung und der Legitimation des Rechts auf eine einzige Rechtsquelle, den modernen Staat und seinen legislativen Arm. Und natürlich wurde dieser Trend auch zum Hauptmerkmal des modernen Rechts in Lateinamerika, jedoch mit der Besonderheit, dass sich der rechtliche Monismus dort mit einer großen sozialen Pluralität konfrontiert sah. So liegt die größte Problematik des lateinamerikanischen Rechts gerade darin, dass es sich in Ge-

⁷⁶ Wobei freilich hinzuzufügen ist, dass die Eliten, um die großen und multiethnischen Mehrheiten Lateinamerikas leiten zu können, mit politischen Vermittlern koexistieren mussten, die indigene oder mestizische Herkunft hatten und über eine gewisse Macht verfügten (vgl. Chevalier: 1999, 245).

⁷⁷ Wir haben schon einige bürgerlichen Rechte erwähnt, die die postkolonialen Staaten zu Gunsten der Nicht-Kreolen einführten: die volle Geschäftsfähigkeit der Ureinwohner und die Freiheit der Kinder von Sklaven.

⁷⁸ Über die eher nachteiligen Auswirkungen der Individualisierung für die Indigenen auf ihr gemeinschaftliches Eigentum siehe die konkrete Erfahrung der Ureinwohner von Mérida (Venezuela): Samudio, Edda (2014), „De propiedad comunal a propiedad individual en el escenario agrario republicano de Venezuela“, in: *Procesos Históricos*, Nr. 26, 211-138; und von Oaxaca-Michoacán (Mexico): Arriola, Luis Alberto (2010), „Dos visiones en torno a un problema: las tierras comunales indígenas en Oaxaca y Michoacán“, in: *Relaciones*, Nr. 124, 143-185. Über die peruanische Erfahrung siehe: Klarén: 2015, 189.

sellschaften mit verschiedenen rechtlichen Traditionen nur auf die staatliche Rechtsquelle konzentrierte (García/Rodríguez: 2003).

Gewiss hatten die drei Jahrhunderte iberischer Herrschaft in jedem lateinamerikanischen Land nicht zu einer vollständigen Vereinigung der rechtlichen Institutionen und Normen geführt. Zum einen waren die strukturellen Unterschiede zwischen den rechtlichen Ordnungen der Urbevölkerungen und dem iberischen Recht gewaltig. Zum anderen gestattete das Indianische Recht, wie wir gesehen haben, eine gewisse Toleranz gegenüber einigen indigenen Rechtspraktiken. Bevor die postkolonialen Staaten gegründet wurden, lebte in Lateinamerika also eine gewisse rechtliche Pluralität weiter, vor allem hinsichtlich des praktizierten Rechts, aber irgendwie auch des normierten Rechts.⁷⁹

Das Projekt der Moderne führte dennoch zu einer anderen Haltung gegenüber der rechtlichen Pluralität. Indem die postkolonialen Regierungen auf den Aufbau von Nationalstaaten setzten, förderten sie den Ausschluss und die Unsichtbarkeit der nicht-staatlichen Rechtsformen. Wie der mexikanische Philosoph Luis Villoro behauptet:

„Der moderne Nationalstaat zwingt der komplexen Vielfalt der Gesellschaften, die ihn bilden, eine Ordnung auf. Auf die Heterogenität der realen Gesellschaft muss er die Gleichförmigkeit einer allgemeinen Gesetzgebung, einer zentralen Verwaltung und einer einzigen Macht festlegen, wobei es um eine Vorstellung von Gesellschaft aus gleichberechtigten Bürgern geht, weil der Staat die Mannigfaltigkeit der Gemeinschaften verwischt, gegen die sich er durchsetzt, muss er eine homogene Ordnung festlegen“ (Villoro: 1999, 26).

So forderte der Staat, und damit auch das normierte Recht, die gesellschaftliche Mannigfaltigkeit auszuklammern, was konkret bedeutete, dass in der Folge die Existenz unterschiedlicher Nationen, Kulturen, Ethnien und erbänden verschiedener Art zumindest gelehnet, wenn nicht gar bekämpft wurde. Die neuen Staaten anerkannten so, trotz hehrer Beschwörungen keine geschichtlich gewachsenen Gemeinschaften und berücksichtigten nicht deren Rechtserfahrungen; vielmehr sollte die neue Rechtsordnung praktisch bei Null anfangen. Das bedeutete, dass nicht nur für die Herrschenden, sondern auch für die Rechtswissenschaftler die Anerkennung von verschiedenen Rechtsordnungen unvereinbar war mit der Errichtung eines modernen Staates. Vernunft- und zeitge-

⁷⁹ Freilich betonen Mauricio García und César Rodríguez die Tatsache, dass die in der Kolonialzeit bestehende rechtliche Pluralität mehr *de facto* als *de jure* bestand (vgl. García/Rodríguez: 2003, 47). Für eine aktuellere Annäherung an die rechtliche Heterogenität Lateinamerikas, die aus den Rechtspraktiken der indigenen Bevölkerungen stammt, siehe: Ordóñez, José (1994), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios, IV jornadas lascasianas*, Mexiko-Stadt.

mäß war nur das positiv-verschriftlichte und vom Nationalstaat gesetzte Recht, anders gesagt das Gesetzesrecht. Darüber hinaus stellte dieser rechtliche Monismus für die Eliten in dem Maße einen idealen theoretischen Rahmen dar, wie sie die staatlichen Rechtssetzungsprozesse zum großen Teil kontrollierten. Die einheimischen Bevölkerungen erlebten ihrerseits das moderne Recht grundsätzlich als eine Herrschaftsform, wie die lokalen Rechtstraditionen für die Herrschenden nur eine Bedrohung für den sozialen Fortschritt ihres Landes bedeuteten (vgl. Villoro: 1999, 25-26).

Im Lichte dieser Erwägungen kann man also konstatieren, dass die Zentralisierung der Rechtsproduktion im Staat und in seinen Legitimationsverfahren dazu beigetragen hat, dass das moderne Recht zum Motor der Vereinheitlichung des Rechts in den Gesellschaften Lateinamerikas wurde. In diesem Sinne, spricht Boaventura de Sousa Santos, wie an späterer Stelle gezeigt wird, von einem massiven „Rechtsmord“, wenn er sich auf diesen Verlust der lokalen Rechtspraktiken bezieht, die nicht zum „modernistischen Rechtskanon“ (Santos: 2002, 16) passten. Obwohl diese Vereinheitlichung auf dem Gebiet des normierten Rechts erfolgreich war, wirkte sie in Bezug auf das praktizierte Recht nicht in derselben Weise aus.

2.3.4 Die Isolation des Rechts

Der vierte wichtige Prozess, den das moderne Recht Lateinamerikas durchlebte, besteht in der nachhaltigen Isolation dieses Rechts gegenüber der sozialen Wirklichkeit, wofür die Art und Weise, wie die Nationalstaaten das Funktionieren des Rechts in jedem Land kontrollierten, gewiss entscheidend war.

2.3.4.1 Staat und rechtliche Pluralität

Wie die kolumbianischen Rechtswissenschaftler Mauricio García und César Rodríguez, ausgehend von den sozialwissenschaftlichen Überlegungen von Santos konstatieren, ging in den lateinamerikanischen Gesellschaften die Errichtung des modernen Staates der sozialen Integration eines jeden dieser Länder voran.⁸⁰ Während in den meisten europäischen Gesellschaften die lokalen Staaten das Ergebnis von integrativen Prozessen waren, d.h. dass die Natio-

⁸⁰ Dieser Verweis auf Boaventura de Sousa Santos zielt auf: Santos, Boaventura de Sousa (1998), *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, 152-155.

nalstaaten sich von innen heraus entwickelt haben, verlief der Prozess in Lateinamerika genau andersherum: Dort riefen Machthaber von außerhalb die Nationalstaaten aus, innerhalb derer sich anschließend die innere Gesellschaft formen sollte. In dieser Aufgabe musste die Einführung des modernen staatlichen Rechts eine herausragende Rolle spielen, indem sie die Gesamtheit der lokalen gesellschaftlichen Beziehungen in einen einzigen Rechtsrahmen integrieren sollte (vgl. García/Rodríguez: 2003, 38-39).

Dennoch waren die lateinamerikanischen Nationalstaaten, wie die alten kolonialen Regierungen, nicht in der Lage, eine wirkliche soziale Integration zu schaffen, selbst wenn sie dafür grundlegende Rechtsordnungen errichteten. Denn dieses Staatsmodell verfügte nicht über die erforderliche Kraft, um die Vielzahl der postkolonialen kulturell-politischen Kollektive und ihre entsprechenden Führungsmodelle und wirtschaftlichen Produktionsweisen unter das gemeinsame Dach des zentralisierten Rechts stellen zu können. Eigentlich musste das staatliche Recht mit rechtlichen Ordnungen bzw. Verhaltenskodexen koexistieren, die in jedem Land je nach Gesellschaftsschicht, Region und Kultur sehr unterschiedlich waren. Die postkolonialen Staaten haben sich also auf der Grundlage einer deutlichen gesellschaftlichen Heterogenität entwickelt, all ihrer Unsichtbarkeit durch einheitliche Normierung zum Trotz (vgl. García/Rodríguez: 2003, 47). In diesem Sinne stellen García und Rodríguez das Fortbestehen des rechtlichen Pluralismus auf folgende Weise fest:

„Lateinamerika ist also eine Region, die einen großen Reichtum an rechtlichen Pluralismus besitzt – aufgrund der kulturellen Hybridisierung, die sie kennzeichnet. [...] hier finden sich Muster aus allen Möglichkeiten des soziokulturellen Spektrums, von den modernsten bis zu den archaischsten, von den am besten vertraglich geregelten bis zu den gewalttätigsten, von den am stärksten routinemäßigen bis zu den explosivsten. Es ist, als ob sich alle Möglichkeiten der sozialen Geschichte in einem einzigen Raum versammelt hätten [...] Kulturen, Diskurse und rechtliche Praktiken besitzen diesen offenen Charakter [...]“ (García/Rodríguez: 2003, 48).

Unter diesen Umständen haben sich die lateinamerikanischen Nationalstaaten im Laufe der zwei Jahrhunderte ihrer Existenz bemüht, die mangelnde Hegemonie des Rechts durch eine große Legislativtätigkeit auszugleichen, mit der sie gewiss moderne politisch-rechtliche Institutionen geschaffen haben. Nun aber haben die nationalen Gesetzgebungen, darunter vor allem die Verfassungen und Kodifikationen, nur für bestimmte Gelegenheiten die rechtlichen Erfahrungen der Mehrheitsgruppen, der Urbevölkerungen oder der afrikanischstämmigen Völker berücksichtigt (vgl. Wolkmer: 2011, 475). Das bedeutet, dass

die postkoloniale Rechtssetzung, gestaltet durch elitäre Führungsschichten und eine zentralisierte Kontrolle, die Staaten daran gehindert hat, wirklich demokratische Institutionen zu etablieren – eine Tatsache, die mit der Zeit zur Folge hatte, dass die bestehenden Institutionen in hohem Maße unfähig sind, als gemeinsame Gesprächsforen für die pluralen rechtlichen Interessen der sozialen Gruppen zu fungieren. Dieser Teufelskreis hat dann dazu geführt, dass der rechtliche Rahmen der lateinamerikanischen Länder isoliert geblieben ist, nicht nur von den rechtlichen Erfahrungen dieser Gesellschaften, sondern zum großen Teil auch von ihren rechtlichen Interessen. Und das hat schließlich ein Legitimitätsproblem für das Recht aufgeworfen, das sich vor allem in dessen unzulänglicher Wirksamkeit äußert.

2.3.4.2 Eine unzulängliche Wirksamkeit

Vor dem Hintergrund der Herrschaft isolierter Rechtsordnungen in den lateinamerikanischen Staaten versteht man den Trend ihrer Bevölkerungen besser, eine zweideutige Haltung gegenüber dem normierten Recht einzunehmen. Zum einen besteht ein gewisses Vertrauen, durch rechtliche Initiativen eine entwickelte Gesellschaft aufbauen zu können. Das äußert sich besonders in einer Reihe von Verfassungsreformen und in den zahlreichen Gesetzgebungsverfahren, die die Geschichte der gesetzgebenden Institutionen Lateinamerikas kennzeichnet.⁸¹ Zum anderen zeigen großen Bevölkerungsschichten eine skeptische Haltung, wenn nicht einen deutlichen Widerstand gegenüber den Rechtsnormen, und großes Misstrauen gegenüber dem Handeln der Gerichte (vgl. García/Rodríguez: 2003, 55-56). Daher, dass, wie Maihold behauptet, „seit der Unabhängigkeit mit ihrer bis heute anhaltenden ‚Verfassungsleidenschaft‘ die Momente einer gesellschaftlich-integrativen Rolle des Rechts in Lateinamerika nur sehr eingeschränkt nachzuweisen sind“ (Maihold: 1999, 80).

Freilich berichtet die Geschichte, dass schon in der Kolonialzeit eine Laxheit gegenüber dem iberischen Recht verbreitet war. Beweis dafür ist die häufige Anrufung der, aus der kastilischen Rechtstradition stammenden Formel *se acata pero no se cumple* („darauf achtet man, aber es wird nicht erfüllt“), die

⁸¹ Nach Armando Guevara haben die lateinamerikanischen Republiken in den zwei Jahrhunderten ihrer Unabhängigkeit im Durchschnitt 11 Verfassungen pro Land proklamiert, jede mit einer ungefähren Laufzeit von 17 Jahren. Im peruanischen Fall zeigt gleichfalls Guevara, dass zwischen 1905 und 2001 27.200 Rechtsvorschriften sanktioniert wurden (vgl. Guevara: 2009, 71-74).

den kolonialen Behörden erlaubte, die königlichen Gesetze zu akzeptieren, ohne sie aber anzuwenden, wenn sie Probleme für die lokalen Interessen darstellen könnten (vgl. García/Rodríguez: 2003, 32, Fußnote 25). Diese widerständige Haltung herrschte in der Postkolonialzeit weiter, auch wenn jeder Staat autonom rechtliche Normen und Institutionen für die verschiedenen Bereiche des sozialen Zusammenlebens gefunden hatte. So sagte der Essayist Manuel González Prada über die Missachtung des Rechts im Peru des frühen 20. Jahrhunderts:

„Während man an der Küste mögliche [rechtliche] Garantien, unter einem Anschein von Republik, ausmacht, spürt man innerhalb des Landes, unter einem veritablen Feudalregime, die Verletzung allen Rechts. Dort gilt keine Kodifikation und herrscht kein Gericht, weil Großgrundbesitzer [...] über alle Belange entscheiden, indem sie sich die Rolle von Richtern und Vollstreckern der Urteile anmaßen“ (González Prada: 2002, 131).

In Bezug auf Brasilien schreibt der französische Soziologe Alain Touraine, dass das Grundproblem dieses Landes nicht so sehr ökonomisch oder sozial sei, es erwachse vielmehr „aus dem Unvermögen der Behörden, die Normen geltend zu machen, und aus der Unfähigkeit der Bürger, sich nach dem Gesetz zu verhalten“.⁸² Diese Aussage, die deutlich auf die unzulängliche Wirksamkeit des Rechts hinweist, gilt nicht nur für Brasilien, sondern auch für die meisten lateinamerikanischen Länder.

In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass in den letzten Jahrzehnten die unzulängliche Unwirksamkeit des Rechts zur Folge hatte, dass das normierte Recht in vielen Fällen nur auf legitimierende Formalismen im Dienst von sozial nicht legitimierten Regierungen reduziert worden ist.⁸³ Dies trifft gewiss auf einen großen Teil der Rechtssetzungen zu, die die lateinamerikanischen Staaten lediglich zur Abschwächung der bürgerlichen Forderungen an soziale Gerechtigkeit, Partizipation und Sicherheit erlassen haben. Aber dies trifft auch auf die Staats- und Justizreformen zu, die einige Regierungen wohlmeinend zu implementieren versuchen, ohne zuerst politische Gesprächsforen zwischen ihnen und den verschiedenen Kollektiven ihres Landes etabliert zu haben (vgl. García/Rodríguez: 2003, 40-43, 56-57). Selbstverständlich hat eine

⁸² Eine Aussage von Touraine, die der brasilianische Expräsidenten Fernando Henrique Cardoso zitiert in: Pompeu, Roberto (1998), *O presidente segundo o sociólogo. Entrevista de Fernando Henrique Cardoso a Roberto Pompeu de Toledo*, São Paulo, 221.

⁸³ In diesem Sinne unterscheiden García und Rodríguez zwischen einer symbolischen (legitimierenden) und einer instrumentalen Wirksamkeit des Rechts, womit sie behaupten, dass das lateinamerikanische Recht dazu neigt, eine stark symbolische Wirksamkeit zu haben, aber nur eine schwache instrumentale Wirksamkeit. Vgl. García/Rodríguez: 2003, 40-43.

solche Reduktion des Rechts auf Formalismen, die von der sozialen Wirklichkeit dissoziiert sind, auch mit dem exzessiven Vertrauen zu tun, das die lateinamerikanischen Gesetzgeber in das positiv-verschriftlichte Recht gesetzt haben, als Garantien für Gesellschaften, die auf dem Fundament des Rechts aufgebaut sind.

In Bezug auf die Bestimmung der genauen Ursachen der mangelnden Wirksamkeit des Rechts in Lateinamerika, was übrigens allen sozialen Schichten in unterschiedlichem Maße bewusst ist, gibt es freilich unter den Rechtswissenschaftlern mehrere Nuancen.⁸⁴ So bringen García und Rodríguez dieses Phänomen entschlossen in Verbindung mit der lokalen rechtlichen Pluralität, d.h. mit dem Zusammenleben von verschiedenen Rechtsordnungen innerhalb eines jeden Nationalstaats; nur dass dabei die Rechtswissenschaftler als Rechtsordnungen nicht nur jene der traditionellen Bevölkerungen anerkennen, sondern auch die regulierenden Systeme jeder Form von sozialer Gruppe, die parallel zum Staat interagiert. Andererseits schreiben García und Rodríguez die Unwirksamkeit des Rechts auch dem Trend zur autoritären Rechtssetzung zu, der sich auf die meisten Staaten aufgrund ihres Mangels an politischer Hegemonie auswirkt (vgl. García/Rodríguez: 2003).⁸⁵ Andere Autoren, wie José Reinaldo, betonen eher die Stärke des sozialen Verhaltens der Gruppen, die wegen ihres Widerstandes gegen die Art der Modernisierung in ihren Ländern dazu neigen, sich an den Rand des staatlichen Rechts zu stellen (vgl. Reinaldo, José: 2003). Unter Berücksichtigung der großen Anzahl von Juristen, die jedes Jahr die juristischen Fakultäten Lateinamerikas absolvieren, hebt Christian Courtis schließlich auf die Rolle ab, die die juristische Ausbildung und ihre Fokussierung auf eine positivistische Rechtsdogmatik für die Unwirksamkeit des modernen Rechts spielen; denn sie haben den formalen Kategorien der französischen Kodifikation „das fast absolute Monopol der Wiedergabe der Kenntnis über das Recht“ (Courtis: 2003, 77) verliehen und dadurch erschweren sie die Möglichkeit einer komplexeren bzw. interdisziplinären Sicht des rechtlichen Handelns.

⁸⁴ Zum Thema der Unwirksamkeit des Rechts ist eine Artikelsammlung aus unterschiedlichen sozialwissenschaftlichen Perspektiven in García/Rodríguez (Hg.): 2003 zu finden.

⁸⁵ Konkreter Ausdruck dieses Trends ist die häufige Ausrufung des Ausnahmezustandes seitens mehrerer lateinamerikanischen Regierungen. In diesem Bezug betonen García und Rodríguez auch die Rolle, die in den letzten Jahrzehnten die Anfälligkeit der Volkswirtschaften gegenüber den Weltmärkten für die Gesetzgebung gespielt hat (vgl. García/Rodríguez: 2003, 45).

Diese Autoren drücken jedoch die gemeinsame Überzeugung aus, dass der Mangel an Wirksamkeit des Rechts in Lateinamerika nur das Symptom für eine grundlegendere Problematik ist. Es handelt sich um die großen Schwierigkeiten des modernen staatlichen Rechts und insbesondere des von den lokalen Eliten eingenommenen Konstitutionalismus,⁸⁶ sowohl auf die rechtlichen Erfahrungen und Bedürfnisse breiter Schichten der lateinamerikanischen Gesellschaften zu antworten, als auch die Werte von Freiheit und Gleichheit in ausreichendem Umfang zu verwirklichen. Anders gesagt, es geht um eine beachtliche Isolation des modernen Rechts von den rechtlichen Interessen der Pluralität von gesellschaftlichen Kollektiven und sicherlich gegenüber den axiologischen Säulen der Moderne.

2.3.5 Ein Paradigma in Frage

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen über die Gestaltung des Rechts in Lateinamerika kommen wir also zu dem Schluss, dass in der Praxis zwar die Einführung des modernen Rechts zur Errichtung einer grundlegenden Rechtsordnung in den lateinamerikanischen Ländern beigetragen hat, jedoch war dieses Rechtsmodell, aufgrund seiner zentralistischen und formalistischen Orientierung, gleichzeitig auch Instrument von Abhängigkeit und Beherrschung, d.h. von dem, was genau das Gegenteil der modernen Ideale von Autonomie und sozialer Emanzipation darstellt. Und das hat schließlich eine große Unstimmigkeit zwischen dem normierten Recht und den rechtlichen Interessen eines großen Teiles der lateinamerikanischen Bevölkerung ausgelöst. Von daher erklärt sich, dass noch in der Gegenwart, zweihundert Jahre nach Ende der Kolonialzeit, die meisten lateinamerikanischen Staaten Probleme haben, mit ihren rechtlichen Strukturen das soziale Leben zu lenken.

Freilich muss anerkannt werden, dass in den letzten Jahrzehnten einige lateinamerikanische Regierungen neue Modelle von Rechtsproduktion geprüft haben, die die Möglichkeit boten, multilaterale Gespräche über rechtliche Reformen zu führen. Beispiele dafür sind die neuen Verfassungen in Ländern wie Ecuador und Bolivien, die den geschichtlich ausgegrenzten sozialen Kollektiven wie den indigenen Völkern ermöglicht haben, sich an der rechtlichen Diskussi-

⁸⁶ Genau über die Schwierigkeiten des zeitgenössischen Konstitutionalismus, eine lateinamerikanische Kultur der Gesetzmäßigkeit im Rahmen eines Rechtsstaates zu konsolidieren, siehe: Vázquez: 2012.

on ihres Staates zu beteiligen (vgl. Yrigoyen: 2010, 330). Dennoch zeigen gerade diese Erfahrungen und andere Verfassungsreformen in der Region, dass in Lateinamerika die Initiativen zur Gestaltung einer integrativen Rechtsordnung bald an ihre Grenzen stoßen, indem sie durch ein zentralistisches Paradigma behindert werden, das das Recht immer wieder der Möglichkeit aussetzt, auf ein bloßes Instrument des Herrschaftsanspruchs reduziert zu werden.

Deswegen stellt sich am Ende dieser groben Übersicht über die Entwicklung des lateinamerikanischen Rechts notwendigerweise die Frage, ob das zentralistisch-legalistische Rechtsparadigma weiterhin adäquat für die stark pluralen und asymmetrischen Länder Lateinamerikas ist. Und wenn die Antwort negativ ist, dann stellt sich eine andere Frage: Bieten die Grundlagen des modernen Rechts Raum für ein anderes Rechtsparadigma und damit auch für eine andere Art von Rechtsbegründung, die angemessener für solche Gesellschaften sind? Mit der theoretischen Debatte, die die Beantwortung dieser Fragen ermöglicht, werden wir uns im Folgenden anhand des Denkens von Jürgen Habermas und Boaventura de Sousa Santos beschäftigen.

3. Jürgen Habermas und die Rekonstruktion des modernen rechtlichen Geistes

3.1 Einführung

Nachdem die Meilensteine, die die theoretisch-geschichtliche Entwicklung des lateinamerikanischen Rechts geprägt haben, beschrieben wurden und die Schwierigkeiten des modernen Rechts bei der Verwirklichung sowohl der Ideale der Moderne als auch der rechtlichen Interessen der lateinamerikanischen Gesellschaften anerkannt wurden, stellte sich im vorherigen Kapitel die Frage nach der Angemessenheit des herrschenden Rechtsparadigmas für das soziale Leben in dieser Region. Mit anderen Worten stellt sich die Frage nach der Übereinstimmung zwischen den Forderungen dieses Paradigmas, nämlich der Zentralisierung und der Legalisierung des Rechts, und den Hauptmerkmalen der lateinamerikanischen Gesellschaften, nämlich der Pluralität und der sozialen Asymmetrie, angesichts einer wirklichen Förderung des Ideals der Emanzipation in diesen Staaten.

Freilich handelt es sich um eine rhetorische Frage, denn die Beschreibung der gesellschaftlichen Prozesse im vorherigen Kapitel, die das moderne Recht in Lateinamerika ausgelöst hat, hat bereits die Insuffizienz dieses Rechtsmodells bei der Etablierung einer emanzipatorischen sozialen Dynamik verdeutlicht, was sich deutlich im konkreten Phänomen der erheblichen Unwirksamkeit des lateinamerikanischen Rechts zeigt. Die entscheidende Frage ist nämlich, ob die Moderne im Allgemeinen die notwendigen theoretischen Mittel für ein wirklich emanzipatorisches Rechtsparadigma in den lateinamerikanischen Gesellschaften bieten kann, die weitgehend durch eine soziale Pluralität und Asymmetrie bestimmt sind. Dies ist die spezifische Frage, die diese Untersuchung von nun an leiten wird.

Vor der Ausarbeitung einer eigenen Reflexion zu dieser Frage, die im letzten Teil dieser Arbeit angestellt wird, sollen dieses und das nächste Kapitel zwei Formen aufzeigen, sich gegenüber dem modernen Recht zu positionieren,

die im heutigen Rechtsdenken verwurzelt sind und die aufgrund ihrer Konsistenz bei der Reflexion des Rechts in den lateinamerikanischen Gesellschaften zu berücksichtigen wichtig sind. Es handelt sich hierbei um die Ansichten von Jürgen Habermas, einem herausragenden Vertreter der europäischen kritischen Tradition, und Boaventura de Sousa Santos, einem postmodernen Denker, der als Europäer die Erfahrungen der Gesellschaften der südlichen Hemisphäre, besonders der lateinamerikanischen reflektiert. Habermas steht für das Bestreben, das moderne Recht vor seinen widersprüchlichen Entwicklungen stets im Rahmen des modernen Projekts zu bewahren – auf der Grundlage wichtiger Anpassungen seiner theoretischen Grundlage, die von der Diskurstheorie inspiriert sind. Santos' juristisches Denken ist auch ein Bestreben, die Widersprüche des modernen Rechts zu überwinden. Er fordert aber im Gegensatz zu Habermas einen Bruch mit dem vorherrschenden Paradigma, um ein Verständnis des Rechts zu gewinnen, das diesem ermöglicht, die Pluralität der faktischen rechtlichen Interessen der heutigen Gesellschaften aufzugreifen.

Auch wenn die Analyse des modernen Rechts, die beide Autoren durchführen, zu unterschiedlichen Einschätzungen und dann zu unterschiedlichen Vorschlägen für das Recht führen, haben Habermas und Santos letztlich das gleiche Interesse an einer kritischen Würdigung des modernen Rechtsparadigmas und an der Priorisierung einer Anwendung des Rechts, die sich an der sozialen Emanzipation orientiert. Daher sind beide Denker relevant für die Suche nach einem Rechtsverständnis, das den emanzipatorischen Interessen der lateinamerikanischen Gesellschaften besser gerecht wird. In den folgenden Kapiteln werden die rechtlichen Reflexionen von Habermas und Santos mit der Absicht wiedergegeben, die Diskussion über die Widersprüche des modernen Rechts und die möglichen Wege der Bewältigung aus der lateinamerikanischen Erfahrung einzuleiten.

Bevor wir uns mit dieser kritischen Perspektive auseinandersetzen, ist es wichtig zu beachten, dass es im zeitgenössischen Rechtsdenken eine andere theoretische Position gibt, welche im Gegensatz zu den Theorien von Habermas und Santos die Zweckmäßigkeit des zentralisierenden und legalisierenden Rechtsparadigmas für den Aufbau von Gesellschaften, die auf der Grundlage von Recht strukturiert sind, bejaht. Freilich wird im weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit von der Infragestellung dieses Rechtsparadigmas ausgegangen, die sich aus der bisherigen durchgeführten Analyse der Entwicklung des latein-

amerikanischen Rechts ergibt. Dennoch sollte in der kommenden Diskussion die Argumentation berücksichtigt werden, die diese andere juristische Position dazu führt, die Relevanz des zentralistisch-legalistischen Paradigmas für die Rechtsentwicklung in zeitgenössischen Gesellschaften zu reklamieren.

3.1.1 Die zentralistisch-legalistische Rechtsauffassung

Der Werdegang der theoretischen Position, auf die wir uns beziehen, steht im Zusammenhang mit der aktuellen Debatte zwischen dem Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre, insbesondere mit der Diskussion über Vorstellungen zur Normbegründung und zur Stellung des Staates dabei. Aus diesem Grund ist es angebracht, dieses Kapitel mit einem gerafften Überblick über die aktuelle Entwicklung dieser rechtsphilosophischen Strömungen zu beginnen; dabei werden wir uns vor allem auf Peter Koller und seine Präsentation der zeitgenössischen Reflexion über den Begriff des Rechts im gemeinschaftlichen Werk *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* beziehen.⁸⁷

Die Entwicklung des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert ist durch das Werk des vorher genannten österreichischen Denkers Hans Kelsen (1881-1973) und seiner „reinen Rechtslehre“ geprägt. In jüngster Zeit ist es jedoch der Brite Herbert Hart (1907-1992), der die Debatte über die Rechtsbegründung unter Autoren, die trotz ihrer Unterschiede als Positivisten angesehen werden können, am meisten beeinflusst hat. Zusammenfassend hat Hart nach Christoph Möllers einen Zwischenweg zwischen einer rein empirischen und einer rein moralischen Begründung der Geltung von Recht vorgeschlagen, indem er auf einen notwendigen moralischen Inhalt verzichtete, ohne jedoch das Vorhandensein eines normativen Elements im Recht auszuschließen (vgl. Möllers: 2011, 377). Von Interesse ist in diesem Zusammenhang das Schreiben von Hart, das als *Postscript* bekannt ist, und das posthum in der zweiten Ausgabe seines Hauptwerks *The Concept of Law* veröffentlicht wurde. Die folgende Aussage ist dort zu finden:

„I argue in this book that though there are many different contingent connections between law and morality there are no necessary conceptual connections between the content of law and morality; and hence morally iniquitous provisions may be valid as legal rules or principles“ (Hart: 1994, 268).

Nah an dieser Position liegen der „institutionalistische Rechtspositi-

⁸⁷ Siehe auch: Von der Pfordten (2011).

vismus“ von Donald Neil MacCormick und Ota Weinberger (*Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin, 1985) und vor allem der „inklusive Rechtspositivismus“, der sich aus den Theorien angelsächsischer Autoren wie Wilfried Waluchow (*Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994), Matthew Kramer (*In Defense of Legal Positivism*, Oxford, 1999) und Jules Coleman (*The Practice of Principle*, Oxford, 2001) ergibt.

Coleman's Position – besonders repräsentativ für diese Strömung – behauptet, die Tatsache, dass eine Rechtsordnung moralische Prinzipien als Bedingung für die Legalität einbezieht, stehe nicht im Widerspruch zu den positivistischen Prinzipien, das Recht selbst basiere auf sozialen Fakten und seine Geltungskriterien beruhten auf sozialen Konventionen. Für Coleman bedeutet eine solche Tatsache nur, dass die konventionelle soziale Praxis dieser Rechtsordnung in der Moral die Voraussetzung für Legalität sieht, während die Praxis anderer Rechtsordnungen durchaus nichtmoralische Interessen als Quelle der Geltung haben kann (vgl. Koller: 2008, 169-171).

Im Gegensatz zum inklusiven Rechtspositivismus steht der sogenannte „exklusive Rechtspositivismus“, eine Theorie, die hauptsächlich durch den israelischen Rechtsphilosophen und Jünger von Hart Joseph Raz vertreten wird (*The Authority of Law*, Oxford, 1979). Nach dieser Theorie erwirbt das Recht Geltung nur aufgrund der sozialen Fakten, die es definieren, und keineswegs durch eine Bezugnahme auf moralische Kriterien, obwohl diese eine grundlegende Rolle für seine Einhaltung im konkreten Handeln der Menschen spielen. Das ergibt sich aus der Rechtsauffassung von Raz, die er aus der, für ihn authentischsten positivistischen Perspektive entwickelt:

„A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument“ (Raz: 1979, 39-40).

Wie Koller betont, steht diese Strömung eindeutig in der Tradition der politischen Philosophie von Hobbes und Austin, indem Hobbes, wie wir gesehen haben, die Etablierung des Rechts auf eine autoritative Haltung zurückführte und Austin das Recht als Ganzes mit positivem Recht gleichsetzte. Die sozialen Fakten, auf die sich der exklusive Rechtspositivismus bezieht, sind daher für Raz beschränkt auf die von den traditionellen Rechtsquellen erzeugten Normen: Gesetzes-, Richter- und Gewohnheitsrecht (vgl. Koller: 2008, 171-172).

Auf der anderen Seite wurden in den Antipoden dieser Formen des

Rechtspositivismus auch aktuell einige theoretische Varianten von Naturrechtslehre oder Rechtsmoralismus, wie Koller diese Strömung bevorzugt zu nennen pflegt, entwickelt. So hat zwar ein strenger Rechtsmoralismus, d.h. eine totale Verankerung der Geltung des Rechts in moralischen Kriterien, nur wenige Verfechter, aber einige von ihnen haben in der weltweiten rechtsphilosophischen Diskussion ein gewisses Echo erzeugt, wie im Falle von John Finnis (*Natural Law und Natural Rights*, Oxford, 1980), der sich mit Naturrecht aus der scholastischen Tradition befasst, und von dem Binom der Autoren Deryck Beyleveld und Roger Brownsword (*Law as a moral Judgment*, London, 1986). Aus dem Horizont der säkularisierten Naturrechtslehre zeichnen sich diese Letzteren dadurch aus, dass für sie der Begriff des Rechts ein moralisches Konzept ist, genauer gesagt, „the concept of law is the concept of morally legitimate power“ (Beyleveld/Brownsword: 1986, 119), aus dem sich die Fähigkeit des Rechts ergibt, Normen zu setzen (vgl. Koller: 2008, 163-164).

Zudem steht mit Distanz zu diesen stark moralisierenden Vorschlägen eine weitere theoretische Position, die im Gegenteil eine große Verbreitung in der zeitgenössischen Rechtsliteratur hat. Für Koller ist sie ein „schwacher Rechtsmoralismus“, da sie ein notwendiges Verhältnis zwischen Recht und Moral herstellt, aber die Rolle des Konstruktionsprozesses des positiven Rechts bei der Validierung der moralischen Kriterien, die mit dem Recht in Bezug stehen, unterstreicht. Die wichtigsten Vertreter dieser Position sind der schon im ersten Kapitel erwähnte einflussreiche US-amerikanische Rechtsphilosoph Ronald Dworkin (*Law's Empire*, London, 1986), der in Auseinandersetzung mit Hart die moralischen Prinzipien bei der Erklärung der Herkunft rechtlicher Normen wieder einführt;⁸⁸ dieselbe Position nehmen Koller zufolge auch Jürgen Habermas ein, indem er, wie wir später sehen werden, eine diskursive Legitimation des Rechts vorschlägt; und Robert Alexy (*Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, 1992). Wie schon erwähnt, beruht nach Alexy die Geltung der rechtlichen Normen und Entscheidungen auf ihrem internen Richtigkeitsanspruch,

⁸⁸ Dadurch versucht Dworkin – im Gegensatz zum Projekt Kelsens, das von Hart fortgeführt wird, um aus dem Recht eine strikt wissenschaftliche-deskriptive Disziplin zu machen –, den Platz der philosophischen Tätigkeit in der Untersuchung des Rechts wieder einzuführen: „A general theory of law must be normative as well as conceptual [...] The interdependencies of the various parts of a general theory of law are therefore complex. In the same way, moreover, a general theory of law will have many connections with other departments of philosophy. The normative theory will be embedded in a more general political and moral philosophy which may in turn depend upon philosophical theories about human nature or the objectivity of morality“ (Dworkin: 1978, vii-viii).

der mit moralischen Überlegungen verbunden ist, die aber zwangsläufig eine rational-argumentative Begründung erfordern: „Eine Norm gilt moralisch, wenn sie gegenüber jedem, der sich auf eine rationale Begründung einläßt, gerechtfertigt werden kann“ (Alexy: 1998, 249; vgl. Koller: 2008, 166-168).

Wenn wir uns jedoch auf die theoretische Position fokussieren, die das Überleben des zentralisierenden Rechtsparadigmas in zeitgenössischen Gesellschaften verteidigt, stellen wir fest, dass es im Allgemeinen von positivistischen Autoren stammt. Wie man sieht, postuliert der Rechtspositivismus eine bestimmte Auffassung von Herkunft und Geltung des Rechts, und das beinhaltet ein gewisses Verständnis seiner Quellen. So haben seine Vertreter häufig die Zentralisierung der Rechtsproduktion auf den modernen Staat und, insbesondere in Lateinamerika, die Reduzierung der Rechtsquellen auf das Gesetzesrecht als logische Entsprechungen eines durch seine soziale Wirksamkeit und seinen autoritativen Charakter definierten Rechts postuliert. Das heißt, das staatliche Gesetzesrecht erscheint ihnen als die Rechtsform, die der positivistischen Rechtsauffassung am besten entspricht.

Dieser rechtliche Zentralismus oder Monismus wird jedoch nicht exklusiv von positivistischen Denkern vertreten. Tatsächlich waren, wie wir gesehen haben, die lateinamerikanischen Unabhängigkeitskämpfer, die ihn in das Recht der postkolonialen Staaten eingeführt haben, viel stärker von der rationalistischen Naturrechtslehre beeinflusst. Zudem gibt es in der heutigen Zeit weiterhin einen zentralistischen Kern im so genannten „Neukonstitutionalismus“. Dabei handelt es sich um eine theoretische Strömung, die sich vom Rechtspositivismus abgrenzt und der Naturrechtslehre insofern nahe steht, als sie angesichts möglicher Missbräuche der Legalität durch politische Macht die verfassungsmäßige Übernahme unbestreitbarer, d.h. über dem „gesetzten“ Recht und dem demokratischen Prinzip stehender Rechtsgüter vorschlägt. Nach César Rodríguez hat der Neukonstitutionalismus das zentralisierende Paradigma verfestigt, indem er Konzepte von Rechtssystem und Verfassung vorschlägt, die mit all ihren Nuancen weiterhin die garantierende Basis eines Nationalstaates als Einheit des Territoriums und der politischen Autorität voraussetzen (vgl. Rodríguez: 2011, 72; Contreras: 2014, 281). Unter den Autoren, die man mit dieser Strömung identifiziert und die am meisten die Verfassungstheorie, aber auch die Verfassungspraxis in Lateinamerika beeinflusst haben, ragen Robert Alexy und seine „Prinzipientheorie“, der Italiener Luigi Ferrajoli (*Principia iuris. Teo-*

ria del diritto e della democrazia, 2007, Roma-Bari) und der Argentinier Carlos Nino (*Fundamentos de derecho constitucional*, 1992, Buenos Aires) heraus (vgl. Carbonell: 2007, 9-12).

Dennoch ist es wahr, dass sich die Autoren, die mit großer Entschlossenheit die juristische Relevanz des monistischen Paradigmas beibehalten haben, in einer positivistischen Denkweise befinden.⁸⁹ Unter ihnen ist der Italiener Norberto Bobbio besonders zu erwähnen, da er einen erheblichen Einfluss auf die Ausbildung lateinamerikanischer Juristen ausgeübt hat.⁹⁰ Bobbio erkennt beim Bestehen eines im Staat vereinigten normativen Systems das Hauptelement der Unterscheidung zwischen primitiven normativen Systemen und dem Recht in seiner modernen Form an. Und obwohl er vor der Notwendigkeit warnt, die Strukturen des modernen Staates aufgrund des Pluralismus der zeitgenössischen Gesellschaften und ihrer Forderung nach mehr Demokratisierung zu überdenken (vgl. Bobbio: 1986, 18), verteidigt er zusammen mit Weber und Kelsen das Überleben des Prinzips, durch das dem Staat das Monopol der Rechtsproduktion gewährt wird. Bobbio sagt in diesem Zusammenhang über den Rechtspositivismus und seinen Fokus auf den Staat:

„[...] der Rechtspositivismus hat seine Dokumente in perfekter Ordnung, um unter den Ideologien, die z.B. eine demokratische Konzeption des Staates nicht ablehnen, anerkannt zu werden. [...] ich sehe nicht, wie man den Rechtspositivismus im Namen der Werte der Demokratie verurteilen kann. Andererseits haben der Rechtspositivismus und die demokratische Konzeption des Staates in den Überlegungen von Kelsen eine persönliche Einheit gehabt, die bis heute besteht“ (Bobbio: 1991, 71).

Außerdem existiert eine Gruppe von positivistischen Juristen, die an die Notwendigkeit einer durch das Recht gestützten Legalisierung glaubt, da sie diese als Voraussetzung betrachtet, um die Rechtssicherheit und die Rechtsgewissheit zu erlangen, die alle organisierten Gesellschaften fördern. Dieser Standpunkt verteidigt den formalistischen Begriff des Rechtsstaates, d.h. nicht nur die Vorstellung, dass die Institutionen des Staates nur auf der Grundlage

⁸⁹ In Bezug auf das Verhältnis, das die rationalistische Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus mit dem Gesetzesrecht etablieren, behauptet Francisco Contreras, dass tatsächlich die Kodifizierung im 19. Jahrhundert eine paradoxe Kontinuität zwischen beiden rechtlichen Strömungen geschaffen hat: „[...] der Kode [...] wird von vielen wie die Materialisierung, die Verwirklichung des Naturrechts angesehen werden. Ein Anhänger der Naturrechtslehre, der daran glaubt, wird unvermeidbar ein Rechtspositivist: Es macht keinen Sinn, weiter das Naturrecht als eine Instanz, von der aus man das positive Recht verurteilen oder kritisieren kann, geltend zu machen“ (Contreras: 2014, 268).

⁹⁰ In diesem Zusammenhang siehe Filippi, Alberto (2003), *La filosofía de Bobbio en América Latina y España* (dt. Die Philosophie von Bobbio in Lateinamerika und Spanien), Mexiko-Stadt, insbesondere das 6. Kapitel (dt. Der Einfluss seiner allgemeinen Rechtstheorie und Demokratietheorie).

des Rechts in Rechte von Bürgern eingreifen dürfen, sondern dass es, wenn wir hier vom Recht sprechen, im Wesentlichen um das formelle Recht, das vom Staat selbst festgelegt wird, oder sogar spezifisch um das Gesetzesrecht geht.⁹¹ Im lateinamerikanischen Kontext können wir diesen legalisierenden Geist mit Autoren wichtiger Rechtshandbücher verknüpfen, insofern sie, wenn auch oftmals nur implizit, davon ausgehen, dass das gesamte bestehende Recht auf das unter dem Schutz des Nationalstaates aufgebaute formalistische Rechtssystem reduziert wird und wie Bonilla erwähnt, „die Rechtssysteme geschlossen, vollständig, kohärent und eindeutig“ sind (Bonilla: 2016, 104-105). Unter diesen Autoren sind für die herausragende Resonanz ihrer Werke der brasilianische Jurist Francisco Pontes de Miranda und sein klassischer Text *Sistema de Ciência Positiva do Direito* (Rio de Janeiro, 1922), der Mexikaner Rolando Tamayo y Salmorán (*Sobre el sistema jurídico y su creación*, Mexiko-Stadt, 1976) und Nuria González Martín (*Sistemas jurídicos contemporáneos*, Mexiko-Stadt, 2010) sowie der Peruaner Marcial Rubio (*El sistema jurídico*, Lima, 2009) zu erwähnen.

Nachdem die Präsenz dieser zentralistisch-legalistischen Position im zeitgenössischen Rechtsdenken gezeigt wurde, wird im Folgenden auf die Diskussion der Widersprüche des modernen Rechts und vor allem auf die von Habermas und Santos vorgeschlagenen Wege zur Bewältigung dieser Widersprüche eingegangen. Fangen wir mit dem deutschen Denker an.

3.2 Die Wurzeln der Rechtsphilosophie von Habermas

Jürgen Habermas (geboren 1929 in Düsseldorf) gehört zur so genannten zweiten Generation der Frankfurter Schule, einer sozialphilosophischen und sozialwissenschaftlichen Bewegung, die in der Zwischenkriegszeit am Institut für Sozialforschung der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main entstanden ist. So folgte Habermas dem Weg, der von Max Horkheimer und Theodor Adorno, den bedeutendsten Frankfurter Denkern, eingeschlagen wurde, und übernahm das Projekt zur Erneuerung des sozialen Denkens – ein Projekt, das grundsätzlich vor drei herausfordernden Themen stand: der sozia-

⁹¹ Obwohl sie nicht in allen ihren theoretischen Voraussetzungen übereinstimmen, ist diese Position mit dem Formalismus von Raz und seinem exklusiven Rechtspositivismus verknüpft, in dem Maße, wie dieser Autor den Begriff *Rule of Law* (Äquivalent zum Rechtsstaat bzw. *estado de derecho*) auf das Bestehen der formellen Legalität, die von der Befolgung der Normen gestützt wird, reduziert (vgl. Raz: 1979, 214).

len Krise, die man in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg erlebte; dem durch das positivistische Denken geförderten Vergessen der Idee einer „sozialen Einheit“ als Rahmen für das Verständnis empirischer Fakten; und dem Fehlen eines emanzipatorischen Blicks auf das Funktionieren rationaler und sozialer Strukturen. Die Bedeutsamkeit dieser beiden letzten Problematiken wurde eindeutig durch die Frankfurter Auslegung der Philosophie von Georg W. F. Hegel, der Sozialkritik von Karl Marx und der psychoanalytischen Theorie Sigmund Freuds beeinflusst. Aus dieser Auslegung ergab sich das Interesse an einer Evaluation des Denkens dieser Autoren, insbesondere von Marx, in Bezug auf zeitgenössische Gesellschaften.⁹²

Doch neben der Annahme der theoretischen Interessen der „Kritischen Theorie“ hat eine zweite Tatsache die philosophische Entwicklung von Habermas geprägt, und zwar seine Einbeziehung in den sogenannten *linguistic turn*.⁹³ Insbesondere von analytischen Philosophen gefördert, besteht die linguistische Wende, so betont Habermas, in der Verlagerung der philosophischen Aktivität von einer spekulativen und unmittelbaren Reflexion über Phänomene des Bewusstseins zu einer Analyse sprachlicher Ausdrucksformen, in denen diese Phänomene ausgesprochen werden. Eine Verlagerung, die ihren Ursprung in der Anerkennung der Sprache als Mittel zur Artikulation der geschichtlich-kulturellen Verwirklichung des menschlichen Geistes hat (vgl. Habermas: 1988, 174). Folglich geht die aus diesem Paradigma resultierende Form der Philosophie davon aus, dass philosophische Probleme nur die sind, die durch ein besseres Verständnis oder eine Reform der Alltagssprache gelöst werden können (vgl. Ricken: 2010, 243); und was die Inhalte der praktischen Philosophie betrifft, ermöglicht für dieses Paradigma nur die Berücksichtigung der für jede historische Gemeinschaft eigenen Sprachpraxis die Rechtfertigung aller sozialen Verhaltensformen.⁹⁴

⁹² Zum theoretischen Projekt der Frankfurter Schule siehe: Horkheimer, Max (1988), „Zur gegenwärtigen Lage der Sozialphilosophie und die Aufgaben eines Instituts für Sozialforschung“, in: Horkheimer, Max, *Gesammelte Schriften* 3, Frankfurt, 20-35.

⁹³ Ein Ausdruck, der vom österreichischen Mathematiker und Philosophen Gustav Bergman geprägt wurde, aber durch den US-amerikanischen Philosophen Richard Rorty berühmt wurde, als er die Auflage einer Sammlung von Essays analytischer Philosophen so betitelte: *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method* (Rorty, Richard, 1967, Chicago).

⁹⁴ Diese These wird deutlich in der Arbeit von Rorty ausgeführt. Habermas stimmt mit ihm überein, distanziert sich aber auch von seinen Ideen, insbesondere wenn dieser jede objektive, vom faktischen Leben unabhängige Repräsentation ablehnt, und damit auch die Möglichkeit einer idealisierenden Bildung von Konzepten ablehnt, die sich aus der Sprachpraxis historischer Gemeinschaften ergibt (vgl. Habermas: 1988, 174-177). In Bezug auf den so genannten „Kontext-

Im Lichte dieser pragmatischen Thesen bekommt das kritische Interesse von Habermas, das die Bedingungen der Möglichkeit gerechter und emanzipatorischer Strukturen für zeitgenössische Gesellschaften erfasst, eine neue theoretische Orientierung. Diese lässt den deutschen Denker die Notwendigkeit erkennen, Grundbegriffe für eine neue Theorie der Gesellschaft zu formulieren. Solche Begriffe erforderten jedoch ein neues Verständnis der Vernunft, die nach Ansicht Habermas auf dem kommunikativen Charakter der menschlichen Spezies basieren muss. So schlägt er den Begriff „kommunikative Rationalität“ vor, sein zentraler Beitrag zum zeitgenössischen philosophischen Denken. Die Feststellung der Existenz dieser kommunikativen Vernunft wird die Grundlage sein, auf der Habermas eine Gesellschaftstheorie aufbauen wird. In diesem Sinne weist er in *Erkenntnis und Interesse* (1968) darauf hin, dass seine Erkenntnis-kritik zu einer Theorie der Gesellschaft werden musste, da eine „radikale Erkenntniskritik nur als Gesellschaftstheorie möglich ist“ (Habermas: 1968, 9). Dieses Projekt führte aber Habermas dazu, wie weiter unten ausgeführt wird, auch seine eigene Version der Diskursethik und darauf aufbauend seine eigene Rechtstheorie in zeitgenössischen Gesellschaften zu entfalten.

Relevant für diese Arbeit ist andererseits die Position von Habermas in Bezug auf den Geist der Moderne, da von ihr die normativen Strukturen abhängen, die der deutsche Denker mit der Idee des modernen Rechts verbindet. Habermas erkennt deutlich die „Aporien“ des Modernisierungsprojekts in der Zeitgeschichte, die, so behauptet er in seinem Vortrag *Die Moderne – ein unvollendetes Projekt* (1980), grundsätzlich mit den Abweichungen der kapitalistischen Entwicklung und der staatlichen Organisationsleistungen zu tun haben.⁹⁵ Dennoch stellt Habermas gegenüber den postmodernen und poststrukturalistischen Positionen heraus, dass die Moderne die Gegenmittel für ihre eigenen Aporien mit sich bringt, in dem Maße, wie sie über das Vernunftpotenzial verfügt, das aufgeklärte Projekt zu rehabilitieren, d.h. das Projekt eines selbständigen Denkens, das Ziel von Freiheit und einer emanzipierten Gesellschaft nicht aus dem Auge zu verlieren (vgl. Habermas: 1981c, 451-462). Beim modernen Geist geht es laut Habermas um das Projekt einer Radikalisierung der Aufklärung. Hierauf zielt er, wenn er in seinen veröffentlichten Vorlesungen *Der phi-*

tualismus“ von Rorty, siehe: Rorty, Richard (1985), „Solidarity or Objectivity?“, in: Rajchman, John/West, Cornel (Hgs.), *Post-Analytical Philosophy*, New York, 4 f.

⁹⁵ Abweichungen, die Habermas, wie wir später sehen werden, durch die Idee einer Herrschaft der Wirtschaft und der staatlichen Verwaltungsmacht über die „Lebenswelt“ begrifflich erklärt.

losophische Diskurs der Moderne von 1985 Folgendes bekräftigt: „Der Aufklärung ist die Irreversibilität von Lernprozessen eigen [...]. Deshalb kann die Aufklärung ihre Defizite nur durch radikalisierte Aufklärung wettmachen“ (Habermas: 1985, 104). Das Werk Habermas kann tatsächlich als eine nachhaltige Verteidigung des Versprechens einer aufgeklärten Moderne betrachtet werden, die die Etablierung der sozialen und der rechtlichen Strukturen ermöglicht, die die Überwindung der Ständegesellschaft konsolidieren (vgl. Benhabib: 2015, 240-254). Beschäftigen wir uns nun spezifisch mit den Wurzeln der Rechtsphilosophie des deutschen Denkers.

Wie bereits erwähnt, entstammt der Grundgedanke für den theoretischen Vorschlag von Habermas aus seiner Mitarbeit am Institut für Sozialforschung. Sein Interesse an einer umfassenden Reflexion des Rechts entstand jedoch erst später, als Habermas sich von der Frankfurter Schule distanziert hatte und die Grundkonzepte seiner Diskursethik bereits definiert waren. Wie Fischer-Lescano konstatiert, war Jura kein zentrales Forschungsobjekt für die Kritische Theorie, so wie Wirtschaft, Politik, Kultur und Massenmedien, und selbstverständlich auch die Gesellschaft als Ganzes (vgl. Fischer-Lescano: 2013, 179).⁹⁶ Das bedeutet jedoch nicht, dass es aus den Thesen der Frankfurter Denker nicht möglich gewesen wäre, eine bestimmte Position zu den rechtlichen Strukturen ihrer Zeit abzuleiten. So führte, wie Goyard-Fabre aufzeigt, Adornos und Horkheimers Anklage einer „Instrumentalisierung der Vernunft“ im Prozess der Umsetzung des Projekts Aufklärung zum Vorwurf, das Recht werde der Technokratie und Bürokratie untergeordnet. Und die Frankfurter Kritik an der Forderung nach einer, dem deutschen Idealismus eigenen Systematik implizierte die Infragestellung des Anspruchs auf Eigenständigkeit von Rechtsordnungen auf der Grundlage dieser Systematik. Goyard-Fabre verweist auch zwei Rechtsthese von Horkheimer, mit denen dieser in seinem Artikel *Autoritärer Staat* von 1942 die großen Systeme des Rechts in Frage stellte:⁹⁷ die Unmöglichkeit einer Formalisierung ohne Gesetzeslücken einerseits, und andererseits die notwendige

⁹⁶ Zu dieser Feststellung trägt die Tatsache bei, dass Gerhard Sprenger in seiner Untersuchung der rechtsphilosophischen Produktion, die im Laufe des 20. Jahrhunderts in der Zeitschrift *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* veröffentlicht wurde, die Frankfurter Schule nicht als Schwerpunkt für einen bestimmten rechtsphilosophischen Ansatz erwähnt hat. Dies ist bei Habermas nicht der Fall, dessen Rechtsphilosophie erwähnt wird (vgl. Sprenger: 2009).

⁹⁷ Siehe: Horkheimer, Max (1984), „Autoritärer Staat“, in: Dubiel, Helmut/Söllner, Alfons (Hg.), *Wirtschaft, Recht und Staat im Nationalsozialismus: Analysen des Instituts für Sozialforschung, 1939-1942*, Frankfurt am Main, 55-79.

Schwäche der Regeln, die sich von sozialen Realitäten und Prozessen abwenden (vgl. Goyard-Fabre: 1992, 288-290).

Habermas war sich dieser theoretischen Positionen und ihrer Konsequenzen für das allgemeine Rechtsverständnis bewusst. Wenn wir jedoch zu dem Ursprung des Rechts in seinem Denken zurückkehren, ist es, wie Pierre Guibentif feststellt, der Einfluss, den sein Berater bei seiner Habilitation, Wolfgang Abendroth, ein auf öffentliches Recht spezialisierter Rechtswissenschaftler, auf ihn ausgeübt hat. Abendroth hat mit Habermas' frühem Interesse zu tun, über die Wirksamkeit des politischen Rechts nachzudenken, insbesondere über die Distanz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, einem Thema, dem der Rechtswissenschaftler einen Großteil seiner Forschung gewidmet hatte (vgl. Guibentif: 2010, 215-217).

Das sozialphilosophische Problem, das Habermas mit der Rechtsfrage in seinem Werk verbinden wird, ist die Legitimität der politischen Ordnung – ein Thema, das der deutsche Denker seit Anfang der 1970er Jahre im Rahmen seiner Kapitalismuskritik und im Dialog mit Max Webers Werk behandelt. In diesem Zeitraum diagnostizierte Habermas einen Bedeutungsverlust in kapitalistischen Gesellschaften und analysierte, dass diese Krise, anstatt mit den ökonomisch-administrativen Strukturen in Bezug gestellt zu werden, auf die sie zweifellos zurückging, auf die normativen Strukturen des modernen Staates selbst übergegangen war, was seine politische Legitimität schwächte. In diesem Sinne spricht Habermas in seinem Text *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (1973) von einem „Legitimationsdefizit“.⁹⁸ Webers Vorschlag zur Gewinnung der politischen Legitimität, die empirische Legalität (Legalitätsglaube), war jedoch unbefriedigend, da die Rechtssetzung auch normative Legitimität brauchte: „Ein Verfahren kann nicht als solches Legitimation erzeugen, vielmehr steht die Prozedur der Satzung selbst unter Legitimationszwang“ (Habermas: 1973b, 135). Für Habermas konnte die notwendige Rekonstruktion der politischen Legitimität nicht von der bloßen Positivität des Rechts ausgehen, noch von der administrativen Funktionalität, deren Initiativen an eine latente Klassenstruktur gebunden blieben, sondern von einer universelleren Grundlage, d.h. von den verallgemeinerungsfähigen Interessen der Bevölkerung, womit Habermas den

⁹⁸ Habermas präzisiert: „Legitimationsdefizit bedeutet, daß sich mit administrativen Mitteln legitimationswirksame normative Strukturen nicht in erforderlichem Maße aufrechterhalten oder herstellen lassen“ (Habermas: 1973b, 70).

zentralen Ansatz seiner Diskursethik zurückgriff (vgl. Habermas: 1973b, 76, 96-104, 136-138; Nickel: 2015, 345-346).

Wie im weiteren Verlauf zu sehen sein wird, werden die Überlegungen, die Habermas zur politischen Legitimität im Lichte der Diskurstheorie ausarbeitet, ihn dann dazu veranlassen, sich intensiver mit der Frage nach der Rolle des Rechts in den normativen Strukturen der zeitgenössischen Gesellschaften zu befassen. Aber bevor man sich damit auseinandersetzt, ist es angebracht, das Konzept der „kommunikativen Rationalität“ einzuführen, auf dessen Grundlage Habermas den Prozess entwickelt, der ihn zu einer umfassenden Arbeit über das Recht führen wird. Genauer gesagt, findet Habermas in der Idee einer kommunikativen Rationalität den am besten geeigneten erkenntnistheoretischen Rahmen für die Neugründung der Gesellschaftstheorie als Ganzes, und es ergibt sich in der Entwicklung dieses Vorhabens, dass er aufgrund seiner normativen Implikationen die Notwendigkeit eines Neuverständnisses der Grundlagen des modernen Rechts sieht.

3.2.1 Die kommunikative Rationalität

Das Konzept der kommunikativen Rationalität hat seine Wurzeln in der Arbeit von Habermas in den frühen 1970er Jahren, insbesondere in seinen *Christian Gauss Lectures*, die er 1971 an der Universität Princeton⁹⁹ hielt, aber es erfährt zweifellos seine größte Entwicklung in seinem Hauptwerk *Theorie des kommunikativen Handelns* von 1981. Die Idee einer kommunikativen Rationalität entsteht in diesem Werk aus Webers Analyse der Theorie der Rationalisierung – einer Analyse, der Habermas das gesamte zweite Kapitel widmet. Habermas hebt Webers Verständnis von der Modernisierung der europäischen Gesellschaft als Ergebnis eines universalgeschichtlichen Prozesses der Rationalisierung hervor. Er ist jedoch der Ansicht, dass Weber sich bei der Analyse der gesellschaftlichen Rationalisierung in der Moderne von einer „eingeschränkten Idee“ (Habermas: 1981a, 208) der Rationalität leiten ließ, nämlich der Zweckkra-

⁹⁹ Habermas selbst betont den Platz der *Christian Gauss Lectures* unter den Werken, die seine Aneignung der linguistischen Wendung frühzeitig widerspiegeln (vgl. Habermas: 1981a, 7). Der fünfte Abschnitt der *Lectures* sowie der anschließend verfasste Text *Wahrheitstheorien* sind besonders relevant für das Thema der kommunikativen Rationalität, beides in: Habermas, Jürgen (1984), *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main.

tionalität,¹⁰⁰ was die Reduzierung des Konzepts der Rationalität auf die instrumentelle Handlung, d.h. zur Prüfung von Mitteln im Verhältnis zu festgelegten Zwecken, mit sich brachte (vgl. Habermas: 1981a, 207-208).

Habermas dagegen ist der Ansicht, dass das in der Modernisierung enthaltene Vernunftpotenzial die instrumentelle Rationalität übertrifft. Berücksichtigt man nämlich die Möglichkeit, dass die von der instrumentellen Rationalität anerkannten Zwecke irrational sind, so wird deutlich, dass eine umfangreichere Bedeutung des Begriffs der Rationalität erforderlich ist, die deren Begründung ermöglicht. Habermas beginnt dann mit der Aufgabe, eine umfassendere Rationalität zu fassen, die sich nicht auf ihre instrumentelle Dimension reduzieren lässt (vgl. Strecker: 2015, 221). Nach Habermas strebt letztendlich die Philosophie selbst „in ihren nachmetaphysischen, posthegelschen Strömungen auf den Konvergenzpunkt einer Theorie der Rationalität“ zu (Habermas: 1981a, 16). Die Aufgabe seiner Theorie des kommunikativen Handelns besteht so in der Anpassung des Begriffs der Rationalisierung und damit in der Schaffung neuer Grundlagen für die kritische Theorie der Gesellschaft.

In diesem Zusammenhang besagt die zentrale These von Habermas, dass diese neue Idee der Rationalität, die in der Lage ist, den Modernisierungsprozess angemessener zu beschreiben, in den Strukturen der menschlichen Kommunikation, insbesondere in der verständigungsorientierten Kommunikation, gesucht werden muss – in dem, was Habermas genau genommen als „kommunikatives Handeln“ bezeichnet (vgl. Baynes: 1995, 203). Die Rationalität der Kommunikation wird nach Habermas dadurch bestimmt, dass sich die an der täglichen kommunikativen Praxis Beteiligten, während sie ihre eigenen Handlungsabsichten verfolgen, verpflichten, nach einem Konsens zu suchen, der es ihnen ermöglicht, ihre Handlungspläne zu koordinieren und ihre Absichten zu verwirklichen (vgl. Habermas: 1981a, 167). Mit anderen Worten ist die kommunikative Rationalität von der Funktion geprägt, die die kommunikativen Handlungen – im Gegensatz zu den instrumentellen oder strategischen Handlungen – ausüben, nämlich das allgemeine Handeln zu koordinieren und die Interakti-

¹⁰⁰ Dies ist nicht der Fall bei seiner Analyse der religiösen Rationalität, wo Weber, so Habermas, einen komplexeren Begriff der Rationalität verwendet (vgl. Habermas: 1981a, 207-208). Wie Edouard Challe bemerkt, erstellte Weber als erstes eine Taxonomie von Handlungsarten, um von dort aus ihre zugrunde liegenden Rationalitäten zu ermitteln. Dieser Taxonomie zufolge unterscheidet man zwischen zweckrationalem, wertrationalem, affektuellem und traditionellem Handeln. Siehe: Weber, Max (1956), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* 1, Tübingen, 12-13 (vgl. Challe: 1999, 179; Habermas: 1981a, 379).

onen zu strukturieren (vgl. Habermas: 1981a, 376, 385). Letztendlich geht es bei Rationalität, so Habermas, um „eine Disposition sprach- und handlungsfähiger Subjekte“ (Habermas: 1981a, 44).

Sprachliche Verständigung ist möglich, betont der deutsche Denker; denn jeder Sprechakt ist an einen transsubjektiven Geltungsanspruch gebunden, d.h. er hat den Anspruch, für seine Empfänger wahr oder wirksam zu sein, was wiederum bedeutet, dass er anfällig für Kritik oder Begründungen ist. Die kommunikative Rationalität beruht also auf der Begründbarkeit der Sprechhandlungen: „So gilt für Behauptungen und für zielgerichtete Handlungen, dass sie umso rationaler sind, je besser der mit ihnen verknüpfte Anspruch auf propositionale Wahrheit oder Effizienz begründet werden kann“ (Habermas: 1981a, 27). Habermas verbindet diese Idee der Rationalität nun nicht nur mit den „konstativen“ Sprechhandlungen, also mit denen, die mit Bezug auf die objektive Welt behaupten, wahr oder erfolgreich zu sein, sondern auch mit den kommunikativen Akten, deren Geltungsanspruch entweder auf der normativen Richtigkeit oder auf der subjektiven Wahrhaftigkeit beruht. Das geschieht einerseits mit den „normenregulierten Handlungen“ und andererseits mit den „expressiven Selbstdarstellungen“ und den „evaluativen Äußerungen“ (Habermas: 1981a, 35-36). Diese kommunikativen Akte, die sich in dem einen Fall auf die gemeinsame soziale Welt oder in dem anderen Fall auf die subjektive Welt beziehen, werden auch als rational anerkannt, weil sie anfällig für Kritik und Begründungen sind. Sie sind für Habermas eine konsensorientierte kommunikative Praxis – ein Konsens, der sich auf die intersubjektive Anerkennung der Geltungsansprüche derselben Akte und damit auf ihre Begründbarkeit stützt. In diesem Sinne, fügt Habermas hinzu, verweist die kommunikative Rationalität auf die alltägliche Praxis der Argumentation, als eine Aktivität, die es ermöglicht, Meinungsverschiedenheiten in Diskursen durch den Austausch von Gründen bearbeiten, um so eine Verständigung zu erreichen (vgl. Habermas: 1981a, 35-38).

3.2.2 Die Habermassche Diskursethik

Die Diskursethik ist ein von Habermas erarbeiteter theoretischer Vorschlag, der die normativen Implikationen des Konzepts der kommunikativen Rationalität umfasst – ein Konzept, das, wie wir gesehen haben, eine pragmatische Grundlage hat, insofern es auf der Praxis der auf Verständigung ausgerich-

teten Kommunikation basiert.

Sicherlich ist die Projektion auf eine normative Gesellschaftstheorie, wie Pierre Guibentif betont, bereits in Habermas' ersten Werken zu finden, aber mit seiner systematischen Untersuchung der verständigungsorientierten Kommunikation erscheint diese als Priorität in seiner intellektuellen Arbeit. Zwei Punkte tragen wesentlich dazu bei: Die Feststellung, dass die Auflösung der „natürlichen“ vormodernen Ordnung von der Moderne die Entfaltung ihres eigenen normativen Inhalts verlangte,¹⁰¹ und die Überzeugung, dass in zeitgenössischen Gesellschaften die Herrschaft der „systemischen Mechanismen“ über die „Lebenswelt“ an sich die Forderung nach einer Reflexion rechtfertigte, die das menschliche Handeln orientieren könnte (vgl. Guibentif: 2010, 203-205).¹⁰² Eine grundlegende These der *Theorie des kommunikativen Handelns* besagt in der Tat, dass systemische Mechanismen – Wirtschaft und Staat – vor der Lebenswelt liegen; aufgrund des Rationalisierungsprozesses selbst anerkennen sie die Handlungsorientierungen der Akteure nicht, und damit generieren autonomisierte Imperative, die wiederum in der Gesellschaft „nicht-intendierte Handlungszusammenhänge“ einbringen (eine „nicht-normative Steuerung“), mit der Folge, die Lebenswelt und die kommunikative Praxis zu instrumentalisieren und auf diese Weise zu stören (vgl. Habermas: 1981b, 222-228; 232-233).¹⁰³ Daher ist es notwendig, einen normativen Vorschlag auszuarbeiten, der die Grundlage für einen Aufbauprozess der sozialen Integration sein kann. Die normative Absicht des Hauptwerkes von Habermas wird im letzten Teil deutlich: „Mit der vorliegenden Untersuchung will ich eine Theorie des kommunikativen Handelns einführen, die die normativen Grundlagen einer kritischen Gesellschaftstheorie aufklärt“ (Habermas: 1981b, 583).

Die Diskursethik wird also diese Bemühungen konkretisieren, um die

¹⁰¹ Diese Idee wird in *Der philosophische Diskurs der Moderne* erweitert. Siehe den Beitrag „Der normative Gehalt der Moderne“ in Habermas: 1985, 390-445.

¹⁰² Das Konzept der Lebenswelt geht auf die Phänomenologie von Alfred Schütz und Edmund Husserl zurück, in der sie es als das vorgegebene Umfeld bezeichnen, in dem die menschliche Erfahrung stattfindet, und betonen, dass die Sinn Ganzheit des Umfelds vor allen Formen wissenschaftlichen Wissens steht (vgl. Coreth: 1984, 143). Habermas definiert jedoch den Begriff der Lebenswelt aus der Sicht des kommunikativen Handelns neu und verweist auf den gemeinsamen Treffpunkt der Teilnehmer der verständigungsorientierten Handlung: „Die Lebenswelt ist gleichsam der transzendente Ort, an dem sich Sprecher und Hörer begegnen; wo sie reziprok den Anspruch erheben können, dass ihre Äußerungen mit der Welt (der objektiven, der sozialen oder der subjektiven Welt) zusammenpassen; und wo sie diese Geltungsansprüche kritisieren und bestätigen, ihren Dissens austragen und Einverständnis erzielen können“ (Habermas: 1981b, 192).

¹⁰³ Auf diesen Punkt werden wir in Bezug auf das Verhältnis zurückkommen, das Habermas zwischen dem Recht und seiner „Kolonialisierungsthese“ herstellt.

normativen Grundlagen der heutigen Gesellschaft zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang stimmt es, dass es keinen Text von Habermas gibt, der systematisch die interne Argumentation der Diskursethik erklärt, was, wie einige Autoren betonen, auf den explorativen Charakter seines Ansatzes hinweisen könnte (vgl. Guibentif: 2010, 202-203). Die Darlegungen des Autors in mehreren seiner Schriften, insbesondere in den Aufsätzen *Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm* (1983) und *Erläuterungen zu Diskursethik* (1991), ermöglichen es jedoch, seine wichtigsten Argumentationslinien zu unterscheiden.

Wie sein Studienkollege Karl-Otto Apel entwickelt Habermas seine Diskursethik als Moraltheorie in der kantischen Tradition, insofern als er, um die normativen Implikationen der kommunikativen Rationalität zu rekonstruieren, von einer transzendentalen Reflexion ausgeht, die sich auf die praktische Vernunft bezieht¹⁰⁴ – mit dem bemerkenswerten Unterschied, dass Apel und Habermas das Projekt an den Horizont der von der sprachlichen Kommunikation gegründeten transzendentalen Intersubjektivität rücken, während Kant seine Forschung über die aprioristischen Möglichkeitsbedingungen der Erkenntnis und des Handelns am Rande der transzendentalen Subjektivität situiert hatte (vgl. Forst: 2015b, 306; Anzenbacher: 1992, 249). Apel und Habermas stimmen auf jeden Fall mit Kant der Idee zu, dass moralische Normen eine rationale Begründung erfordern, insbesondere wenn, wie es David Hume bereits ausgeführt hatte, aus deklarativen Aussagen – sein – keine vorgeschriebenen Aussagen – sollen – abgeleitet werden können (vgl. Habermas: 1973b, 140; Hume: 1973, 211). Aber insbesondere sind sich Apel und Habermas in der These einig, dass sich diese Begründung auf die Geltungsansprüche der, in den intersubjektiven Diskurs offenbaren moralischen Normen stützen muss, insofern als sie, aufgrund ihrer universalistischen Berufung, „gute Gründe“ für ihre Befolgung mit sich führen, was zweifellos eine Parallele zwischen Geltungsanspruch und Wahrheitsanspruch schafft (vgl. Habermas: 1983a, 59-62; Apel: 1976, 426).¹⁰⁵

¹⁰⁴ Nach der Erkenntnistheorie von Kant widmet sich eine „transzendente“ Reflexion im Grunde genommen der Erforschung nicht von empirischen Objekten, sondern von den Bedingungen der Möglichkeit unserer Erfahrungserkenntnis. Im Bereich der Moral geht diese transzendente Reflexion von der theoretischen Funktion zur praktischen Funktion der Vernunft über, auf der Suche nach den rationalen Bedingungen, die das Handeln motivieren können (vgl. Kant: 1989, 83-B25; Anzenbacher: 1992: 44-51).

¹⁰⁵ Eine detaillierte Erklärung der Beziehung, die die Diskursethik zwischen Geltung und Wahrheit in moralischem Wissen herstellt, findet man im Aufsatz: „Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral“ (Habermas: 1996, 11-64); und in: Habermas, Jürgen (1999),

Es ist gewiss eine kognitivistische Interpretation der Moral: „[...] der normative Geltungsanspruch selber ist kognitiv im Sinne der [...] Unterstellung, daß er diskursiv eingelöst, also in einem argumentativ erzielten Konsensus der Beteiligten begründet werden könnte“ (Habermas: 1973b, 144; vgl. Habermas: 1981a, 139-140).

Wie man sehen kann, bezieht sich das Konzept des Diskurses, wenn Habermas von Diskursethik spricht, eben auf die kommunikative Praxis, in der die Geltungsansprüche entstehen, die es ermöglichen, moralische Normen zu begründen. Der Diskurs ist im Allgemeinen die Aktivität, die im Alltag entsteht, vor allem wenn eine verständigungsorientierte Kommunikation – kommunikatives Handeln – stattfindet, und konkreter wenn ein Argumentationsaustausch stattfindet, der es den Subjekten ermöglicht, ihre eigenen Gewissheiten zu überwinden, um einen Konsens zu erzielen.¹⁰⁶ Konsens ist somit der Zweck des Diskurses – so wie im Falle der strategischen Verhandlungen von Kompromissen das Erlangen von größtmöglichen Nutzen für die Teilnehmer das Ziel der Handlung darstellt (vgl. Guibentif: 2010, 206, 208; Habermas: 1983b, 144-145). Es ist andererseits eindeutig, dass jede der drei in der *Theorie des kommunikativen Handelns* identifizierten und oben genannten Formen von Sprechhandlungen aufgrund ihres rationalen Charakters Gegenstand von dem Diskurs sein kann; und tatsächlich bezieht sich Habermas sowohl auf konstative wie auch auf expressive Diskurse, die in der modernen Gesellschaft Teil des Lebens sind. Mit der Definition des Diskurses im Rahmen seiner moralischen Reflexion rückt Habermas jedoch die Sprechhandlungen mit Bezug auf die normative Richtigkeit in den Mittelpunkt, d.h. es sind die normenregulierten Handlungen, die als Gegenstand der Argumentation erscheinen:

„Das Medium, in dem hypothetisch geprüft werden kann, ob eine Handlungsnorm, sei sie nun faktisch anerkannt oder nicht, unparteiisch gerechtfertigt werden kann, ist der *praktische Diskurs*, also die Form der Argumentation, in der Ansprüche auf normative Richtigkeit zum Thema gemacht werden“ (Habermas: 1981a, 39).

Es ist darauf hinzuweisen, wie Habermas darstellt, dass der Diskurs sich nicht wirklich damit beschäftigt, gerechtfertigte Normen zu produzieren, sondern die Geltung der vorgeschlagenen Normen auf hypothetische Weise bewer-

„Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen“, in: Habermas, Jürgen, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 271-318.

¹⁰⁶ Wobei es streng genommen einen Unterschied zwischen den Konzepten „Kommunikatives Handeln“ und „Diskurs“ gibt.

tet. Das hat mit der Tatsache zu tun, dass der Diskurs seinen Inhalt aus Handlungskonflikten erhält, die am Horizont der Lebenswelt einer bestimmten sozialen Gruppe entstehen, und daher nicht in der Lage ist, normative Bestimmungen zu erbringen. Deshalb hat die Diskursethik insofern einen formalen Charakter, als sie sich auf die Unterscheidung des Verfahrens konzentriert, das es ermöglicht, die Geltungsansprüche moralischer Normen zu überprüfen (vgl. Habermas: 1983a, 113). Dies impliziert nach Habermas die Ergründung der Prinzipien, die die nicht institutionalisierten Argumentationsräume leiten – eine Aufgabe, bei der die expliziten Regeln der institutionalisierten Diskurse Angaben bereitstellen, die ohnehin zu berücksichtigen sind (vgl. Habermas: 1983a, 102).

Die Rekonstruktion der prozeduralen Voraussetzungen der moralischen Argumentation führt Habermas dann dazu, ein Prinzip zu identifizieren, das als „Brücke“ dient, um von bestimmten normativen Argumenten zu einem allgemeinen Konsens im praktischen Diskurs zu gelangen (vgl. Habermas: 1983a, 73). Nach Habermas ist dieses Prinzip in der Lage, die intuitiv akzeptierten Voraussetzungen auszudrücken, die jeder vertritt, der versucht, normative Geltungsansprüche diskursiv zu überprüfen (vgl. Habermas: 1983a, 102). Es wird nach der folgenden Formel dargestellt:

„[...] dass eine strittige Norm unter den Teilnehmern eines praktischen Diskurses Zustimmung nur finden kann, wenn ›U‹ gilt, d.h.– 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“ (Habermas: 1983a, 103).

Der so genannte „Universalisierungsgrundsatz“ betrachtet daher nur diejenigen Normen als gültig, deren Folgen allgemein akzeptiert werden können, d.h. über Werte hinaus verweisen, die an bestimmte Lebensformen gebunden sind. Und das ist für Habermas jenes Prinzip, das die Argumentationsregel darstellt, die den Konsens in den praktischen Diskursen ermöglicht (vgl. Habermas: 1983a, 73, 76).¹⁰⁷ Auf der Grundlage des Universalisierungsgrundsatzes führt Habermas aber auch ein zweites Prinzip ein, indem er dies ausdrückt:

¹⁰⁷ Auf diese Eigenschaft der Universalität stützt Habermas seine These, dass sich die moralische Perspektive auf die Normen der gerechten Handlung (im Sinne vom moralisch Richtigen, nicht vom sozial Gerechten) beschränkt, da nur sie universalisierbar sein können – im Gegensatz zu den Werten im Sinne des „guten Lebens“, die mehr an eine bestimmte Lebensform gebunden sind und daher der ethischen Perspektive unterliegen. So hat die Diskursethik, immer in der kantischen Linie, einen deontologischen Charakter, insofern sie von Habermas auf die Untersuchung der Geltung streng moralischer (verbindlicher) Normen beschränkt wird und nicht die Geltung der ethischen Werte umfasst, wie es in den Ethiken „des guten Lebens“ geschieht (vgl. Habermas: 1983a, 113-114; Forst: 2015a, 236).

„[...] die Diskursethik selbst auf den sparsamen Grundsatz ›D‹ gebracht werden [kann], – daß nur die Normen Geltung beanspruchen dürfen, die die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses finden (oder finden könnten)“ (Habermas: 1983b, 103).

Indem Habermas also postuliert, dass die Bewertung von Normen und deren Folgen notwendigerweise im Rahmen eines Diskurses erfolgen muss, kann die Begründung der Diskursethik selbst als Theorie des moralischen Handelns gelten; was die Bezeichnung dieses Prinzips als „diskursethischen Grundsatz“ rechtfertigt (vgl. Habermas: 1983a, 103-104). Beide Prinzipien – und auch die präziseren Voraussetzungen der Rationalität, die sie implizieren¹⁰⁸ – drücken, so fügt Habermas hinzu, einen normativen Gehalt im diskursiven Verfahren aus, insofern sie, obwohl sie nicht als Handlungsnorm verpflichten, Möglichkeitsbedingung der argumentativen Praxis sind, die die moralischen Urteile ermöglicht (vgl. Habermas: 1991, 133-134, 186; Anzenbacher: 1992, 245).

Die Formulierungen des Universalisierungsgrundsatzes und des diskursethischen Grundsatzes sind eindeutig vom kategorischen Imperativ Kants inspiriert; hier basiert die Begründung der moralischen Normen jedoch nicht mehr auf einem monologischen Prinzip, d.h. einem Prinzip, das sich auf ein subjektives Bewusstsein bezieht und darüber reflektiert, ob eine Maxime als allgemeines Gesetz angenommen werden kann oder nicht (vgl. Habermas: 1991, 156; Anzenbacher: 1992, 245-246).¹⁰⁹ Die Begründung stützt sich nun auf ein dialogisches Prinzip, d.h. auf ein Prinzip, das sich auf die tatsächliche Ausübung einer intersubjektiven Kommunikation bezieht, in der die Geltungsansprüche der Normen diskutiert werden. Dadurch gewinnt die Diskursethik von Habermas einen reflektierenden Charakter. In diesem Sinne geht der deutsche Denker davon aus, dass nur ein intersubjektiver Verständigungsprozess „zu einem Einverständnis führen [kann], das reflexiver Natur ist: nur dann können die Beteiligten wissen, daß sie sich gemeinsam von etwas überzeugt haben“ (Habermas: 1983a, 77).¹¹⁰

Ein wichtiges Merkmal des praktischen Diskurses ist, dass als Folge des Universalisierungsgrundsatzes die Dynamik der Argumentation implizit immer

¹⁰⁸ Unter ihnen stechen die Öffentlichkeit vom Zugang zum Diskurs, gleiche Teilnahmerechte, die Wahrhaftigkeit der Teilnehmer und das Fehlen vom Zwang in den eingenommenen Positionen heraus (vgl. Habermas: 1991, 132).

¹⁰⁹ Dies in Bezug auf die von Kant ausgearbeitete Formulierung des kategorischen Imperativs: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“ (Kant: 1999, 45).

¹¹⁰ Siehe auch: Habermas: 1983a, 77-78.

einen größeren Konsens postuliert, der in der Lage ist, die eigene Lebenswelt der an einem bestimmten Diskurs Beteiligten zu überschreiten. Habermas bezeichnet es als „*universelle Entschränkung* der individuellen Teilnehmerperspektiven“ (Habermas: 1991, 153), was in Bezug auf die Argumentation die Verfügung der moralischen Normen ausdrückt, sodass ihr Geltungsanspruch jederzeit und überall mit Gründen verteidigt werden kann. Auf diese Weise teilt Habermas Apel's – von Charles Sanders Peirce inspirierte – These, dass jeder Diskurs sich auf eine „Kommunikationsgemeinschaft“ bezieht, die alle sprach- und handlungsfähigen Subjekte umfasst (vgl. Apel: 1976, 404-405, 423-425). Diese These veranschaulicht zudem gut den idealisierenden Charakter, den Habermas den Voraussetzungen zuschreibt, von denen jeder Teilnehmer einer Diskussion ausgeht. Habermas behauptet in der Tat, dass es idealisierende Voraussetzungen gibt, welche die Grundlage des Verfahrens darstellen, durch das der praktische Diskurs die moralische Verständigung artikuliert (vgl. Habermas: 1991, 155-161).

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass, nach der Erwähnung der Übereinstimmungen von Habermas und Apel, der zentrale Unterschied zwischen den beiden Autoren in Bezug auf die Diskursethik darin liegt, ob eine letzte Begründung der Ethik möglich ist oder eben nicht. Apel erkennt zum einen in der transzendentalpragmatischen Reflexion die Alternative für eine Letztbegründung, insofern sie ideale Möglichkeitsbedingungen der Kommunikation postuliert, die im selben sprachlichen Handeln von den Subjekten intuitiv und als unhintergebar erkannt werden können. Habermas hingegen hält eine solche Letztbegründung für nicht realisierbar, denn obwohl die prätheoretische Anerkennung der Voraussetzungen der Kommunikation für handelnde Subjekte unfehlbar sein kann, sichert diese Gewissheit nicht endgültig die Wahrhaftigkeit dieser universellen Voraussetzungen im Moment ihrer theoretischen Rekonstruktion (vgl. Apel: 1976, 420 f.; Habermas: 1983a, 106-108).¹¹¹

3.3 Das moderne Recht nach Habermas

Wie bereits erwähnt, wird der Weg, den Habermas zu einer systematischen Reflexion des Rechts geht, erst mit der Weiterentwicklung seiner allge-

¹¹¹ Siehe auch: Apel, Karl-Otto (1990), „Diskursethik als Verantwortungsethik. Eine Postmetaphysische Transformation der Ethik Kants“, in: Fornet-Betancourt, Raúl (Hg.), *Ethik und Befreiung*, Aachen, 10-40.

meinen Gesellschaftstheorie erschlossen, die sich in Form einer Theorie des kommunikativen Handelns ausdrückt.¹¹² Genau genommen ist es die Suche nach normativen Grundlagen für die Gesellschaft – die die Diskursethik auf der Grundlage der Theoretisierung der kommunikativen Rationalität fortsetzt –, was Habermas dazu veranlasst, ein grundlegendes Forschungsgebiet im Recht zu entdecken, in dem er bis zum Erscheinen von *Faktizität und Geltung* (1992) seine eigene Rechtsphilosophie skizziert. Dies geschieht jedoch nicht ohne eine Verlagerung in seiner Wertschätzung des Rechts selbst, die Habermas in der Zeit nach dem Erscheinen seines Hauptwerks von 1981 vollzieht.

3.3.1 Vom dissoziierenden zum sozial integrierenden Recht

In der *Theorie des kommunikativen Handelns* unterschied Habermas einerseits zwischen der Fähigkeit des Rechts, die interne Begründungsfähigkeit der Geltungsansprüche der Normen aus Sicht der Lebenswelt zur Debatte zu stellen („Recht als Institution“), und andererseits die Disposition der Rechtsnormen auf der Grundlage ihrer prozeduralen Komponente, die Herrschaft der systemischen Mechanismen über die Lebenswelt und über die kommunikative Interaktion selbst zu vermitteln („Recht als Medium“). Habermas betonte jedoch diese instrumentelle Funktion des Rechts und assoziierte sie mit dem Phänomen der „Verrechtlichung“ sozialer Beziehungen – einem Phänomen, das er als empirischen Beweis für die von ihm diagnostizierte systemische „Kolonialisierung“ der Lebenswelt betrachtete (vgl. Habermas: 1981b, 523, 535-537). Bei der Verrechtlichung handelt es sich, sagt Habermas, um

„[...] die in modernen Gesellschaften zu beobachtende Tendenz der Vermehrung des geschriebenen Rechts. Dabei können wir die *Ausdehnung* des Rechts, also die rechtliche Normierung neuer, bisher informell geregelter sozialer Sachverhalte, von der *Verdichtung* des Rechtes, der spezialistischen Auflösung von globalen Rechtstatbeständen in weitere Einzeltatbestände unterscheiden“ (Habermas: 1981b: 524).

Die so genannte Kolonialisierungsthese von Habermas bezieht sich ihrerseits auf die Herrschaft „wie Kolonialherren in einer Stammesgesellschaft“ der Imperative der Subsysteme Wirtschaft und Staat über die Lebenswelt, die sich aus der „Entkoppelung“ beider Räume (Subsysteme und Lebenswelt) und aus dem Gewinn der Autarkie dieser Subsysteme durch Geld – im Falle der Wirtschaft – und durch Macht – im Falle des Staates – ergibt. Und in diesem Prozess, so Ha-

¹¹² Bevor er sich auf diese Theorie konzentrierte, widmete sich Habermas eher der Reflexion der Grundlagen und Ziele der Sozialwissenschaften im Einklang mit den zentralen Forschungsthemen der Vertreter der Frankfurter Schule.

bermas, habe das Phänomen der Verrechtlichung eine grundlegende Rolle gespielt, denn dadurch hatte das Recht, kombiniert mit den Vermittlungen von Geld und Macht, die Kontrolle der Subsysteme über die sozialen Beziehungen der Lebenswelt vermittelt und damit den Anspruch auf funktionale Selbstlegitimation dieser erhalten (vgl. Habermas: 1981b: 293, 488, 522, 536-537).

In den Jahren nach dem Erscheinen der *Theorie des kommunikativen Handelns*, also in der Entwicklungsphase der Diskursethik, distanziert sich Habermas von dieser Interpretation der Verrechtlichung, die ihn veranlasst hatte, das Recht skeptisch zu beurteilen. Nach Guibentif relativiert der deutsche Denker die Idee selbst einer Kolonialisierung der Lebenswelt.¹¹³ Zu dieser Zeit beginnt Habermas vielmehr dem Recht eine andere Rolle in seiner Gesellschaftstheorie zuzuweisen, nämlich die des Förderers der Einbeziehung der Kommunikationserfahrung moderner Gesellschaften in ihr institutionelles Leben. Dies zeigt sich in *Recht und Moral* (1986), wo Habermas aus seiner allgemeinen normativen Sicht auf das Problem der Desintegration zwischen den systemischen Mechanismen und der Lebenswelt das Thema der Legitimität der sozialen Ordnung wieder aufgreift und die These eines möglichen Erreichens dieser Legitimität durch Legalität vorschlägt.¹¹⁴ Wenn das Recht früher als Instrument der systemischen Kolonialisierung der Lebenswelt und damit als Förderer der sozialen Desintegration hervorstach, erscheint es heute als Mittel der Legitimität für die soziale Verbundenheit, da seine prozedurale Rationalität, so Habermas, für moralische Argumente durchlässig ist. Indem Habermas das diskursive Element in sein Rechtsverständnis einbezieht, führt er das Recht in sein normatives Werk und in die gesamte Gesellschaftstheorie ein. Diese Entwicklung wird in *Faktizität und Geltung* systematisch durchgeführt. Hier erklärt Habermas schließlich die Relevanz des Rechts im normativen Vorhaben der sozialen Integration (vgl. Habermas: 1992, 542, 552; Guibentif: 2010, 219; Nickel: 2015, 346).¹¹⁵

Auf den ersten Seiten von *Faktizität und Geltung* stellt Habermas im

¹¹³ Vgl. Text „Recht und Moral“, von Habermas im Kontext der *Tanner Lectures* von 1986 angeboten, in: Habermas: 1992, 557-559.

¹¹⁴ In Habermas' früheren Werken war das Thema der Legitimität der sozialen Ordnung nicht mit der Legalität assoziiert, sondern mit dem prozeduralen Element der Diskursethik (vgl. Nickel: 2015, 346).

¹¹⁵ In diesem Sinn sagt Habermas: „unter funktionalen Gesichtspunkten läßt sich begründen, warum die posttraditionale Gestalt einer prinzipiengeleiteten Moral auf die Ergänzung durch positives Recht angewiesen ist“ (Habermas: 1992: 21). Rechtsphilosophen wie Robert Alexy und Klaus Günther beeinflussten Habermas in dieser Neubetrachtung der Rolle des Rechts (vgl. Möllers: 2015, 257).

Rückgriff auf die Ergebnisse seiner bisherigen Forschung fest, dass die kommunikative Vernunft als die am besten geeignete epistemische Grundlage für eine auf soziale Integration ausgerichtete Rekonstruktion der „rechtlichen[n] Verfassung des politischen Gemeinwesens“ erscheint (Habermas: 1992, 11).¹¹⁶ Das klassische Konzept der praktischen Vernunft basiere auf einer Gesellschaftsidee, die entweder vom Individuum in der kantischen Linie geprägt war oder sich auf den Staat konzentrierte, wie Hegel sie im Rahmen des „objektiven Geistes“ konzipiert hatte.¹¹⁷ Die Komplexität moderner Gesellschaften erfordere jedoch den Übergang von einer, in einem bestimmten Akteur oder in einem gesellschaftlichen Makrosubjekt verwurzelter Rationalität zu einer, dem Mittel Sprache zugeschriebenen Vernunft, in dem die Geltungsansprüche, die die auf intersubjektive Verständigung ausgerichtete Kommunikation charakterisieren, diskutiert werden (vgl. Habermas: 1992, 11-18). So erscheint die kommunikative Rationalität, ausgehend von der Kraft sozialer Integration der rationalen Prozesse der Verständigung,¹¹⁸ für Habermas wie ein Leitfaden „für die Rekonstruktion jenes Geflechts meinungsbildender und entscheidungsbereitender Diskurse, in das die rechtsförmig ausgeübte demokratische Herrschaft eingebettet ist“ (Habermas: 1992, 19), kurz gesagt, für die Rekonstruktion der Grundlagen von Recht und politischer Macht (vgl. Habermas: 1992, 19-23).

Nun aber fokussiert Habermas seine Untersuchung des Rechts auf die Bewertung der rechtlichen Eigenschaften der Faktizität und Geltung, wodurch er ein klassisches Thema der Rechtsphilosophie wieder aufnimmt, das in der früher schon vorgestellten Debatte zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre zum Ausdruck kommt. Die Rechtsnormen verlangen in der Tat Faktizität oder Positivität, d.h. ihre Annahme durch die von ihnen betroffene Gesellschaft (Wirksamkeit); die Annahme ist freilich mit der Verhängung von Sanktionen verbunden. Aber das Recht verlangt auch Legitimität, d.h. die Begründbarkeit der Normen, die es ausdrücken; was in diskursethischer Perspektive nach Habermas bedeutet, dass das Recht die diskursive „Einlösbarkeit ihres

¹¹⁶ Soziale Integration im Gegensatz zur systemischen Integration, die einseitig durch die Subsysteme erreicht wird.

¹¹⁷ In der Vorstellung des „objektiven Geistes“ fasst Hegel seine Begriffe zusammen, die sich auf den Bereich der praktischen Vernunft beziehen: Abstraktes Recht, Moralität und Sittlichkeit, unter diesem letzten die Sphären der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft und des Staats. Alle diese Begriffe sind umfassend in den *Grundlinien der Philosophie des Rechts* von 1821 beschrieben (Hegel: 1970).

¹¹⁸ Mit der Bemerkung, dass für Habermas der Verständigungsmechanismus allein keine soziale Integration ermöglichen konnte, aber er die Grundlage für ein auf dieses Ziel ausgerichtetes Recht bildet (vgl. Habermas: 1992, 43-44).

normativen Geltungsanspruchs“ (Habermas: 1992, 47) fordert. Die rechtliche Geltung einer Norm impliziert also sowohl eine durchschnittliche Legalität des Sozialverhaltens, als auch die Legitimität des positiven Rechts, was letztendlich die „Befolgung der Norm aus Achtung vor dem Gesetz jederzeit möglich macht“ (Habermas: 1992, 49).

Ein korrektes Verständnis der rechtlichen Faktizität und Geltung ist für Habermas von grundlegender Bedeutung; denn die Erfüllung beider Anforderungen ist notwendig für die Aufgabe des Rechts, zur Bildung der sozialen Integration beizutragen. Aber um diese Notwendigkeit zu erfassen, ist es zunächst wichtig, die Unentbehrlichkeit der vielfältigen strategischen Orientierungen zu erkennen, die in einer auf die Wirtschaft konzentrierten Welt auch das Sozialverhalten bestimmen. So ist zu verstehen, dass die soziale Integration, um sich wirklich artikulieren zu können, Beachtung sowohl für die Erfolgsorientierung als auch für die Verständigungsorientierung der handelnden Subjekte verlangt, und dass folglich die Rechtsnormen, die sich auf eine solche Artikulation beziehen, mit einem faktischen Zwang auf das Sozialverhalten wie mit einer intersubjektiv anerkannten Geltung versehen werden müssen (vgl. Habermas: 1992, 43-44). Das ist es, was Habermas im Folgenden ausdrückt:

„Zwar gerät ein Recht, dem in modernen Gesellschaften die Hauptlast der sozialen Integration zufällt, unter den *profanen* Druck der Funktionsimperative der gesellschaftlichen Reproduktion; gleichzeitig steht es aber unter der gleichsam *idealistischen* Nötigung, diese zu legitimieren“ (Habermas: 1992, 60).

Faktizität und Geltung sind daher zwei juristische Eigenschaften unter Spannung, deren Artikulation man im Handeln eine Reflexion über die moderne Rechtserfahrung nicht aus den Augen verlieren darf, wie es nach Habermas andere Ansätze tun, wie die objektivistischen soziologischen Ansätze, die das Problem der rationalen Legitimität von Normen vermeiden, und auch die normativen philosophischen Ansätze, die den Aspekt der notwendigen Wirksamkeit des positiven Rechts umgehen.¹¹⁹

Aus all diesen Überlegungen, die das Recht mit dem normativen Ideal der sozialen Integration verbinden, gewinnt Habermas dann seine diskurstheoretische Rekonstruktion der Grundlagen moderner Rechtssysteme. Dies wird im nächsten Teil dieses Kapitels behandelt, wobei die allgemeinen Bedingungen

¹¹⁹ Der Überprüfung beider extremen Trends widmet sich Habermas im zweiten Kapitel von *Faktizität und Geltung*: „Soziologische Rechts- und philosophische Gerechtigkeitskonzepte“ (Habermas: 1992, 61-108).

hervorgehoben werden, die es laut Habermas ermöglichen, dass das moderne Recht weiterhin auf die Bedürfnisse der Freiheit und der sozialen Emanzipation zeitgenössischer Gesellschaften eingehen kann.

3.3.2 Diskurstheoretische Rekonstruktion des modernen Rechts

Durch die Einbeziehung des Begriffs der kommunikativen Rationalität und der Diskurstheorie in das Verständnis des Rechtsphänomens stellt Habermas fest, dass das Recht in der Tat intern aus diskursiven Praktiken besteht, die in modernen Gesellschaften, so der deutsche Denker, im Rechtsstaat artikuliert sind, und damit der Bildung von politischem Willen, der Gesetzgebung und der Praxis gerichtlicher Entscheidungen als Grundlage dient (vgl. Habermas: 1992, 19-20). Wie bei den Normen im Bereich der Moral, so haben auch im Bereich des Rechts die rechtlichen Formen ihren Ursprung in der verständigungsorientierten Kommunikation – mit der Besonderheit, dass sich in diesem Fall die diskursiven Praktiken, zu denen die in der intersubjektiven Kommunikation ausgedrückten Geltungsansprüche führen, spezifisch auf rechtliche Inhalte beziehen. Habermas trifft diese Aussage in Übereinstimmung mit der in unserem Einführungskapitel vorgestellten Meinung von Villey, dass sich die rechtlichen Inhalte dadurch auszeichnen, dass sie auf eine bestimmte politische Gemeinschaft beschränkt sind, im Gegensatz zu den moralischen Inhalten, die mögliche Interaktionen zwischen Subjekten „*überhaupt*“ regeln (vgl. Habermas: 1992, 157).¹²⁰ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass, obwohl Habermas in *Recht und Moral* die moralische Komponente des Rechts betont hatte – da sie mit der Legitimität verknüpft ist – diese in *Faktizität und Geltung* abgeschwächt wird; dort wird spezifiziert, dass die Rechtsnormen „mit Hilfe pragmatischer, ethisch-politischer und moralischer Gründe – und nicht allein aus moralischen Gründen – gerechtfertigt werden können“ (Habermas: 1992: 139). Aufgrund dieser Einbeziehung moralischer Argumente in die Rechtslegitimation platziert aber Koller Habermas, wie wir gesehen haben, zwischen die Vertre-

¹²⁰ Diese Charakterisierung des Rechtlichen folgt, so Habermas, aus dem Konzept der Positivität des Rechts, d.h. „aus der Faktizität der Rechtssetzung und der Rechtdurchsetzung“. Und diese Tatsache wird durch folgendes erklärt: „Rechtsnormen gehen zurück auf die Beschlüsse eines historischen Gesetzgebers, beziehen sich auf ein geographisch abgegrenztes Rechtsgebiet und auf ein sozial abgrenzbares Kollektiv von Rechtsgenossen, mithin auf einen speziellen Geltungsbereich. Diese Einschränkungen in der historischen Zeit und im sozialen Raum ergeben sich bereits aus dem Umstand, daß die Rechtssubjekte ihre Zwangsbefugnisse an eine Instanz abtreten werden, die die Mittel legitimen Zwangs monopolisiert und gegebenenfalls für sich einsetzt“ (Habermas: 1992, 157-158). In Bezug auf die Differenzen zwischen moralischen und juristischen Normen, siehe auch Habermas: 1992, 139.

ter eines „schwachen Rechtsmoralismus“ (vgl. Koller: 2008, 166).

Um die Grundlagen des modernen Rechts diskursiv zu rekonstruieren, beabsichtigt Habermas nun aber die Bedingungen zu untersuchen, die die Institutionalisierung eigener diskursiver Praktiken des Rechts in zeitgenössischen Gesellschaften ermöglichen. Diese Praktiken drücken sich im sogenannten „prozeduralistischen Rechtsparadigma“ (Habermas: 1992, 10) aus und stehen, wie nachfolgend aufgezeigt wird, deutlich im Gegensatz zu diejenigen, auf die sich das zentralistische Rechtsparadigma bezieht. Zwei wichtige Kapitel von *Faktizität und Geltung* widmen sich der Untersuchung der Bedingungen, die zum Auftreten des prozeduralen Rechtsparadigmas führen.

Für Habermas gehen die Bedingungen der juristischen Diskursivität auf die Präexistenz eines „Systems der Rechte“ bzw. der Grundrechte in der modernen Gesellschaft zurück, die die Bürger gegenseitig anerkennen müssen, um ihr Zusammenleben durch positives Recht legitim zu regeln; sie sind, so Habermas, konstitutiv für jede Rechtsgemeinschaft freier und gleichwertiger Mitglieder (vgl. Habermas: 1992, 135, 151, 166). Die Besonderheit dieser Rechte liegt jedoch in ihrer Fähigkeit, den Status juristischer Personen als „Träger von Rechten“ zu definieren, indem sie individuell zurechenbare subjektive Freiheiten gewährleisten und miteinander vereinbar machen. Diese Freiheiten sind selbstverständlich für alle gleich und garantieren die private Autonomie der Subjekte, indem sie sie von nicht anerkannten Verpflichtungen befreien, einschließlich, wie Habermas präzisiert, von Verpflichtungen, die für das kommunikative Handeln charakteristisch sind und nicht gegenseitig vorausgesetzt werden (vgl. Habermas: 1992, 151-153).

Habermas ist zudem der Meinung, dass dieses System der Rechte es den Subjekten ermöglicht, von der privaten Autonomie zur Ausübung ihrer Autonomie im öffentlichen Bereich (politische Autonomie) zu gelangen, so dass sie sich nicht nur als Empfänger, sondern auch als Urheber des Rechts, als Entwickler von Normen identifizieren können. Um das zu erreichen, nutzt das System der Rechte die Vermittlung der Logik des Diskurses, die Habermas „Diskursprinzip“ (Grundsatz ›D‹) nennt. Da es nun um die Produktion von genauen juristischen Normen geht, erfordert jedoch dieses Prinzip einen spezifischeren Ausdruck, der seine Gestaltung in der institutionellen Praxis einer Gemeinschaft verwirklichen kann. Und das führt Habermas dazu, ein „Demokratieprinzips“ einzuführen, dem aufgrund seiner Förderung der öffentlichen Partizipati-

on und Deliberation die Aufgabe zufallen wird, Legitimität zur Rechtsproduktion beizutragen (vgl. Habermas: 1992, 153-155). Das Ziel des Demokratieprinzips ist es, so Habermas, „ein Verfahren legitimer Rechtsetzung“ zu etablieren und dadurch „den performativen Sinn der Selbstbestimmungspraxis von Rechtsgenossen, die einander als freie und gleiche Mitglieder einer freiwillig eingegangenen Assoziation anerkennen“, zur Geltung zu bringen (Habermas: 1992, 141). Unter Berücksichtigung der Rolle der Rechtsformen wie des Demokratieprinzips für die diskursive Rechtssetzung, spricht dann Habermas von einer Doppelbewegung im System der Rechte: „Die logische Genese dieser Rechte bildet einen Kreisprozeß, in dem sich der Kode des Rechts und der Mechanismus für die Erzeugung legitimen Rechts, also das Demokratieprinzip, *gleichursprünglich* konstituieren“ (Habermas: 1992, 155).

Habermas rekonstruiert in *Faktizität und Geltung* dieses System der Rechte im Lichte seiner Diskurstheorie und klassifiziert diese in die folgenden Gruppen:

„(1) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des *Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten* ergeben“ (Habermas: 1992, 155). Es geht also um die Rechte, die dem Subjekt die größeren gleichen Handlungsspielräume einräumen, soweit diese mit den gleichen Freiheiten der anderen Subjekte vereinbar sind.

„(2) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des *Status eines Mitgliedes* in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben“ (Habermas: 1992, 155). Als Korrelat der ersten Gruppe bezieht sich Habermas hier auf die Rechte, die mit der Bedingung assoziiert sind, die die Subjekte als Mitglieder einer bestimmten Rechtsgemeinschaft haben, verbunden mit dem Merkmal des Rechts, immer auf eine bestimmte Gesellschaft beschränkt zu sein (vgl. Habermas: 1992, 157).

(3) „Grundrechte, die sich unmittelbar aus der *Einklagbarkeit* von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen *Rechtsschutzes* ergeben“ (Habermas: 1992, 156). In gleicher Weise zielen diese Rechte, als Korrelat des Rechts auf gleiche subjektive Handlungsfreiheiten, auf den Schutz dieser und damit auf die Gewährleistung von Gerichtsverfahren ab, die an die Gesetze angepasst sind.

Diese drei Gruppen von Grundrechten legen den Rechtskode fest und ohne diese, ergänzt Habermas, wäre es nicht möglich, ein legitimes Recht zu

etablieren. Es handelt sich jedoch um allgemeine Prinzipien, die entwickelt werden müssen; Habermas erwähnt in diesem Sinne, dass auch die klassischen liberalen Grundrechte (Menschenwürde, Freiheit, Leben, körperliche Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit etc.) die „Interpretationen und Ausgestaltungen des allgemeinen Freiheitsrechts im Sinne eines Rechts auf gleiche subjektive Freiheiten“ (Habermas: 1992, 159) sind. Die Grundrechte etablieren daher nicht abstrakt den Rechtskode, sondern, so Habermas, mit Hilfe eines Prozesses, in dem sich die Bürger bestimmte Rechte gegenseitig zuschreiben, einen Prozess, in dem freilich der politische Gesetzgeber eine zentrale Rolle spielt (vgl. Habermas ebd.). Das bedeutet aber nicht, dass diese Etablierung der Rechtsformen, die das Recht verwirklichen, sich nicht mehr an den Grundrechten orientieren, weil sie allgemein sind:

„Festzuhalten sind *beide* Aspekte: Auf der einen Seite sind die ersten drei Kategorien von Rechten [...] eher Rechtsprinzipien, an denen sich der Verfassungsgesetzgeber orientiert. Andererseits muß dieser sich, unbeschadet seiner Souveränität, an den genannten Prinzipien orientieren, sofern er sich überhaupt des Rechtsmediums bedient. Denn in diesen Prinzipien bringt sich der von Hobbes und Rousseau betonte rationalisierende Sinn der Rechtsform als solcher zur Geltung“ (Habermas: 1992, 160).

Für Habermas garantieren diese ersten Grundrechte jedoch nur die private Autonomie der Subjekte, d.h. sie ermöglichen ihnen nur, sich gegenseitig als Empfänger der Gesetze zu erkennen. Daher sind weitere Grundrechte notwendig, um die Ausübung der politischen Autonomie der Subjekte zu gewährleisten und ihnen die Rolle von Autoren ihrer Rechtsordnung zu verleihen (vgl. Habermas: 1992, 156). Diese Rechte sind:

„(4) Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre *politische Autonomie* ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen“. Es handelt sich also um politische Rechte, die, so präzisiert Habermas, gemäß der Interpretation, die das Verfassungsrecht aus den ersten Grundrechten und deren Folgeentwicklungen anstellt, wirksam werden (Habermas: 1992, 156). Und schließlich die:

„(5) Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für die chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen jeweils notwendig ist“ (Habermas: 1992, 156-157). So formuliert Habermas die sozialen Rechte und besteht auf der rechtlichen Absicherung der materiellen Existenzbedingungen der Subjekte.

Wenn die ersten Gruppen von Grundrechten abstrakt bleiben, vollziehen letztere, laut Habermas, einen Perspektivenwechsel, insofern sie den Bürgern ermöglichen, das Diskursprinzip anzuwenden und damit Recht zu produzieren. Insbesondere in Bezug auf die Grundrechte von Punkt (4) betont Habermas die Fähigkeit der politischen Rechte, die die Beteiligung an der Bildung der Meinung und den Willen des Gesetzgebers ermöglichen, die Etablierung des legitimen Rechts mit diskursiven Mitteln rechtlich zu gewährleisten. Das heißt, es handelt sich um die Fähigkeit dieser Grundrechte, durch den Appell an ein bestimmtes Verfahren, eine diskursive Rechtsproduktion zu gewährleisten, was für Habermas notwendigerweise bedeutete, das Diskursprinzip mit der Rechtsform zu versehen, die es zu einem Demokratieprinzip machen würde (vgl. Habermas: 1992, 160-161). Auf diese Weise werden, um zur Dynamik der Diskursethik zurückzukehren, nur diejenigen Normen zu legitimem Recht,

„[...] die die Zustimmung aller potentiell Betroffenen finden könnten, sofern diese überhaupt an rationalen Diskursen teilnehmen. Die gesuchten politischen Rechte müssen daher die Teilnahme an allen gesetzgebungsrelevanten Beratungs- und Entscheidungsprozessen in der Weise gewährleisten, daß darin die kommunikative Freiheit eines jeden, zu kritisierbaren Geltungsansprüchen Stellung zu nehmen, gleichmäßig zum Zuge kommen kann“ (Habermas: 1992, 161).

Im Rahmen dieser Gewährleistung eines diskursiv erlangten Rechts führt Habermas erneut den Begriff „Verrechtlichung“ ein, um die notwendige Reproduktion von Normen zu bezeichnen, die sich an der politischen Nutzung der kommunikativen Freiheit orientieren, d.h. an der Institutionalisierung dieser durch politische Rechte. Nur dass diese Verrechtlichung, so präzisiert Habermas, Kommunikations-, Deliberations- und Entscheidungsprozesse voraussetzt, die von der privaten Autonomie ausgehen und die unter den Bedingungen der verständigungsorientierten Sprache die Annahmen der Legitimität der institutionalisierten Rechtssetzung gewährleisten (vgl. Habermas: 1992, 161). Das ist letztendlich die rechtlich-diskursive Dynamik, die das prozedurale Rechtsparadigma von Habermas prägt; eine Dynamik, die offensichtlich im Gegensatz zum Ansatz des zentralistischen Paradigmas einer Rechtssetzung steht, die auf die formalistische staatliche Legalität reduziert wird.

Nun aber versucht Habermas mit der Identifizierung dieses Systems der Rechte nicht nur die Bedingungen zu rekonstruieren, die die Institutionalisierung der rechtlichen Diskursivität ermöglichen, sondern auch den rechtlichen Mechanismus zu identifizieren, durch den das Recht die soziale Integri-

on ermöglichen kann – eine Aufgabe, für die die Artikulation der rechtlichen Eigenschaften von Faktizität und Geltung grundlegend ist. Habermas stellt in diesem Zusammenhang fest, dass sowohl das Diskursprinzip, „das in Bedingungen kommunikativer Vergesellschaftung überhaupt angelegt ist“ (Habermas: 1992, 161-162), als auch die Sprache des Rechtsmediums unabhängig von der Praxis der Selbstbestimmung der Bürger gegeben sind, aber dennoch beide die Fähigkeit zur Verflechtung haben.¹²¹ Gerade diese Verbindung von Diskursprinzip und Rechtsmedium ermöglicht es dem System der Rechte, private Autonomie und öffentliche Autonomie – oder, wenn man möchte, Menschenrechte und Volkssouveränität – in ein Gleichwertigkeitsverhältnis zu stellen, wenn sie korrelieren (vgl. Habermas: ebd.). Und dank dieser Beziehung beider Autonomieräume erwirbt die institutionelle Legalität die Fähigkeit, Legitimität zu produzieren, d.h. eine diskursive Legitimität.¹²² Mit dem Einrichten eines diskursiv legitimierten Rechts kommt schließlich Habermas' zur These, dass die klassische Spannung zwischen der Positivität und der Legitimität des Rechts „operationalisiert“ wird. Faktizität und Geltung, sagt Habermas synthetisierend, „verbinden sich in der gegenseitigen Durchdringung von Rechtsform und Diskursprinzip, auch in dem Januskopf, den das Recht seinen Adressaten auf der einen und seinen Autoren auf der anderen Seite zuwendet“ (Habermas: 1992, 163-165). Auf diese Weise begründet Habermas die Verbindung zwischen der rechtlichen Faktizität und Geltung und skizziert dadurch ein Rechtsverständnis, das imstande ist, das Recht auf die Förderung der sozialen Integration auszurichten.

Nach der Etablierung des Systems der Rechte stellt Habermas fest, dass diese, rekonstruiert aus den Grundrechtsabschnitten der modernen Verfassungen „nach mehr als zweihundert Jahren europäischer Verfassungsentwicklung“ (Habermas: 1992, 163), sich jedoch selbst nicht in der sozialen Realität stabilisieren und in diesem Sinne unvollständig bleiben. Um sie zu stabilisieren, so Habermas, ist die Figur der politischen Macht erforderlich, was bedeutet, dass neben der „Legitimität von Rechten“ oder der „Legitimation von Rechtsetzungsprozessen“ auch die „Legitimität einer Herrschaftsordnung“ und die „Legitimation der Ausübung politischer Herrschaft“ (Habermas: 1992, 166) erforder-

¹²¹ So weist Habermas darauf hin, dass die Verwirklichung des Diskursprinzips in einem Demokratieprinzip dadurch erfolgt, dass das Diskursprinzip und das Recht sich miteinander vereinen (vgl. Habermas: 1992, 162).

¹²² Das legitime Recht – sagt Habermas ergänzend – „schließt den Kreis“ zwischen der privaten Autonomie seiner Adressaten und der öffentlichen Autonomie der Staatsbürger, d.h. der Autoren der Rechtsordnung (vgl. Habermas: 1992, 500).

derlich sind, was wiederum mit der Einführung eines Rechtskodes einhergeht, der sich darauf bezieht. Die Kontinuität des Systems der Rechte und die Verbindung von privater Autonomie und öffentlicher Autonomie, die sie ermöglichen, verlangt daher, dass sich der Prozess der Verrechtlichung weder auf die subjektiven Handlungsfreiheiten der Privatleute noch auf die kommunikativen Freiheiten der Bürger beschränkt, sondern sich auf das Terrain der politischen Macht, auf die vom Staat organisierte Macht erstreckt. So entsteht für Habermas die Figur der Staatsmacht, als Voraussetzung des Rechts selbst, aber gleichzeitig als Institution eines Rechtskodes (vgl. Habermas: 1992, 166-169):

„Kurzum, der Staat wird als Sanktions-, Organisations- und Exekutivgewalt nötig, weil Rechte durchgesetzt werden müssen, weil die Rechtsgemeinschaft einer identitätsstabilisierenden Kraft ebenso wie einer organisierten Rechtsprechung bedarf, und weil aus der politischen Willensbildung Programme hervorgehen, die implementiert werden müssen. Dies sind freilich nicht funktional notwendige Ergänzungen zum System der Rechte, sondern objektiv-rechtliche *Implikationen*, die in den subjektiven Rechten in nuce enthalten sind“ (Habermas: 1992, 168).

Die Form der rechtlichen Legitimation staatlicher Macht erfordert jedoch eine spezifische Konzeptualisierung, weshalb Habermas die Idee des Rechtsstaats weiter untersucht. Der demokratische Rechtsstaat wird vom deutschen Denker als „die über legitimes Recht laufende [...] Institutionalisierung von Verfahren und Kommunikationsvoraussetzungen für eine diskursive Meinungs- und Willensbildung, die wiederum [...] legitime Rechtsetzung ermöglicht“ (Habermas: 1992, 527) gefasst. Dies hat zur Folge, dass in einem diskurstheoretisch verstandenen Rechtsstaat verbindliche Staatsentscheidungen nicht durch die Rechtsform als solche legitimiert werden, sondern durch ihren Zusammenhang mit dem legitim etablierten Recht, d.h. mit dem Recht, das im Stande ist, von allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft in einem diskursiven Prozess rational akzeptiert zu werden. Damit folgt Habermas in seinem Verständnis von Rechtsstaat dem Ansatz seines Universalisierungsgrundsatzes und diskursethischen Grundsatzes, und nimmt von der Weberschen Idee eines Rechtsstaates, der auf eine zentralistisch-formalistische Legalität gestützt ist, einen klaren Abstand (vgl. Habermas: 1992, 166, 169).

Habermas betont: damit diese Legitimation der Staatsmacht stattfinden kann, muss die Ausübung der öffentlichen Autonomie im Rechtsstaat ausreichend gestärkt werden. Dafür ist die Institutionalisierung der Praxis der Selbstbestimmung der Bürger notwendig. Eine solche Institutionalisierung kann sich aus einer Vielzahl von Formen des politischen Handelns ergeben: „als informel-

le Meinungsbildung, in der politischen Öffentlichkeit, als politische Beteiligung innerhalb und außerhalb der Parteien, als Teilnahme an allgemeinen Wahlen, an der Beratung und Beschlussfassung parlamentarischer Körperschaften usw.“ (Habermas: 1992, 169-170). Die Öffentlichkeit spielt für Habermas in dieser Hinsicht eine besondere Rolle, da sie als „Netzwerk für die Kommunikation von Inhalten und Stellungnahmen“ (Habermas: 1992, 436) die öffentlichen Meinungen der Bürger nach ihren thematischen Besonderheiten filtert und verdichtet und so ihren Einfluss auf den politischen Willen erleichtert.¹²³ Indem sie eine „intermediäre Struktur“ zwischen den Systemen und der Lebenswelt bildet, trägt die Öffentlichkeit auch dazu bei, dass die ersteren, insbesondere das Verwaltungs- und das Wirtschaftssystem, ihre Imperative nicht auf die Mechanismen der politischen Entscheidung auferlegen; vielmehr gibt die Öffentlichkeit dem Bürgerwillen einen Kanal (vgl. Habermas: 1992, 451).

Die Volkssouveränität entsteht dann mit der Unterstützung der Bedingungen der Kommunikation und der in der Öffentlichkeit stattfindenden Verfahren der Meinungs- und Willensbildung, und darum hat sie die Möglichkeit, sich nicht mehr nur mit subjektiven Freiheiten zu verbinden, sondern auch mit der staatlich organisierten Macht. Mit der Bemerkung, dass sich die Volkssouveränität im Rechtsstaat nicht nur auf eine Gruppe physisch vereinter autonomer Bürger konzentriert, sondern dass sie, so Habermas, weiterhin aus den Bürgerforen und -organen hervorgeht, die die anonyme Zirkulation von rational strukturierten Überlegungen und Entscheidungen nähren und so den Willen der Bürger mit der staatlichen Verwaltungsmacht verknüpfen. Für Habermas stützt sich diese Dynamik letztendlich in dem internen Zusammenhang, der zwischen politischer Macht und Recht besteht und der in Bezug auf die Diskurstheorie entworfen wird (vgl. Habermas: 1992, 170). Damit bekräftigt die Rechtstheorie von Habermas, was in unserem Einführungskapitel über die Form der

¹²³ Was den Umfang der Komponenten dieses sozialen Raumes betrifft, der als Öffentlichkeit bezeichnet wird, so legt Habermas Folgendes fest: „Sie [die Öffentlichkeit] stellt ein hochkomplexes Netzwerk dar, das sich räumlich in eine Vielzahl von überlappenden internationalen, nationalen, regionalen, kommunalen, subkulturellen Arenen verzweigt; das sich sachlich nach funktionalen Gesichtspunkten, Themenschwerpunkten, Politikbereichen usw. in mehr oder weniger spezialisierte, aber für ein Laienpublikum noch zugängliche Öffentlichkeiten [...] gliedert; und das sich nach Kommunikationsdichte, Organisationskomplexität und Reichweite nach Ebenen differenziert – von der episodischen Kneipen-, Kaffeehaus- oder Straßenöffentlichkeit über die veranstaltete Präsenzöffentlichkeit von Theateraufführungen, Elternabenden, Rockkonzerten, Parteiversammlungen oder Kirchentagen bis zu der abstrakten, über Massenmedien hergestellten Öffentlichkeit von vereinzelt und global verstreuten Lesern, Zuhörern und Zuschauern“ (Habermas: 1992, 451-452).

Beziehung zwischen Politik und Recht behauptet wurde: dass beide Bereiche einander konditionieren.

Um diese Übersicht durch das juristische Denken Habermas abzuschließen, ist es schließlich angebracht, sich auf einige zentralen Rechtsbegriffe zu fokussieren, zu denen das prozedurale Rechtsparadigma neue Grundlagen beigetragen hat. Es handelt sich um Begriffe, die bereits in *Faktizität und Geltung* behandelt wurden, aber in späteren Texten neue Nuancen erhalten haben. Zu diesen gehören vor allem die deliberative Demokratie und die Menschenrechte. Dazu kommt der Begriff des Völkerrechts, zu dem der deutsche Denker als Resultat der Konfrontation seiner Rechtstheorie mit dem weltpolitischen Kontext wichtige Beiträge leisten wird.

3.3.3 Deliberative Demokratie, Menschenrechte und Völkerrecht

Was den ersten dieser Begriffe betrifft, kann bestätigt werden, dass Habermas' diskursive Rekonstruktion des modernen Rechts das Ziel hat, eine Rehabilitierung der deliberativen Demokratie¹²⁴ zu erreichen. So wird das gesamte System der Rechte zum institutionellen Rahmen, der die Konstruktion einer „deliberativen Politik“ ermöglicht, ein Konzept, das auf der Diskurstheorie aufbaut und für Habermas den normativen Kern seiner Demokratievorstellung darstellt (vgl. Challe: 1999, 198; Habermas: 1996, 285). Die deliberative Politik ist genau genommen eine Konkretisierung des Rechtsetzungsprozesses, der darauf ausgerichtet ist, die Legitimität der politischen Ordnung zu gewährleisten; sie stützt sich auf die Institutionalisierung des Diskursmechanismus, der, wie wir gesehen haben, in der Lage ist, die öffentliche Darstellung und Begründung der verschiedenen Fragen zu schaffen, die das politische Zusammenleben betreffen:

„Das Herzstück deliberativer Politik besteht nämlich aus einem Netzwerk von Diskursen und Verhandlungen, das die rationale Lösung pragmatischer, moralischer und ethischer Fragen ermöglichen soll – eben jene aufgestauten Probleme einer andernorts versagenden funktionalen, moralischen oder ethischen Integration der Gesellschaft“ (Habermas: 1992, 388-389).

In *Drei normative Modelle der Demokratie* – einem Text, der in *Die Einbeziehung des Anderen* enthalten ist – beschreibt Habermas genau, was seine deliberative Demokratie von den Modellen der Demokratie unterscheidet,

¹²⁴ Ein Mechanismus, wie Challe sich erinnert, den die Gründer der Frankfurter Schule eher kritisiert hatten, weil sie ihn als Mittel zur Verschleierung sozialer Unterdrückung betrachteten (vgl. Challe: 1999, 177).

die von der liberalen Tradition und der republikanischen Tradition vorgeschlagen werden, sowie die Elemente, die er aus beiden Traditionen aufnimmt.¹²⁵ Der Liberalismus, so der deutsche Denker, der das Individuum vor der Institutionalität setzt, schlägt einen demokratischen Deliberationsprozess vor, der auf die Bündelung der in der Gesellschaft vorhandenen Privatinteressen – angenommen es ist eine Marktgesellschaft – und auf die Gestaltung des Staates in Funktion davon abzielt. Der Republikanismus hingegen misst der gemeinschaftlichen Institutionalität mehr Gewicht bei und begreift den Deliberationsprozess dementsprechend als eine Reflexionsform, die, mittels des Appells an ein Solidaritätsverhältnis, die Gestaltung der Gemeinschaft in ihrer Integration in das Staatssystem anstrebt. Das von Habermas vorgeschlagene Demokratiemodell nimmt von der liberalen Tradition den Fokus auf den Pluralismus der sozialen Interessen auf, ohne aus diesem Grund seine Vernachlässigung der Solidarität und der zwischen den Individuen vorhandenen Kommunikationsformen zu übernehmen. Außerdem distanziert es sich von der homogenisierenden ethischen Überlastung der von der republikanischen Tradition eingeführten politischen Diskurse, geht aber davon aus, dass es den Sinn der Selbstorganisation der Gesellschaft aufgrund der kommunikativen Verbindung der Bürger einbezieht (vgl. Habermas: 1996, 277-278, 285-289).

Ausgehend von der Tatsache des kommunikativen Handelns konzentriert sich so Habermas' deliberative Demokratie auf die Prozeduralität der Deliberation, d.h. sie hebt die Zentralität hervor, die die Verfahren der gemeinsamen Meinungs- und Willensbildung in einem verfassungsmäßigen Rechtsstaat bei relevanten Themen oder regulierungsbedürftigen Angelegenheiten erlangen. Eine solche Prozeduralität wird jedoch nicht nur in den institutionalisierten Verfahren der Rechtsetzung – wie die, die in einem Parlament oder einem Gericht eingeführt sind –, sondern auch im informellen Kommunikationsnetz der politischen Öffentlichkeit aufrechterhalten; durch Mitteilungen, die, indem sie Wahlentscheidungen und Gesetzgebungsbeschlüsse entfesseln, es ermöglichen, kommunikativ erzeugte Macht in administrativ nutzbare Macht umzuwandeln. Im Zusammenspiel dieser beiden deliberativen Sphären – institutionalisierte Rechtsetzung und politische Öffentlichkeit – wird also die „diskursive Rationa-

¹²⁵ Die Diskussion zwischen diesen beiden Modellen wird, wie Habermas betont, in den Vereinigten Staaten gut zwischen den „Liberalen“ und „Kommunitaristen“ geführt (vgl. Habermas: 1996, 283).

lisierung der Entscheidungen einer an Recht und Gesetz gebundenen Regierung und Verwaltung“ (Habermas: 1996, 288-289) ermöglicht.

Die Menschenrechte erhalten andererseits einen besonderen Stellenwert in der diskursiven Rechtstheorie von Habermas; dieser Standpunkt kann jedoch besser verstanden werden, wenn man die Art des Verhältnisses berücksichtigt, die der Begriff Menschenrechte mit dem Begriff Volkssouveränität ausbildet. Der deutsche Denker weist in diesem Sinne darauf hin, dass sowohl die liberale als auch die republikanische Tradition eine „Konkurrenzbeziehung“ zwischen den beiden Begriffen herstellen, indem Kant und Locke, die Väter des Liberalismus, den subjektiven Freiheitsrechten Vorrang vor den politischen Teilnahmerechten geben, und andererseits die republikanische Tradition auf der Grundlage von Aristoteles und Rousseau diesen Vorrang den politischen Teilnahmerechten einräumt (vgl. Habermas: 1994, 123, 669-670). Für Habermas hat dieses Wettbewerbsverhältnis zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität seinen Ursprung darin, wie diese beiden modernen Traditionen die Verbindung zwischen privater Autonomie und öffentlicher Autonomie begründen: Während im Falle Kants diese Verbindung in der „natürlichen“ Moral des partikularen Subjekts aufrechterhalten wird – was erst in einer zweiten Bewegung durch den Gesellschaftsvertrag zum vereinten Willen aller führt¹²⁶ –, liegt die Begründung für Rousseau eher im ethischen Wesen einer zuvor durch den Gesellschaftsvertrag vereinten Gemeinschaft – einer Gemeinschaft, die dann die Herausforderung hat, den Willen des Einzelnen zu schützen (vgl. Habermas: 1992, 129-134).

Wie man gesehen hat, erklärt Habermas jedoch die Verbindung zwischen den beiden Autonomieräumen mit ihrer wechselseitigen Komplementarität oder, wie er sagt, ihrer „Gleichursprünglichkeit“. Ein solches Verhältnis stützt sich auf das diskursiv rekonstruierte System der Rechte, insbesondere auf die Fähigkeit dieser Rechte, die Subjekte dazu zu bringen, sich selbst als Adressaten und gleichzeitig als Autoren ihrer eigenen Rechte zu erkennen.¹²⁷ Subjektive

¹²⁶ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Habermas' Behauptung in *Faktizität und Geltung*, Kant würde die politische Rechtssetzung mit Normen voller moralischen Inhalts überlagern, von der Forschung zum Kantischen Werk in Frage gestellt wurde. Ingeborg Maus argumentiert beispielsweise, dass Kants Konzept der Moral vor dem Recht und der Ethik eher neutral bleiben würde, ebenso wie das von Habermas eingeführte Diskursprinzip (vgl. Habermas: 1992, 136-137, 153-154; Kant: 1977, 347; Maus: 2015, 52-53). Siehe: Maus, Ingeborg (1992), *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am Main, 148 f.

¹²⁷ In Auseinandersetzung mit Kant behauptet Habermas Folgendes in Bezug auf die Neutralität seiner Vorstellungen von Autonomie und Diskursprinzip: „Die Idee der Selbstgesetzgebung von

Freiheitsrechte und politische Teilnahmerechte überlagern sich oder ordnen sich daher nicht gegenseitig unter, sondern gehen auf einen gemeinsamen Ursprung zurück, der letztendlich in den „illokutionären Bindungskräfte[n] des verständigungsorientierten Sprachgebrauchs“ liegt (vgl. Habermas: 1992, 134-135). Damit stellen Menschenrechte und Volkssouveränität einen „internen Zusammenhang“ her; dem ist hinzuzufügen, dass dieser Zusammenhang für den deutschen Denker im wechselseitigen Aufbau zwischen Individualrechten und einem demokratischen Verfahren institutionell reproduziert wird, „das die Vermutung auf vernünftige Ergebnisse der politischen Meinungs- und Willensbildung begründet“ (Habermas: 1994, 151, 671; vgl. Möllers: 2015, 259).

Nun, diese These einer wechselseitigen Implikation zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität bzw. Demokratie setzt voraus, so Habermas, dass das, was hier als Menschenrechte oder Grundrechte bezeichnet wird, die „gesetzten und einklagbaren Verfassungsnormen“ (Habermas: 1994, 671) sind, die durch ihren positiven Inhalt notwendigerweise auf die Souveränität einer bestimmten politischen Gemeinschaft bezogen werden, im Gegensatz zu den, „als moralisch gerechtfertigte Handlungsnormen“ (Habermas: ebd.) verstandenen Menschenrechten. Deshalb haben diese Grundrechte einen anderen Status als die moralischen Normen – auch wenn sie den gleichen semantischen Inhalt haben können, was, so Habermas, dem universalistischen bzw. menschenrechtlichen Sinn, den solche Grundrechte haben können, nicht widerspricht, wie es bei den klassischen Freiheitsrechten tatsächlich der Fall ist (vgl. Habermas: ebd.).¹²⁸ Diese Behauptung führt jedoch zwei Ideen in die diskursive Theorie der Menschenrechte von Habermas ein, die dieser in seinem Artikel *Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren hervor-*

Bürgern darf also nicht auf die *moralische* Selbstgesetzgebung *einzelner* Personen zurückgeführt werden. Autonomie muß allgemeiner und neutraler begriffen werden. Deshalb habe ich ein Diskursprinzip eingeführt, das gegenüber Moral und Recht zunächst indifferent ist“ (Habermas: 1994, 154). Autoren wie Christoph Möllers betonen, dass die Gleichursprünglichkeitsthese in Wirklichkeit bereits „im Ansatz“ bei Kant zu finden ist und dass Habermas bei der diskursiven Ausarbeitung dieses Vorschlags den kantischen Autonomiebegriff ausweitet und dass Kant da, ausgehend von einem einheitlichen Begriff der Freiheit, sicherlich nicht zwischen privater und öffentlicher Autonomie unterscheidet (vgl. Möllers: 2015, 259; Maus: 2015, 52; Challe: 1999, 194).

¹²⁸ So die Habermas' Präzision im Nachwort seiner erweiterten Auflage von *Faktizität und Geltung* von 1994 gegenüber denen, die wie Otfried Höffe eine habermasianische Degradierung der „Menschenrechte“ auf „bloße Grundrechte“ beobachtet hatten, insbesondere in Bezug auf ihren Sinn von Universalität. Siehe dazu: Höffe, Otfried (1993), „Eine Konversion der Kritischen Theorie? Zu Habermas' Rechts- und Staatstheorie“, in: *Rechtshistorisches Journal*, Nr. 12, 70-88 (vgl. Habermas: 1994, 671).

hebt.¹²⁹ Erstens geht es um die Ablehnung jeglicher naturrechtlicher Argumentation in der Rechtfertigung der Menschenrechte, da sonst darauf hingewiesen würde, „daß der Verfassungsgesetzgeber wie auch immer gegebene moralische Normen lediglich in die Form positiven Rechts einkleidet“ (Habermas: 1996, 222), was die Idee einer gegenseitigen Voraussetzung zwischen Menschenrechten und demokratischem Verfahren sicherlich ablehnen würde. Und im Zusammenhang mit dieser Idee stellt Habermas zweitens fest, dass die Menschenrechte durch ihren Inhalt, vor allem aber durch ihre Struktur eine eminent juristische Natur haben, weshalb ihre moralische Qualität nur auf einen Anschein reduziert wird, welcher ihre universelle Bedeutung ihnen verleiht:

„Menschenrechte sind *von Haus aus* juridischer Natur. Was ihnen den Anschein moralischer Rechte verleiht, ist nicht ihr Inhalt, erst recht nicht ihre Struktur, sondern ein Geltungssinn, der über nationalstaatliche Rechtsordnungen hinausweist“ (Habermas: 1996, 222).

Das bedeutet jedoch nicht, wie Regina Kreide es interpretiert, dass moralische Argumente in der juristischen Rechtfertigung der Menschenrechte nicht geltend gemacht werden können (vgl. Kreide: 2015, 354).

Andererseits bewirkt die Weiterentwicklung seiner diskursiven Rechtstheorie, dass Habermas nicht nur an das Recht im Rahmen des Nationalstaates denkt – wie in *Faktizität und Geltung* –, sondern auch über seine globale Projektion reflektiert, was zu seinem Vorschlag für eine Völkerrechtsverfassung führen wird. Diese Öffnung von Habermas gegenüber dem internationalen juristischen Szenario ist sicherlich mit dem Auftauchen einer Reihe zwischenstaatlicher Initiativen am Ende des 20. Jahrhunderts verknüpft, die auf eine stärkere globale Integration abzielen; gleichzeitig stellt ein solcher Fokuswechsel, wie Juan Carlos Velasco feststellt, eine Vollendung der universalistischen normativen Orientierung dar, die die praktische Philosophie des deutschen Denkers prägt (vgl. Velasco: 2016, 524-525).¹³⁰ Nach James Bohman lassen sich in Habermas' Überlegungen zur Möglichkeit eines globalen Rechts drei Phasen identifizieren (vgl. Bohman: 2015).

Die erste Phase ist durch das Erscheinen des oben genannten Textes *Kants Idee des ewigen Friedens* geprägt, in dem Habermas eine Aktualisierung

¹²⁹ Der Text erschien ursprünglich in *Kritische Justiz*, Nr. 28, 1995, 293-319, wurde aber auch in *Die Einbeziehung des Anderen* veröffentlicht, woraus die Referenzen hervorgehen.

¹³⁰ Sicherlich ist solche universalistische Orientierung des normativen Projekts von Habermas in Bezug auf die universalpragmatischen Bedingungen der kommunikativen Vernunft zu begründen (vgl. Habermas: 1988, 178-179).

des kantischen Vorschlags für den Aufbau einer kosmopolitischen politisch-juristischen Ordnung prüft, die in der Lage ist, das Ideal eines dauerhaften Friedens zu schaffen.¹³¹ Habermas betont Kants Interesse, an ein Weltbürgerrecht zu denken, d.h. ein Recht, das sich nicht darauf beschränkt, die Beziehungen zwischen souveränen Staaten zu regeln – wie es das klassische Völkerrecht tat –, sondern darauf abzielt, eine weltbürgerliche Vereinigung auf der Grundlage der Menschenrechte zu gründen und damit dem „Naturzustand zwischen bellizistischen Staaten“ (Habermas: 1996, 195) ein Ende zu setzen (vgl. Habermas: 1996, 192, 195). Allerdings ist Habermas der Ansicht, dass der kantische Vorschlag zur Institutionalisierung dieses Weltbürgerrechts in der juristischen Form von einer Föderation von Staaten, in der sie ihre Souveränität intakt halten und nur sie als Subjekte des Rechts anerkannt werden, widersprüchlich ist. Denn eine solche Föderation sieht, über die moralische Verpflichtung der Staaten hinaus, keine Form der rechtlichen Verpflichtung vor, die sie dazu verpflichten könnte, bei ihren Entscheidungen das Überleben der weltbürgerlichen Vereinigung zu privilegieren (vgl. Habermas: 1996, 196-197). Habermas' Vorschlag in dieser Phase besteht also darin, das Weltbürgerrecht durch die Ausweitung des Demokratiemodells der Nationalstaaten auf die kosmopolitische Ordnung zu institutionalisieren, was konkret bedeutete, eine Reform der Vereinten Nationen durchzuführen, die diese zu einer „kosmopolitischen Demokratie“ machen würde (vgl. Habermas: 1996, 218). Auf der Grundlage dieses Vorschlags blickt Habermas vielmehr optimistisch auf die Verwirklichung eines wahren kosmopolitischen Rechts, bei dem die Rechtssubjekte wirklich die Weltbürger sind:

„Die Pointe des Weltbürgerrechts besteht vielmehr darin, daß es über die Köpfe der kollektiven Völkerrechtssubjekte hinweg auf die Stellung der individuellen Rechtssubjekte durchgreift und für diese eine nicht-mediatisierte Mitgliedschaft in der Assoziation freier und gleicher Weltbürger begründet“ (Habermas: 1996, 210-211).

Habermas weist jedoch bald darauf hin, dass das Ideal einer kosmopolitischen Demokratie große Schwierigkeiten hat, sich zu verwirklichen. In einer zweiten Phase seiner Überlegung über das globale juristische Szenario stellt der deutsche Denker fest, dass in der heutigen Welt die Voraussetzungen für die Einführung eines demokratischen Verfahrens der politischen Legitimation nach dem, in den Nationalstaaten verfügbaren Modell nicht gegeben sind (vgl. Ha-

¹³¹ Siehe: Kant, Immanuel (1964), *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* [1795] (Werke in sechs Bänden, Band VI), Frankfurt am Main, 195-251.

bermas: 1998, 151, 159). Dies liegt vor allem daran, dass, so Habermas in *Die postnationale Konstellation*, das Merkmal einer demokratischen nationalstaatlichen Gemeinschaft darin besteht, sich in einer bestimmten kollektiven Identität zu verwurzeln und damit – im Lichte der dieser Identität zugrunde liegenden Geschichte und Lebensweis – die universalistischen Prinzipien umzusetzen, die sie aufrechterhalten. Dies ist jedoch nicht der Fall bei einem postnationalen Gemeinwesen, da seine Gemeinschaft von Weltbürgern durch eine „vollständige Inklusion“ gekennzeichnet ist, d.h. sie kennt keine Grenze zwischen Innen und Außen, die es ihr erlaubt, sich zu differenzieren, und kann daher nicht das für den Aufbau eines demokratischen Gemeinwesens erforderliche „ethischpolitische Selbstverständnis“ erreichen (vgl. Habermas: 1998, 161-162).

Habermas schlägt daher in dieser Phase seines Denkens eine Form kosmopolitischer Institutionalität vor, die sich von der Forderung einer strikten demokratischen Legitimität löst und die er als Netzwerk von „internationalen Verhandlungssystemen“ bezeichnet. Nach diesem Vorschlag ist es die Aufgabe der internationalen nicht-staatlichen Organisationsformen, globale Verhandlungssysteme zu gestalten, die in der Lage sind, innerstaatliche politische Prozesse zu vernetzen und daraus allgemeine Interessen in die Weltorganisation einzuführen. Die Legitimität der Entscheidungsverfahren, die diese Verhandlungssysteme unterstützen, wird nicht mehr in erster Linie durch die demokratische Partizipation und Willensäußerung erlangt, „sondern aus der allgemeinen Zugänglichkeit eines deliberativen Prozesses, dessen Beschaffenheit die Erwartung auf rational akzeptable Ergebnisse begründet“ (Habermas: 1998, 166). Nach Habermas kann nur so „eine Weltinnenpolitik ohne Weltregierung“, mindestens eine Zukunftsperspektive haben (vgl. Habermas: 1998, 164-166).

Nach Bohman gibt es schließlich eine dritte Phase in Habermas' Überlegungen zu Recht und Weltpolitik, die sich durch die Entwicklung des Vorschlags einer „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ auszeichnet. In seinen Aufsätzen zu diesem Thema¹³² kehrt der deutsche Denker ab 2004 zum kantischen Projekt einer kosmopolitischen Ordnung zurück, bewertet aber diesmal den Widerstand Kants gegen die Möglichkeit einer Weltrepublik positiv, der ihn zur Wahl einer Föderation geführt hatte. Was Habermas nun mit Blick auf die Er-

¹³² Besonders hervorzuheben: „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“, enthalten in *Der gespaltene Westen* (2004, 113-193), und „Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?“, erschienen in *Kritische Justiz*, Nr. 38, 2005, 222-247.

eignisse zu Beginn des Jahrtausends vorschlägt, ist eine Verwirklichung des kantischen Kosmopolitismus auf der Grundlage der Einführung einer politischen Konstitution „der dezentralisierten Weltgesellschaft“ (Habermas: 2004, 134), einer Konstitution, die selbstverständlich die Aufgabe hätte, der politischen Macht Grenzen zu setzen, ohne jedoch die Existenz eines globalen Verfassungsstaats vorauszusetzen (vgl. Habermas: 2004, 132-137).

Die politische Institutionalität, die diese Konstitution der Weltgesellschaft hervorrufen würde, ist die eines „Mehrebenensystems“ (Habermas: 2004, 135): supranational, transnational und national. Nach diesem System würde auf supranationaler Ebene eine Weltorganisation die Aufgabe übernehmen, den Frieden und die Menschenrechtspolitik zu sichern, während auf transnationaler Ebene die bereits erwähnten Organisationsformen, die in der Lage sind, globale Verhandlungssysteme zu etablieren, sich mit Problemen im Zusammenhang mit einer weltweiten Innenpolitik, wie die in Bezug auf Ökonomie und Ökologie, auseinandersetzen würden. Konkret wären die Vereinten Nationen als „Gemeinschaft von »Staaten und Bürgern«“ (Habermas: 2004, 133) und ihre Organe, wie die internationalen Tribunale, aufgefordert, die supranationale Organisation zu verkörpern, wozu die Erfüllung der Ziele ihrer „Charta“ optimiert werden müsste. Nach Habermas würde die transnationale Ebene durch global relevante kollektive Akteure, z.B. kontinentale Staatenverbände wie die Europäische Union, vertreten sein, sofern sie bereit sind, Kompromisse zwischen der Pluralität der Nationalstaaten zu koordinieren und zu empfehlen (vgl. Habermas: 2004, 133-136). Sicherlich bilden Staaten die Basisebene des gesamten Systems, da „sie nach wie vor die wichtigsten, letztlich entscheidenden Akteure“ (Habermas: 2004, 175) sind und weil sie aufgrund ihrer demokratischen Verfahren zur Meinungs- und Willensbildung die transnationale und supranationale Ebene unterstützen und damit der globalen Verfassungsordnung Legitimität verleihen (vgl. Habermas: 2004, 139-140).

Es ist nun klar, dass, wie Bohman feststellt, in der von Habermas vorgeschlagenen globalen Institutionalität „die Last der Legitimation arbeitsteilig über dieses gesamte System verteilt ist“ (Bohman: 2015, 296). In diesem Sinne weist Habermas in Bezug auf die supranationale Ebene darauf hin, dass die Legitimation nicht durch demokratische Verfahren entsteht, da diese „allein in Verfassungsstaaten [...] voll institutionalisiert werden können“ (Habermas: 2004, 140). Auf der supranationalen Ebene verweist die Forderung nach Legi-

timisation genau auf das Recht und distanziert sich daher von der Politik, da die Politik eine organisiertere Bürgerbeteiligung verlangt (vgl. Habermas: 2004, 173), während das supranationale Recht, so Habermas in *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, der „eigensinnigen“ Logik der Entwicklung der Menschenrechte folgt:

„Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass die Legitimationsfrage für die supranationale Ebene anders beantwortet werden muss [...]. Soweit das Völkerrecht der eigensinnigen Logik der Entfaltung und Explikation von Menschenrechten folgt und die internationale Politik sich an dieser Entwicklung zunehmend orientiert, fallen auf supranationaler Ebene Aufgaben von eher juristischer als politischer Natur an. Das würde erst recht in einer politisch verfassten Weltgesellschaft so sein“ (Habermas: 2005, 241).

Habermas betont andererseits die Rolle, die ebenso eine globale bürgerliche Öffentlichkeit bei der Legitimation der supranationalen Organisation spielen kann, wie sie durch die Medien, Nichtregierungsorganisationen sowie soziale und politische Bewegungen ermöglicht wird. In der globalen Öffentlichkeit, so der deutsche Denker, entstehen die eindeutigen „negative[n] Pflichten einer universalistischen Gerechtigkeitsmoral – die Pflicht zur Unterlassung von Angriffskriegen und von Menschheitsverbrechen –“ (Habermas: 2004, 142), d.h. die moralischen Überzeugungen, die über die Ethik jeder Kultur hinaus zu einer Form kosmopolitischer Solidarität bewegen und damit den Entscheidungen der Staatengemeinschaft eine „hinreichende Legitimation“ (Habermas: 2004, 141) verleihen. Habermas ist sich nun bewusst, dass diese Öffentlichkeit, ohne rechtlich institutionalisierte Verfahren, eine fragile Grundlage für Entscheidungen ist, die auf postnationaler Ebene verhandelt werden und die „über den klassischen Aufgabenkatalog von Sicherheit, Recht und Freiheit hinausreichen“ (Habermas: 2005, 242). In diesem Sinne wird Habermas von einem Legitimationsdefizit im weltweiten Regieren sprechen und auf die Herausforderung hinweisen, die dies für das zeitgenössische politische Denken darstellt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im Rechtsbereich diese drei Reflexionsphasen über die globale Projektion des Rechts das Bestreben von Habermas widerspiegeln, die klassische Konzeption des Völkerrechts zu erneuern. Eine solche Erneuerung implizierte eine Annäherung an das kantische Ideal eines Weltbürgerrechts, das sowohl für die Staaten als auch für den Weltbürger verbindlich ist; dies versuchte Habermas mit der Konstitutionalisierung des Völkerrechts zu operationalisieren (vgl. Cohen: 2015, 87).

4. Boaventura de Sousa Santos und die postmoderne Kritik am modernen Recht

Boaventura de Sousa Santos (Coimbra, Portugal, 1940), einer der einflussreichsten zeitgenössischen Sozialwissenschaftler in Lateinamerika, hat seine intellektuelle Arbeit der Rechtswissenschaft und der Rechtssoziologie gewidmet – Fachgebieten, die er durch die Lehre und zahlreiche Forschungsprojekte sowohl im theoretischen als auch im empirischen Bereich vertreten hat.¹³³ Im Laufe seiner wissenschaftlichen Tätigkeit ist es Santos aber auch gelungen, auf andere Disziplinen der Sozialforschung einzugehen. Daher beschäftigt er sich mit verschiedenen Phänomenen, die für das gesellschaftliche Leben als Ganzes ebenfalls relevant sind, wie die wissenschaftliche Erkenntnis, die Wirtschaftsförderung, die Interkulturalität, die Globalisierung, die soziale Bewegungen oder die Rolle der Universität in der globalisierten Welt (vgl. Aguiló: 2013, 27). Santos' Kenntnis von sozialen Phänomenen wird durch zwei zentrale Merkmale seiner wissenschaftlichen Arbeitsweise bestimmt: Die Bereitschaft, in verschiedenen Ländern der Welt, vor allem in der südlichen Hemisphäre des Planeten (Kap Verde, Mosambik, Angola, Brasilien, Kolumbien, Portugal und China), empirische Forschung zu betreiben; hinzu kommt der Kontakt zu verschiedenen humanistischen und sozialen Fachgebieten wie Philosophie, Literaturkritik, Politikwissenschaft, Anthropologie und Religionswissenschaft (vgl. Tamayo: 2011, 42-44). Freilich hat Santos durch das Bevorzugen von erfahrungsmäßiger und interdisziplinärer Arbeit in seiner intellektuellen Tätigkeit ein eigenes Bewusstsein für die Komplexität der sozialen Erfahrung in zeitgenössischen Gesellschaften entwickelt.¹³⁴

¹³³ Die Hauptstandorte seiner wissenschaftlichen Arbeit sind die Universität Coimbra und die Universität Wisconsin-Madison.

¹³⁴ In diesem Sinne ist unter den vielen Forschungsprojekten das Projekt „ALICE: Strange Mirrors, Unsuspected Lessons. Leading Europe to a new way of sharing the world experiences“ hervorzuheben, das von Santos mit Mitteln des European Research Council (ERC) geleitet wurde. Das Ziel von ALICE ist es, die für die südliche Hemisphäre des Planeten eigenen Lern-

Auf der methodisch-epistemologischen Ebene besitzt Santos' Blick auf das gesellschaftliche Leben als Ganzes ein wesentliches Merkmal: eine kritische Ausrichtung. Praktisch seit seinen ersten akademischen Arbeiten hat Santos versucht, die epistemologischen, ideologischen, wirtschaftlichen und politischen Strukturen zu erforschen, die den sozialen Institutionen und Praktiken zugrunde liegen, das Ganze mit der Idee, zu einem wirklich emanzipatorischen sozialen Handeln beizutragen. In diesem Sinne wundert es nicht, dass seine analytische Fähigkeit in verschiedenen Teilen der Welt gefragt war, um soziale Phänomene zu untersuchen, die von Unterdrückung geprägt sind – wie seine Beiträge zur Reflexion über das Funktionieren des Rechts in Ländern wie Portugal, Angola und Brasilien zeigen –, vor allem aber auf Grund seiner Teilnahme als Ideologe und Förderer am Weltsozialforum. Durch diesen Gipfel, der von verschiedenen sozialen Bewegungen einberufen wird, die der Globalisierung und dem Kapitalismus kritisch gegenüberstehen, konnte Santos' Denkweise einen wichtigen Einfluss auf die theoretische Position und soziale Praxis zahlreicher, im Wesentlichen nichtstaatlicher Organisationen aus verschiedenen Regionen der Welt ausüben.¹³⁵

In diesem Zusammenhang sollte man sich über das Verständnis, das der portugiesische Denker über seine eigene Rolle als Intellektueller in der zeitgenössischen gesellschaftspolitischen Szene hat, bewusst werden. Zu diesem Zweck ist zu berücksichtigen, dass nach Santos seiner intellektuellen Arbeit zwei persönliche Entscheidungen zugrunde liegen: Erstens sein Widerstand gegen die sozialen Prozesse, die zu einem von Exklusion und Beherrschung geprägten Weltszenario geführt haben, und zweitens seine Option, die emanzipatorischen Prozesse, die er im Handeln zeitgenössischer sozialer Bewegungen identifiziert, als neue Prozesse anzusprechen, obwohl sie aus einer anderen Sichtweise auch als Erweiterungen vorheriger sozialer Prozesse betrachtet werden können. Als Folge haben diese Entscheidungen die Notwendigkeit aufgezeigt, nach neuen konzeptuellen und analytischen Rahmen zu suchen, um die Natur der laufenden Prozesse zu bestimmen. Santos weist aber darauf hin, dass diese Ressourcen

methoden zu untersuchen und Initiativen sozialer Innovation in Bezug auf vier Themen zu identifizieren: Verschiedene Formen der Demokratie, die Neugründung des Staates, verschiedene Formen der Wirtschaft und verschiedene Vorstellungen von der Menschenwürde. Projekt-Website: <<http://alice.ces.uc.pt/>> (21-05-19).

¹³⁵ Für weitere Information über die Bedeutung, die Santos diesem Forum bei der Förderung emanzipatorischen Handelns im globalen politischen Leben beimisst, siehe: Santos, Boaventura de Sousa (2004), *The world social forum. A user's manual*. Online im Internet: <https://www.ces.uc.pt/bss/documentos/fsm_eng.pdf/> (21-05-19).

nur während der Entwicklung der infrage kommenden Prozesse erfasst werden können, und deshalb sei es notwendig, dass der Theoretiker hinter ihnen steht, um ihre Entwicklung zu untersuchen, ohne zu versuchen, ihrem historischen Fortschritt zuvorzukommen (vgl. Santos: 2010b, 19-20). Santos definiert seinen Beruf also als den eines „Nachhutsintellektuellen“ („*intelectual de retaguardia*“; Perren: 2014, 78), d.h. eines Intellektuellen, der in der Lage ist, die Konstruktion der sozialen Prozesse, die in der Welt ausgetragen werden, zu begleiten, von ihnen zu lernen und aus ihnen vorläufige Konzeptualisierungen erarbeiten, die erst im Laufe der Zeit konsolidiert werden können. Dies stehe im Gegensatz zu den Intellektuellen „der Avantgarde“, die versuchen, die soziale Praxis zu beleuchten, indem sie Theorien anbieten, die sicherlich kohärent sind, aber am Rande dessen, was in der Realität geschieht, erarbeitet werden (vgl. Santos: 2010b, 128). Seine Arbeit ist, behauptet Santos, eher die eines „involvierten Zeugen“ als die eines hellseherischen Führers (vgl. Santos: 2010b, 34). So schreibt die Rechtswissenschaftlerin Raquel Yrigoyen in ihrer Einleitung zur peruanischen Ausgabe von *Refundación del Estado en América Latina* (dt. Neugründung des Staates in Lateinamerika) über Santos:

„Seine Nähe und Komplizenschaft mit den Veränderungen auf unseren Kontinenten distanziert ihn vom Bild des »reinen« Akademikers, der versucht sein »Studienobjekt« nicht zu verunreinigen oder sich selbst damit zu verunreinigen, wie es die Sozialwissenschaften einst förderten. Vielmehr ist er durch seine Theorie und sein Handeln ein engagierter Forscher, der mit den Subjekten spricht und mit denen er Hoffnungen und wandelnde Bemühungen teilt [...]“ (Santos: 2010b, 11).

Als Folge von Santos' Wertschätzung der empirischen Forschung und seiner Option zugunsten einer kritischen Reflexion, die auf der Grundlage der gegenwärtigen sozialen Prozesse erstellt wird, ist seine umfangreiche intellektuelle Produktion von einem permanenten Dialog zwischen Praxis und Theorie, zwischen Erfahrung und Denken geprägt. Das beweist nicht nur sein Hauptwerk *Toward a New Common Sense*,¹³⁶ sondern auch Werke wie *Sociología jurídica crítica* (dt. Kritische Rechtssoziologie)¹³⁷, und *Descolonizar el saber, reinventar*

¹³⁶ Santos: 1995. Es gibt eine zweite englische Ausgabe, die neue Überlegungen über das Recht enthält (Santos: 2002). Die Originalversion wurde im Jahr 2000 ins Portugiesische übersetzt als *A crítica da razão indolente* (dt. Kritik der teilnahmslosen Vernunft), und danach auch ins Spanische als *Crítica de la razón indolente* (Santos: 2003). In diesen Übersetzungen wurde der Text von Santos überarbeitet. Es ist keine Übersetzung dieses oder eines anderen vollständigen Werkes von Santos in die deutsche Sprache bekannt.

¹³⁷ Santos: 2009. Ein Text, der einige von Santos eingeführten Arbeiten über das Recht in den beiden englischen Ausgaben von *Toward a New Common Sense* enthält, die aber nicht in der spanischen Version dieses Werkes enthalten sind.

el poder (dt. Dekolonisierung des Wissens, Neuerfindung der Macht),¹³⁸ wo Santos von der Verbindung zwischen Information aus der gesellschaftlichen Praxis und theoretischer Spekulation her argumentiert. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich der portugiesische Denker in dieser Überlegung sowohl auf grundlegende Theoretiker der sozialwissenschaftlichen Tradition als auch auf die an der geschichtlichen Entwicklung zeitgenössischer Gesellschaften beteiligten Akteure – insbesondere die, die sich auf der Südhalbkugel des Planeten befinden – bezieht, die in den verschiedenen Foren, an denen Santos selbst teilnimmt, ihre eigenen Erfahrungen sowie ihre Initiativen für mehr Emanzipation und soziale Integration einbringen (vgl. Santos: 2010b, 31).

Wenn es nun ein Studienobjekt gibt, bei dem Santos diese Form der Sozialforschung intensiv eingesetzt hat, dann ist es das Recht. Seine ersten akademischen Arbeiten (1963-1969), aber auch die meisten seiner nachfolgenden empirischen Forschungen in verschiedenen Teilen der Welt, widmen sich dem Recht, insbesondere dem Strafrecht;¹³⁹ und sicherlich macht *Toward a New Common Sense* Recht sowie Wissenschaft und Politik zum Ziel seiner wichtigsten kritischen Beobachtungen.¹⁴⁰ Darüber hinaus sind *Sociología jurídica crítica* und später *As bifurcações da ordem* (dt. Die Abzweigungen der Ordnung)¹⁴¹ Werke, in denen Santos seine soziologischen Untersuchungen über das Rechtsphänomen darlegt. Im Folgenden wird also das Rechtsverständnis Santos dargestellt, als Gegenstück zu der oben beschriebenen Positionierung des modernen Rechts von Habermas – und das, obwohl beide theoretischen Ansätze, wie vorher gesagt, innerhalb der kritischen Tradition liegen. Bei der Einführung dieser Darstellung ist es von Bedeutung darauf hinzuweisen, dass die am deutlichsten reflexiven Werke von Santos (*Toward a New Common Sense; Descolonizar el saber, reinventar el poder; Epistemologies of the South*), im Gegensatz zu seinen sozialwissenschaftlichen Werken, durch ihre geringe Systematik gekennzeichnet sind, ebenso wie dadurch, dass sie einige seiner Wertschätzungen sehr allgemein begründen oder auf allegorische Ausdrücke zurückgreifen. Daher

¹³⁸ Santos: 2010a.

¹³⁹ Unter diesen sticht seine Forschung über nicht normierten Rechtspraktiken der Konfliktprävention und -lösung in einer Favela in Rio de Janeiro (mit dem fiktiven Namen „Pasargada“) hervor, wo er die Methode „Teilnehmende Beobachtung“ anwendet. Siehe: „The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada“, in: Santos: 1995, 124-249.

¹⁴⁰ Hauptsächlich in den Kapiteln II und VI der Originalausgabe.

¹⁴¹ *Las bifurcaciones del orden*, auf Spanisch (Santos: 2018) – diejenige Version, zu der die Verweise auf das Werk in dieser Arbeit gehören.

erfordert die Überprüfung dieser Passagen einen zusätzlichen Interpretationsaufwand.

4.1 Die theoretischen Voraussetzungen des rechtlichen Denkens von Santos

Bevor Santos' Charakterisierung der Entwicklung des modernen Rechts näher erläutert wird, ist es wichtig, zwei zentrale Thesen in seinem gesamten Werk zu berücksichtigen, die folglich im Hintergrund seiner Rechtstheorie stehen: Die Notwendigkeit für zeitgenössische Gesellschaften, eine postmoderne kritische Theorie aufzustellen, und die Unumgänglichkeit für die Sozialwissenschaften, eine pluralistische Epistemologie zu entwickeln. Lassen Sie uns sehen, worauf sich beide beziehen.

4.1.1 Die Suche nach einer postmodernen kritischen Theorie

Santos' Werk wird von der Suche nach der Erneuerung der kritischen Tradition im sozialen Denken durchzogen – einer Suche, die ihn dazu bringt, die Überwindung einiger der analytischen Kategorien dieser Tradition auf einer neuen erkenntnistheoretischen Grundlage vorzuschlagen. Der portugiesische Denker verleiht diesem Vorhaben eine normative Nuance, wenn man sein Engagement für die soziale Emanzipation und seine Skepsis gegenüber der zeitgenössischen sozialen Realität bedenkt.

Santos stellt *Crítica de la razón indolente (Toward a New Common Sense)*¹⁴² dadurch vor, dass er zeigt, was er unter kritischer Theorie versteht, nämlich eine „jede Theorie, die die ‚Realität‘ nicht auf das Existierende reduziert“ (Santos: 2003, 23).¹⁴³ Das heißt, es ist eine Art Reflexion, die von der Annahme ausgeht, dass das Existierende nicht die Realität als Ganzes verkörpert und dass diese Alternativen enthält, die es ermöglichen, das zu überwinden, was in ihr kritisierbar ist. Die Aufgabe der kritischen Theorie besteht somit für Santos nicht nur darin, das Existierende zu bewerten, sondern vor allem darin, die Natur aller möglichen Alternativen zum empirischen Geschehen zu definieren.

¹⁴² In diesem Abschnitt beziehen wir uns auf die spanische Version des Werkes.

¹⁴³ Die Bedeutung, die Santos hier dem Wort „Realität“ (*realidade*, auf Portugiesisch) gibt, scheint jedoch näher an der deutschen „Wirklichkeit“ zu sein, in dem Sinne, den Hegel diesem Wort gibt. Nämlich als das, was real ist, das aber durch die Einbeziehung der Forderung nach Vernünftigkeit über die Grenzen der bloßen empirischen Existenz hinausgeht. In diesem Zusammenhang ist Hegels berühmter Satz in der Vorrede in *Grundlinien der Philosophie des Rechts*: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“ (Hegel: 1970, 24) zu berücksichtigen.

Nun warnt Santos bei der Kennzeichnung dieser Art kritischer Tätigkeit vor der Schwierigkeit des zeitgenössischen sozialwissenschaftlichen Denkens, diese Kritik zufriedenstellend auszuführen; daher eröffnet er die Entwicklung seines Hauptwerks mit der folgenden Frage: „wir leben zu Beginn des Jahrtausends in einer Welt, in der es so viel zu kritisieren gibt, warum ist es so schwierig geworden, eine kritische Theorie zu erstellen?“ (Santos: ebd.).

Santos stellt fest, dass wenn wir uns die grundlegenden modernen Ideale von Freiheit und Gleichheit¹⁴⁴ vor Augen halten, die zeitgeschichtliche Realität für die Menschheit sicherlich bei weitem nicht zufriedenstellend ist. Die Begründung, die der portugiesische Denker für diesen unbefriedigenden Zustand der sozialen Realität darlegt, basiert auf den von ihm gewählten faktischen Daten. So hebt Santos in Bezug auf „das Versprechen von Freiheit“ in *Crítica de la razón indolente* die Unterdrückung hervor, die zum Zeitpunkt des Übergangs zum dritten Jahrtausend – als er das Werk veröffentlichte – für Millionen von Menschen die wiederholten Verletzungen ihrer Grundrechte in formal demokratischen Ländern wie Indien und Brasilien bedeutete – Verletzungen, die natürlich vielfältige Erscheinungsformen wie Kinderarbeit, Polizeigewalt, sexuelle Gewalt, Rassendiskriminierung, ethnische Säuberung und religiöse Gewalt annehmen (vgl. Santos: 2003, 24). Ebenso wurde das moderne „Versprechen von Gleichheit“ im wirtschaftlichen Bereich durch die große Differenz zwischen entwickelten und nicht entwickelten kapitalistischen Ländern widerlegt, zum Beispiel in Bezug auf die Kontrolle der weltweiten Produktion von Gütern und Dienstleistungen oder den Verbrauch der gesamten erzeugten Energie. Das führte natürlich zu Ungleichheit bei der Erfüllung der Grundbedürfnisse der Weltbevölkerung, einschließlich der Bildung (vgl. Santos: 2003, 23-24). Diese Nichteinhaltung des modernen Versprechens von Freiheit und Gleichheit sowie andere Probleme zeitgenössischer Gesellschaften – wie die Nichterfüllung des Ideals eines dauerhaften Friedens und die unheilvollen Folgen für unzählige Lebensformen aufgrund des modernen Bestrebens, die Natur zu beherrschen – stellen für Santos ausreichende Gründe dar, die Notwendigkeit einer kritischen Theorie zu unterstreichen, d.h. die Notwendigkeit einer Reflexion, die Alternati-

¹⁴⁴ Wir verfügen über keine Begründung von Santos für den modernen Charakter dieser Ideale, aber es ist leicht vorstellbar, dass er mit Habermas darin übereinstimmt, sie mit der europäischen Aufklärung zu identifizieren (siehe: Aguiló: 2008, 6). Im Fall der wirtschaftlichen Freiheit identifiziert Santos freilich die Ausbildung dieses Ideals mit der Entstehung des Bürgertums in der frühen Neuzeit (vgl. Santos: 1995, 58).

ven der Kategorien evaluiert, die die existierende soziale Realität bestimmen (vgl. Santos: 2003, 24-25).

Nun stellt Santos seine Vision des kritischen Denkens als Beitrag zu einer Erneuerung vor: In Bezug auf welche Form von Sozialkritik schlägt er eine solche Erneuerung vor? Er nennt sie „moderne kritische Theorie“.

4.1.1.1 Die moderne kritische Theorie

Freilich wurde das Projekt einer transformierenden kritischen Theorie bereits im sozialwissenschaftlichen Denken der letzten Jahrhunderte angegangen, konkret durch die kritische Tradition, die Marx mit den Intellektuellen der Frankfurter Schule verbindet – einer Tradition, der Santos viel verdankt. Der portugiesische Denker erinnert daran, dass für Horkheimer die kritische Analyse der Kategorien, die das soziale Leben bestimmen, in sich selbst die Verurteilung dieser Kategorien enthielt, solange sie nicht auf emanzipatorische Ziele reagierten.¹⁴⁵ Das beweist das Ideal der sozialen Transformation, das die kritische Theorie der Frankfurter Schule von Marx übernahm. Der Marxismus war, betont Santos in diesem Sinne, die wichtigste theoretische Grundlage der kritischen Soziologie und der Sozialkritik als Ganzes im 20. Jahrhundert. Nun aber stellt Santos fest, dass sich angesichts der gesellschaftlichen Probleme zu Beginn des dritten Jahrtausends das theoretische Instrumentarium dieser kritischen Tradition als eher unbefriedigend erwies, weshalb eine Erneuerung erforderlich ist (vgl. Santos: 2003, 25-26).

Ein wichtiger Faktor für diese mangelnde Passung ist, so Santos, der Verlust an kritischer Kraft, den Ende des 20. Jahrhunderts ein großer Teil der zentralen Begriffe der kritischen Tradition (Gesellschaftliche Klasse, Entfremdung, Dependenz, Rassismus, Befreiung etc.) erfuhr. Dies sei geschehen, weil diese Begriffe ihre Zentralität in der sozialen Forschung verloren oder angesichts des Auftretens neuer Analyseelemente extrem nuanciert wurden. Nun ist für Santos dieses Phänomen mit der Forderung innerhalb der Soziologie verknüpft, die kritische Soziologie selbst zu kritisieren. In diesem Zusammenhang erklärt der portugiesische Denker, dass sich die positivistische Soziologie, die von dem Ideal einer größeren methodischen Genauigkeit und der Forderung nach sozialem

¹⁴⁵ An dieser Stelle bezieht sich Santos auf den folgenden Satz von Horkheimers Aufsatz *Traditionelle und kritische Theorie* (1937): “[...] die kritische Anerkennung der das gesellschaftliche Leben beherrschenden Kategorien enthält zugleich seine Verurteilung“ (Horkheimer: 1968, 157).

Nutzen getrieben wird, auf die Analyse des Existierenden konzentrierte und sich damit von der Suche nach Alternativen zu diesem real Existierenden distanzier- te; und dass die antipositivistische Soziologie ihrerseits – unter der Annahme, dass, da kein privilegierter Standpunkt vorhanden ist, keine normative Präfe- renz auferlegt werden kann – die Forderung nach einer normativen Positionie- rung angesichts der Entwicklung sozialer Phänomene ablehnte (vgl. Santos: ebd.). Auf diese Weise ist, bekräftigt Santos, die Frage, die die kritische Soziolo- gie charakterisiert hatte, nämlich „auf welcher Seite stehen wir?“, „für einige zu einer illegitimen Frage geworden, für andere zu einer irrelevanten Frage und für den Rest zu einer Frage ohne Antwort“ (Santos: 2003, 26).

Die anderen Gründe für die Unzufriedenheit mit der kritischen Tradition sind auf einige ihrer eigenen theoretischen Voraussetzungen zurückzuführen, da diese, so Santos, nicht mehr der Basis des zeitgenössischen sozialen Denkens entsprechen. Dabei handelt es sich um Voraussetzungen wie: eine totalisierende Auffassung der Gesellschaft, die ökonomistische Orientierung der Idee sozialer Transformation und die Gleichsetzung von Entwicklung und Industrialisierung. Die erste dieser Voraussetzungen ist die, bei Horkheimer und im Marxismus im Allgemeinen recht präsen- te Auffassung der Gesellschaft als Gesamtheit, der nur gleichermaßen totale Alternativen sozialer Theoretisierung angeboten werden könnten. Die Wurzel dieser Auffassung findet Santos in der totalisierenden Form der, von der modernen Wissenschaft geförderten Erkenntnis - also jene Form der Totalisierung, die Michel Foucault in den disziplinären und normali- sierenden Praktiken wichtiger sozialer Institutionen der westlichen Moderne (im Wesentlichen Gefängnis und Schule) behandelte,¹⁴⁶ aber die auch die Sozi- altheorie selbst erreichte. Santos betont, dass sich jedoch im sozialen Denken der jüngster Zeit eher eine „Hermeneutik des Verdachts“¹⁴⁷ angesichts jeder universalisierenden oder totalisierenden Auffassung von sozialen Realität etab- liert hat, als Folge seines klaren Bewusstseins für die kulturelle Vielfalt, die die zeitgenössischen Gesellschaften auszeichnet (vgl. Santos: 2003, 26-27).¹⁴⁸

¹⁴⁶ Santos bezieht sich hier auf die Forschungen von Foucault, die hauptsächlich im Folgenden zu finden sind: *Surveiller et Punir. Naissance de la Prison* (Paris, 1975).

¹⁴⁷ Durch diesen Ausdruck nimmt Santos Bezug auf das Denken von Paul Ricoeur. Siehe: Ricoeur, Paul (1969), *Le Conflit des interpretations*, Paris, 67, 148-153.

¹⁴⁸ In dieser Wertschätzung von Santos ist es schwierig, nicht eine Verbindung mit der Position von Jean-François Lyotard in Bezug auf die Moderne wahrzunehmen. Für den französischen Denker wird die Moderne durch die Entstehung von totalisierenden Theorien zur Erklärung der Realität gekennzeichnet, also von „Metaerzählungen“, die sich jedoch legitimieren, indem sie sich nur auf sich selbst beziehen. Diese Metaerzählungen, so Lyotard, hätten mit der Ankunft

Die zweite Voraussetzung der kritischen Tradition, auf die sich Santos bezieht, ist die Reduktion der Idee der sozialen Transformation auf die als unvermeidlich eingeschätzte Ankunft einer sozialistischen Zukunft. Für den Marxismus war das einzige Prinzip der sozialen Transformation, so Santos, die Überwindung der kapitalistischen Gesellschaft und die daraus folgende Einführung des Sozialismus, alles aufgrund der Entwicklung von Produktivkräften und des Klassenkampfes. Für das gegenwärtige Denken gibt es jedoch kein einziges Prinzip der sozialen Transformation, da man sich bewusst ist, dass es neben dem Kapitalismus auch andere Formen der Herrschaft gibt (z.B. die patriarchalische Herrschaft) und dass daher verschiedene Formen des Widerstands und der sozialen Emanzipation entstehen können (vgl. Santos: 2003, 27-28).

Santos identifiziert dann eine dritte Voraussetzung in der kritischen Tradition, die in Wirklichkeit mehr eine „harte“ Form des Marxismus – wie jene, die einige sozialistische Bewegungen in Lateinamerika zu etablieren versuchten – zu betreffen scheint als die Kritische Theorie, die die Frankfurter Schule in Europa vorantrieb: die Überzeugung, dass die Industrialisierung zwangsläufig zu sozialer Entwicklung führen würde. Santos erklärt jedoch, dass eine solche Voraussetzung sowohl von der kritischen Tradition oder der „modernen kritischen Theorie“ als auch von der konventionellen Soziologie geteilt wird:

„[...] beide soziologischen Traditionen hatten die gleiche Auffassung von der Beziehung zwischen Natur und Gesellschaft, und beide definierten die Industrialisierung als die Hebamme der Entwicklung. Es ist daher nicht erstaunlich, dass die Krise der modernen kritischen Theorie in diesem Bereich weitgehend mit der Krise der Soziologie im Allgemeinen verwechselt wird“ (Santos: 2003, 28).

Nun aber wurde, so Santos, dieses moderne Verständnis von Industrialisierung als „Hebamme der Entwicklung“ in jüngster Zeit durch zwei grundlegende Feststellungen in Frage gestellt: die praktische Undurchführbarkeit einer Entwicklung auf der Grundlage einer Industrialisierung, die wiederum auf der Zerstörung der Natur beruht; und die Unzufriedenheit mit der Entwicklungsvorstellung, die dem Industrialisierungsprojekt zugrunde liegt, da das heutige soziale Bewusstsein im Gegensatz dazu von der Überzeugung ausgeht, dass es nicht so sehr das Wachstum des Reichtums ist, das das Wohlergehen der Völker sicherstellt, sondern seine gerechte Verteilung (vgl. Santos: 2003, 28-29).

Nach Santos hat die Identifizierung dieser Inkonsistenzen im theoretischen Rahmen der kritischen Tradition durch das gegenwärtige Denken jedoch

nicht zur Entstehung einer erneuerten kritischen Theorie geführt, die in der Lage ist, die Probleme der Gesellschaften zu Beginn des dritten Jahrtausends anzugehen. Und das liege letztlich daran, dass die kritische Theorie – trotz ihrer Widerstände – mit der modernen Vernunft eng verbunden bleibe, was ihre Bezeichnung als „modern“ rechtfertige. Von ihrer Vorliebe für die wissenschaftliche Erkenntnis angetrieben, widmete sich die moderne Vernunft der Suche nach Ordnung und Kontrolle, d.h. der Regulierung, und setzte sich nicht mehr für die Förderung der sozialen Emanzipation ein (vgl. Santos: 2003, 30-31).¹⁴⁹ Für Santos wurde diese Dynamik in der epistemologischen Basis der kritischen Tradition insofern übernommen, als sie, ohne zu wissen, wie sie sich von der durch das wissenschaftliche Wissen ausgeübten Herrschaft zu distanzieren hat – obwohl hier präzisiert werden muss, dass diese Herrschaft eindeutig Gegenstand der Infragestellung der Frankfurter Kritischen Theorie war –, sich schließlich in ihrem theoretischen Instrumentarium die gleiche Vorliebe für Ordnung und Kontrolle, kurz für Regulierung, der modernen Vernunft fortführte und so ihre Bereitschaft für soziale Transformation einschränkte (vgl. Santos: 2003, 86-90):

„Eine der Schwächen der modernen kritischen Theorie war das Versäumnis zu erkennen, dass die Vernunft, die kritisiert, nicht dieselbe Vernunft sein kann, die das was kritisierbar ist, denkt, konstruiert und legitimiert. [...] Die epistemologische Kritik der modernen Wissenschaft außer Acht lassend, wurde die kritische Theorie, obwohl sie behauptet, eine Art Emanzipationswissen zu sein, zum Regulierungswissen“ (Santos: 2003, 30-31).

Santos kommt zu dem Schluss, dass die moderne Vernunft auf diese Weise eine entscheidende Rolle in der Krise der kritischen Tradition gespielt hat; einer Krise, die sie daran hindert, emanzipatorische Alternativen einer empirischen Realität zu erkennen, die sich als problematisch und unbefriedigend erwiesen hat. Es gibt also viel zu kritisieren, aber es ergeben sich auch ernsthafte Schwierigkeiten, eine kritische Theorie aufzustellen, die diesen Umständen angemessen ist.

Diese Infragestellung der modernen Epistemologie in der kritischen Tradition führt den portugiesischen Denker so dazu, die Notwendigkeit vorzuschlagen, die zeitgenössische kritische Theorie mit postmodernen Kriterien zu überdenken. Es ist für das kritische Denken notwendig, behauptet Santos, die mo-

¹⁴⁹ Über die Polarität, die Santos zwischen Regulierung und Emanzipation herstellt, werden wir später bei seiner allgemeinen Charakterisierung der Moderne zurückkommen. Für weitere Details über den Ort der Regulierung in der modernen Wissenschaft sowie über die Kritik an diesem Verhältnis, siehe: Santos: 1995, 11-22.

derne Vorliebe für eine auf Regulierung ausgerichtete Form des Wissens („Regulierungswissen“) zu überwinden und eine auf Emanzipation ausgerichtete Form des Wissens („Emanzipationswissen“) zu fördern; eine Aufgabe, die an sich den Aufbau einer postmodernen Theorie verlangt. Im Gegensatz zu Habermas, der das Vernunftpotenzial der Moderne wertschätzt und die kommunikative Vernunft als ihren authentischsten Ausdruck postuliert, findet Santos keine Alternativen der Erneuerung für die moderne Epistemologie innerhalb der Moderne: „[...] Wir stehen vor modernen Problemen, für die es keine modernen Lösungen gibt“ (Santos: 2003, 30-31).

4.1.1.2 Bedingungen für einen „Postmodernismus der Opposition“

Santos erkennt jedoch, dass es in der zeitgenössischen Welt ein postmodernes Denken schon gibt. Es handelt sich um die von Autoren wie Jacques Derrida und Jean Baudrillard eingeführten postmodernen Theorien. Das Problem sei, dass sich diese Positionen nur auf die Feststellung der Kontingenz der modernen Strukturen der sozialen Realität und auf deren Dekonstruktion fokussieren und dadurch das Interesse verlieren, an Alternativen zu dem, was sie kritisieren, zu denken. So haben sie, behauptet der portugiesische Denker, keine andere Wahl, als das Existierende zu akzeptieren oder sogar zu loben. Das sei ein „zelebrierender Postmodernismus“. Sicherlich ist das nicht der Postmodernismus, in dem Santos seinen kritischen Vorschlag einbringen möchte. Er bekräftigt, dass sein Projekt vielmehr in einer Denkbewegung angesiedelt ist, die die Kritik an der Moderne zu einem Ausgangspunkt für die Suche nach epistemologischen und politischen Alternativen macht, die die soziale Transformation ermöglichen, d.h. am Horizont eines „Postmodernismus der Opposition“ (vgl. Santos: 2006, 17, 25).¹⁵⁰

Laut Santos ist die Form des Wissens, zu der die postmoderne kritische Theorie berufen ist, nämlich das auf Emanzipation ausgerichtete Wissen, auf einer Grundhaltung aufgebaut: die Anerkennung jedes Menschen als Subjekt und nicht nur als Objekt des Wissens, was für den portugiesischen Denker ein „Prinzip der Solidarität“ zwischen den Subjekten herstellt. Dieser epistemischen

¹⁵⁰ Weitere Einzelheiten zu dieser Unterscheidung zwischen zelebrierendem Postmodernismus und oppositionellem Postmodernismus sind zu finden unter: Santos: 2002, 12-20. Es sei darauf hingewiesen, dass Hal Foster die Begriffe *postmodernism of resistance* und *postmodernism of reaction* bereits 1983 im Vorwort seiner Sammlung von Aufsätzen über die postmoderne Kultur mit dem Titel *The Anti-Aesthetic* eingeführt hat (vgl. Foster: 1983, xii).

Solidarität steht ein „Prinzip des Kolonialismus“ gegenüber, das bewirkt, dass der Andere nicht als Subjekt wahrgenommen wird, sondern nur als Objekt – was in Wirklichkeit, so Santos, einen Zustand der Ignoranz darstellt, so dass das Wissen um den Anderen verloren geht (vgl. Santos: 2003, 30-31, 86-90). Antoni Aguiló bietet eine gute Zusammenfassung der Vorstellung von Santos' Emanzipationswissen:

„[...] innerhalb des Regulationswissens [bedeutet] »wissen« prinzipiell, eine bestimmte soziale Ordnung einzusetzen oder zu etablieren, indem es sich hierfür auf die kognitiv instrumentelle Vernunft der Moderne stützt, durch welche es fragmentiert, ordnet, klassifiziert, ausschließt und durch die sich Regularitäten herstellen [lassen], um das Sein zu erlangen, entsprechend dem Ausdruck des Descartes [...] »Herren und Besitzer der Natur« und, darüber hinaus, der bekannten Welt. In dem Emanzipationswissen werden, im Gegensatz hierzu, die menschlichen Beziehungen als ein Prozess der Herstellung intersubjektiver Solidarität begriffen, für dieses Motiv erlangt »wissen« hier die Bedeutung [von Sich-hinzu-Bewegen] auf die Anerkennung des Anderen als wertvolles Subjekt, different und gleichzeitig notwendig“ (Aguiló: 2013, 33).

Santos weist darauf hin, dass die Etablierung dieses Emanzipationswissens in der zeitgenössischen kritischen Theorie nur dann erfolgen kann, wenn es gelingt, drei Herausforderungen zu bewältigen.

Die erste Herausforderung ist der Übergang „vom Monokulturalismus zum Multikulturalismus“ (Santos: 2003, 31). Soweit das auf Emanzipation ausgerichtete Wissen die Anerkennung des Anderen als Wissensproduzent annimmt, kann es, laut Santos, nur aus einem Dialog heraus realisiert werden, der notwendig multikulturell ist. Wie Aguiló feststellt, basiert Santos' Idee des Multikulturalismus auf dem Grundsatz, dass verschiedenen Kulturen voneinander lernen können, indem sie partizipative Formen des horizontalen Dialogs sowie andere Formen der Interaktion auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung praktizieren (vgl. Aguiló: 2013, 90) – im Gegensatz zum Monokulturalismus, der sich auf eine hierarchische Sicht von Kulturen stütze, in der eine von ihnen die Hegemonie über die anderen ausübt. Sicherlich ist für einen solchen multikulturellen Dialog, gibt Santos zu, eine epistemologische Unterstützung erforderlich, eine Form der „Übersetzung“, die ein bestimmtes kulturelles Wissen für jede andere Kultur verständlich machen kann (vgl. Santos: 2003, 31-32) – eine Idee, auf die wir später zurückkommen werden (vgl. Santos: 2014, 203).

Die zweite Herausforderung, auf die Santos hinweist, nennt er den Übergang vom „heroischen Sachverstand“ zu einem „aufbauenden Wissen“ (Santos: 2003, 32). Heroischer Sachverstand ist die Tendenz der modernen Wissenschaft und der modernen kritischen Theorie, Wissen aus seinem sozialen Kon-

text zu isolieren – eine Zielsetzung, sagt Santos, die vom modernen Wissenschaftler mit heldenhaftem Sinn angenommen wird. Im Gegenteil hat das Emanzipationswissen in seiner Grundlage die „ethische Verpflichtung“, die sozialen Bedingungen und die sozialen Folgen seiner Produktion zu übernehmen und seinen Fortschritt zu sichern, indem es die Transformation „im progressiven Sinne“ solcher Bedingungen ermöglicht (vgl. Santos: 2003, 32-34).

Schließlich benennt Santos eine dritte Herausforderung für die Etablierung des Emanzipationswissens beim Übergang von der „konformistischen Handlung“ zur „rebellischen Handlung“ (Santos: 2003, 34). Konformistisch war für den portugiesischen Denker oft der Weg der modernen kritischen Theorie, insofern diese nicht selten mehr eine Reflexion über die Ordnung als über die konkreten Wege der sozialen Transformation war und damit von der Dynamik des Regulierungswissens absorbiert wurde, das die moderne Vernunft fördert. Als Beispiele dafür zitiert Santos die Debatten in den Sozialwissenschaften des 20. Jahrhunderts über die gegensätzlichen Begriffe Struktur – Handlung und Determinismus – Kontingenz. Es entspricht also der postmodernen kritischen Theorie, so Santos abschließend, diese Dynamik zu überwinden, indem sie die Debatte um die Rekonstruktion der Idee und der Umsetzung der emanzipierenden sozialen Transformation in ihrem ganzen Umfang annimmt und auf diese Weise das Entstehen von „nonkonformistischen und empörungsfähigen Subjektivitäten“ (Santos: 2003, 35) ermöglicht (vgl. Santos: 2003, 34-36).

4.1.2 Auf dem Wege zu einer pluralistischen Epistemologie

Eine zweite zentrale These im Werk Santos' spricht die Notwendigkeit für die zeitgenössischen Sozialwissenschaften an, die Form, in der sie ihr eigenes Wissen schaffen, zu ändern, so dass diese für die gegenwärtige Vielzahl von Wissensformen der Menschheit zugänglich wird. Dieser Gedanke wurde bereits mit dem Argument Santos' zugunsten der Schaffung eines emanzipationsorientierten Wissens vorweggenommen. Allerdings müssen noch die Einzelheiten der Verlagerung vorgestellt werden, die dadurch für die zeitgenössische soziale Epistemologie entsteht.¹⁵¹

¹⁵¹ In diesem Abschnitt werden wir auf zentrale Schriften von Santos verweisen; eine gute Übersicht seiner erkenntnistheoretischen Reflexion auf Deutsch befindet sich jedoch im folgenden Artikel: Santos, Boaventura de Sousa (2008), „Denken jenseits des Abgrunds. Von globalen Grenzzlinien zu einer Ökologie von Wissensformen“, in: Lindner, Urs/ Nowak, Jörg/ Paust-

4.1.2.1 Das „abgrundförmige“ Denken

In dem Versuch, das westliche moderne Denken zu beschreiben, behauptet Santos in *Epistemologies of the South*:

“Modern Western thinking is an abyssal thinking. It consists of a system of visible and invisible distinctions, the invisible ones being the foundation of the visible ones. The invisible distinctions are established through radical lines that divide social reality into two realms, the realm of ‘this side of the line’ and the realm of ‘the other side of the line’. The division is such that ‘the other side of the line’ vanishes as reality, becomes nonexistent, and is indeed produced as nonexistent. Nonexistent means not existing in any relevant or comprehensible way of being. Whatever is produced as nonexistent is radically excluded because it lies beyond the realm of what the accepted conception of inclusion considers to be its other. What most fundamentally characterizes abyssal thinking is thus the impossibility of the copresence of the two sides of the line. To the extent that it prevails, this side of the line only prevails by exhausting the field of relevant reality. Beyond it, there is only nonexistence, invisibility, nondialectical absence” (Santos: 2014, 118).

Santos bekräftigt, dass das westliche moderne Denken „abgründig“ ist, d.h. dass es sich aufgrund der Entstehung einer radikalen Trennung auf einem Abgrund zwischen zwei Seiten der Realität entwickelt. Entsteht dann eine solche Trennung, verbleibt das moderne Denken innerhalb derselben Bewegung lediglich auf einer dieser zwei Seiten. Somit ist jene Realität, die sich auf der anderen Seite des Abgrunds befindet, für das moderne Denken nicht existent und von seinem Wissen ausgeschlossen. Das ist es, was das „abgrundförmige Denken“ hauptsächlich charakterisiert: Es ist nicht fähig, die Kopräsenz beider Seiten der Realität, die bei seiner Entstehung gebildet wurden, wahrzunehmen – eine Eigenschaft, die freilich für Santos nicht ausschließlich in der westlichen Form, Kenntnisse zu erlangen, vorzufinden ist (vgl. Santos: 2014, 118).

Der portugiesische Denker behauptet, dass diese, mit dem modernen Denken gemeinsam entstehende Trennung zwischen zwei Seiten der Realität „unsichtbar“ ist. Allerdings unterstützt sie andere epistemische Spaltungen, die sichtbar sind und eine Struktur in der Verarbeitung der sozialen Realität schaffen. So ist laut Santos ein Aspekt dieser ersten Trennung die Spaltung, die zwischen den dominanten („hauptstädtischen“) Gesellschaften und den dominierten („kolonialen“) Gesellschaften entsteht (vgl. Santos: 2014, 118-119). Zwar bleibt diese Spaltung ebenfalls unsichtbar, allerdings hat das moderne Denken auf diese unsichtbare Spaltung die bereits erwähnte, sichtbare Spaltung zwischen sozialer Regulierung und sozialer Emanzipation gesetzt. Was mit anderen

Worten bedeutet, dass das moderne Denken von der Seite der Realität, in welcher es sich befindet, nämlich der der dominanten Gesellschaften, eine sichtbare Spaltung zwischen Regulierung und Emanzipation verursacht hat, auf welche, so Santos, alle sozialwissenschaftlichen Konflikte begründet sind. Somit kommt es für Santos im Wesentlichen zum Sachverhalt, dass sowohl die Spaltung zwischen Regulierung und Emanzipation als auch andere, sichtbare, durch das moderne Denken entstandenen Gegensätze für die Verarbeitung der sozialen Realität¹⁵² lediglich von einer Seite der Realität aus geschaffen wurden, und zwar von der einzigen, die als existent anerkannt wird. Hinzu kommt die Tatsache, dass all diese abgeleiteten Spaltungen diese „Abgrundslinie“, durch welche sie aufrechterhalten werden, unsichtbar gemacht haben (vgl. Santos: 2014, 119-120):

„[...] no matter how radical such [visible] distinctions are and how dramatic the consequences of being on the either side of such distinctions may be, they have in common the fact that they belong to this side of the line and combine to make invisible the abyssal line upon which they are grounded“ (Santos: 2014, 119).

Das Problem des modernen Denkens bestehe also darin, dass es auf die verschiedenen Gegensätze fokussiert ist, auf welche es zurückgegriffen hat, um die soziale Realität zu verarbeiten, und seine eigene Festlegung auf lediglich eine Seite der Realität nicht erkennt; folglich konnte es auch nicht die Möglichkeit der Existenz einer anderen, unbekanntem Seite der Realität erkennen. Allerdings wird Santos zufolge diese andere Seite der Realität von einer ganzen Vielfalt von Wissensformen erfasst, darunter vor allem von volkstümlichem, ländlichem und indigenem Wissen. Diese Formen erkennen gewiss die vom modernen Denken errichteten, strukturierenden Spaltungen nicht, beispielsweise die, die einen Gegensatz schaffen zwischen dem, was wissenschaftlich wahr und was wissenschaftlich falsch ist – oder sogar die Unterteilungen des alternativen Wissens, zum Beispiel die der westlichen Philosophie und Theologie (vgl. Santos: 2014, 119-120). Auf diese Weise verbleiben sie Santos zufolge auf der Seite des Unverständlichen und Unmessbaren, also außerhalb der Landkarte des epistemologisch Relevanten. Somit spricht der portugiesische Denker von einem „Abstreiten“ und von einer „radikalen Abwesenheit“ eines

¹⁵² Diesbezüglich weist Santos auf den Gegensatz hin, der in der modernen Epistemologie zwischen wissenschaftlicher Wahrheit und „alternativen“ Wahrheiten der Philosophie und Theologie entsteht, was für entsprechende Diskussionen sorgt. Wie Santos aufzeigt, wurden die in diesem Gegensatz enthaltenen Antinomien von Denkern wie Blaise Pascal, Søren Kierkegaard und Friedrich Nietzsche gründlich analysiert, wenn auch auf verschiedene Art und Weise (vgl. Santos: 2014, 119; Fußnote 2).

enormen Teils der menschlichen Erfahrung in der als universell erachteten Auffassung des Wissens der modernen Epistemologie (vgl. Santos: 2014, 123-124).

Santos macht dann auf den Schaden für die Epistemologie und für den Fortschritt der Sozialwissenschaften im Allgemeinen aufmerksam, den diese mangelnde Anerkennung anderer Wissensformen verursacht hat. Basierend auf den Ergebnissen seines Forschungsprojekts *Reinvenção da emancipação social* (dt. Neuerfindung der sozialen Emanzipation), das mittels empirischer Arbeit in den Peripherieländern, also weit entfernt von den „hegemonischen Zentren, in denen Sozialwissenschaft produziert wird“ (Santos: 2006, 66), durchgeführt wurde,¹⁵³ stellt Santos zum einen fest, dass das soziale Wissen weltweit viel umfassender und vielfältiger ist, als es von der westlichen wissenschaftlichen Tradition anerkannt wird. Und von daher macht er auf die massive „Vergeudung“ von sozialer Erfahrung aufmerksam, zu der es durch das mangelnde Bewusstsein des modernen Denkens darüber, dass es sich lediglich auf einer Seite der Realität befindet, gekommen ist, was zu einer Einschränkung der allgemeinen sozialen Kenntnis der westlichen Gesellschaften geführt hat (vgl. Santos: ebd.).

Allerdings weist Santos darauf hin, dass diese, der modernen Epistemologie eigenen Abgrundlinie nicht nur im sozialwissenschaftlichen Bereich bestimmend war, sondern dass sie auch einen großen Einfluss hatte auf politische und kulturelle Beziehungen und auf anderes, von Akteuren der westlichen Moderne geschaffenes Zusammenwirken in der globalen sozialen Realität. Damit dies überhaupt geschehen konnte, so der portugiesische Denker, war die Rolle, die sowohl die Wissenschaft als auch das Recht im Leben der modernen Gesellschaften spielten, unerlässlich – eine zentrale These Santos', auf die wir später in Bezug zum Recht zurückkommen werden. Beide Bereiche, „die meist vollendeten Manifestationen des abgrundförmigen Denkens“ (Santos: 2014, 119), sind die Bereiche, die am besten die Strukturierung der sozialen Beziehungen und

¹⁵³ Das Projekt wurde zwischen 1999 und 2000 durchgeführt und hatte Santos zufolge das Hauptziel, festzustellen, in welchem Maße eine alternative Globalisierung der neoliberalen Globalisierung oder dem globalen Kapitalismus „von unten aus“ entgegengesetzt werden kann, also von den Sozialbewegungen im Kampf gegen Exklusion und Diskriminierung in verschiedenen sozialen Bereichen (die Forschung fand in folgenden Ländern statt: Mosambik, Südafrika, Brasilien, Kolumbien, Indien und Portugal). Ein wichtiger Bestandteil des Projekts war die Untersuchung anderer Diskurse der Welt, im Grunde genommen also anderer Wissensformen der sozialen Realität. Ausgeführt wurde dies durch „[...] den Vergleich, nicht nur zwischen verschiedenen Theorie- und Methodologietraditionen der Sozialwissenschaften, sondern auch von verschiedenen Kulturen und Wechselwirkungen zwischen Kultur und Wissen, und zwar von wissenschaftlichem und nicht wissenschaftlichem Wissen“ (Santos: 2006, 65-66). Weitere Information hierzu gibt es auf der Webseite des Projekts: <<https://ces.uc.pt/ces/emancipa/>> (08-06-19).

Institutionen durch eine Epistemologie umgesetzt haben, welche sich gegenüber der Kenntnis der sozialen Realität eines Teils der Menschheit blind gezeigt hat. Dies hatte, so Santos, zur Folge, dass jeglicher rechtliche und politische Bürgersinn der Moderne unter der Voraussetzung entstand, dass „auf der anderen Seite der Linie keinerlei Bürgersinn existiert“ (vgl. Santos: 2014, 124).

Santos erkennt die Konsequenzen aus dieser „hegemonialen“ Epistemologie auf die sozialen Beziehungen, vor allem in den Kolonialregimen, die über mehrere Jahrhunderte hinweg in Afrika, Asien und Amerika von den europäischen Königreichen errichtet wurden, Regime, die den klarsten Ausdruck der unsichtbaren Differenzierung zwischen dominanten Gesellschaften (hauptstädtische Gesellschaften) und dominierten Gesellschaften (Kolonien) darstellen.¹⁵⁴ Allerdings behauptet Santos ebenfalls, dass das abgrundförmige Denken auch in der heutigen Zeit besteht. Es verbirgt sich hinter globalen Dynamiken der politischen, wirtschaftlichen, kulturellen und sogar akademischen Exklusion von Gruppen, deren Kenntnis der Realität sich auf der anderen Seite der Linie befindet, Dynamiken, die er metaphorisch als neokolonial bezeichnet (vgl. Santos: 2014, 124-126).¹⁵⁵ Freilich existieren in der heutigen Welt, so der portugiesische Denker, auch Formen der sozialen Ausgrenzung, die nicht von dieser abgrundförmigen Epistemologie getragen werden. Um diese allerdings effektiv identifizieren zu können, so Santos weiter, ist es zunächst notwendig, die weitreichende Präsenz der abgrundförmig definierten Exklusion zu erkennen (vgl. Santos: 2014, 133-134). Somit fügt Santos hinzu:

„Global social injustice is therefore intimately linked to global cognitive injustice. The struggle for global social justice must therefore be a struggle for global cognitive justice as well. In order to succeed, this struggle requires a new kind of thinking, a postabyssal thinking“ (Santos: 2014, 124).

Aus dieser Beurteilung schließt Santos auf den normativen Ansatz, durch den die „kognitive Ungerechtigkeit“, die verschiedenen Formen der gesellschaftli-

¹⁵⁴ Santos erklärt, dass am Vorabend des Zweiten Weltkriegs die Gebiete der Kolonien und Ex-Kolonien circa 85% der Gesamtoberfläche des Planeten entsprachen (vgl. Santos: 2014, 125, Fußnote 16).

¹⁵⁵ Diesbezüglich bringt Santos das Haftregime des bekannten US-amerikanischen Gefangenenlagers Guantanamo zur Sprache. Er beschreibt dieses Lager in folgender Weise: „[...] one of the most grotesque manifestations of abyssal legal thinking, the creation of the other side of the line as a nonarea in legal and political terms, an unthinkable ground for the rule of law, human rights, and democracy. But it would be an error to consider it exceptional. There are many other Guantánamos, from Iraq to Palestine to Darfur. More than that, there are millions of Guantánamos in the sexual and racial discriminations both in the public and the private spheres, in the savage zones of the megacities, in the ghettos, in the sweatshops, in the prisons, in the new forms of slavery, in the black market for human organs, and in child labor and prostitution“ (Santos: 2014, 124).

chen Ausgrenzung in den zeitgenössischen Gesellschaften zugrunde liegt, überwunden werden soll. Ein wichtiger Schritt hierzu sei es, das Fortbestehen des abgrundartigen Denkens auch in der zeitgenössischen sozialen Forschung zu erkennen; andernfalls, so Santos, bleibt das kritische Denken ein Denken, das sich von einer Beschränkung des Wissens ableitet, und es wird weiterhin diese Beschränkung beibehalten, „egal, wie sehr es sich selbst gegen diese abgrundartige Eigenschaft ausspricht“ (Santos: 2014, 134). Tatsächlich ist das das grundlegende Problem, das Santos im Marxismus im Allgemeinen erkennt, welcher ihm zufolge selbst ein Beispiel des abgrundartigen Denkens ist; dieses Problem stecke auch hinter der Krise dieses Denkens aufgrund seiner Unterordnung unter Regulierungswissen, gefördert von der modernen Wissenschaft.¹⁵⁶ Santos behauptet in diesem Sinne, dass die anzustrebende kritische Theorie sich nicht mehr darauf beschränken solle, Alternativen zu schaffen, viel mehr müsse sie zur Bildung eines „alternativen Denkens von Alternativen“ (Santos: 2014, 133) beitragen. Das heißt, sie müsste damit beginnen, ihre eigene Art von Wissen zu hinterfragen, um sich einem „post-abgrundförmigen“ Denken (Alternativem Denken) zu öffnen, das Alternativen generieren kann, die der gesamten Realität besser entsprechen (vgl. Santos: 2014, 133-134).

4.1.2.2 Die Suche nach einer „Ökologie der Wissensformen“

Santos erkennt allerdings die Schwierigkeiten, denen sich der Prozess der Überwindung des abgrundartigen Denkens stellen muss; er selbst befindet sich „auf dieser Seite der Linie“, hat also von seiner Position aus lediglich einen beschränkten Einblick in die Geschehnisse jenseits seiner Seite. Aus diesem Grunde behauptet der portugiesische Denker, dass man sich, um eine vollständigere Kenntnis der sozialen Realität zu erlangen, um eine „Dezentrierung“ bemühen muss, was nur durch gemeinsame Arbeit erreicht werden kann (vgl. Santos: 2014, 125). Eben deshalb haben die von Santos geführten Forschungen hinsichtlich der „Epistemologien des Südens“ des Planeten und seine Teilnahme am Weltsozialforum mit dem Ermöglichen eines solchen Vorhabens zu tun. Es handelt sich in beiden Fällen um Erfahrungen, die zur Reifung des Konzepts

¹⁵⁶ In diesem Sinne behauptet Santos: „A postabyssal conception of Marxism [...] will claim that the emancipation of workers must be fought for in conjunction with the emancipation of all the discardable populations of the global South, which are oppressed but not directly exploited by global capitalism. It will also claim that the rights of citizens are not secured as long as noncitizens go on being treated as subhumans“ (Santos: 2014, 134).

einer „Ökologie der Wissensformen“ als Ausdruck einer neuen Epistemologie geführt haben, die fähig ist, eine bessere Kenntnis über das Ausmaß der sozialen Realität zu erlangen (vgl. Santos: 2014, 134; Santos: 2010a, 49).

Die Epistemologie der Ökologie der Wissensformen hat an sich, sagt der portugiesische Denker, eine plurale Beschaffenheit. Es ist de facto nicht möglich, von Ökologie zu sprechen, ohne die Pluralität von Elementen zu erkennen, die daran zu knüpfen sind, in diesem Fall die Mannigfaltigkeit von heterogenem Wissen, über welches die Menschheit Erfahrung hat. Als Ökologie ist diese neue Epistemologie jedoch dazu aufgerufen, nicht nur die Vielzahl der möglichen Wissensformen – einschließlich der der modernen Wissenschaft eigenen Form – aufzuzeigen; sie muss auch die dynamischen Verknüpfungen herstellen, die zwischen solchen Wissensformen entstehen, ohne dabei ihre eigene Autonomie aufs Spiel zu setzen. Letztendlich „ist Wissen die Vernetzung von Wissensformen“ (Santos: 2010a, 49). Wenn freilich die Autonomie dieser Wissensformen berücksichtigt wird, dann bedeutet das auch für Santos, dass ihre mögliche Unermesslichkeit und ihre wahrscheinliche, gegenseitige Nicht-Verständlichkeit beachtet werden muss. Die Epistemologie der Ökologie der Wissensformen nimmt jedoch an, dass diese Schwierigkeiten die Möglichkeit der Entstehung von neuen Kommunikationsarten oder sogar die Komplementarität zwischen verschiedenen Wissensformen nicht ausschließt (vgl. Santos: 2010a, 57).

Diesbezüglich führt Santos das Konzept der „interkulturellen Übersetzung“ ein. Es handelt sich hierbei um eine noch nicht ausreichend theoretisierte Aufgabe, die aber im Wesentlichen darin besteht, gemeinsame Eigenschaften unter den grundlegenden Elementen jedes einzelnen Wissens (prioritäre Gegenstände, Standpunkte, Fragestellungen etc.) mit dem Ziel zu suchen, ihre Kenntnisse gegenseitig verständlich zu machen oder gegebenenfalls ihre Inkompatibilitäten festzustellen. Für diese Aufgabe sei sowohl die linguistische als auch die kulturelle Analyse entscheidend. Beide Analysen untersuchen die Kenntnisse in Bezug auf ihre kontextuellen Bedingungen in ihren entsprechenden Sprachen oder Kulturen, und können daher die Kommunizierbarkeit einer bestimmten Kenntnis in anderer Sprache oder Kultur am besten prüfen (vgl. Santos: 2014, 203).¹⁵⁷ Freilich stütze sich die Aktivität der Epistemologie der Ökologie der Wissensformen auf ihre Selbstreflexivität, was wiederum bedeutet,

¹⁵⁷ Für nähere Einzelheiten zum Konzept der „interkulturellen Übersetzung“, siehe: Santos: 2014, 212-235.

dass diese Epistemologie stets für Infragestellungen und für möglicherweise unvollendete Lösungen offen sein muss. Genau das macht aus der Ökologie der Wissensformen gegenüber den universalisierenden Epistemologien eine „umsichtige“ Epistemologie: „The ecology of knowledges allows us to have a broader view both of what we know and what we do not know. What we do not know is the product of our ignorance and not of ignorance in general“ (Santos: 2014: 209; vgl. Santos: 2010a, 61).

Schließlich ist es wichtig klarzustellen, dass für Santos die von ihm vorgestellten Vorschläge zur Überwindung des abgrundartigen Denkens und zur Erneuerung der kritischen Theorie sich im Rahmen einer globalen Bemühung zur Förderung eines emanzipatorischen sozialen Handelns befinden. Eine Konkretisierung dieser Bemühungen sind für den portugiesischen Denker die Initiativen, die derzeit versuchen, die wirtschaftliche, politische und kulturelle Exklusion zu bekämpfen, die ein Großteil der Menschheit erleidet; solche Initiativen werden durch eine Vielfalt von Netzwerken sozialer Organisationen gestartet. All diese Organisationen tragen laut Santos zu einer globalen Bewegung bei, die er als „subalternen Kosmopolitismus“ (Santos: 2010a, 46) bezeichnet und so den globalen Dynamiken der sozialen Beherrschung entgegensetzt. Um die Emergenz dieser Bewegung wahrnehmen zu können, ist es allerdings erforderlich, das soziale Denken den konkreten Erfahrungen zu öffnen, die sie auf der Welt tragen – eine, der „Soziologie der Emergenzen“¹⁵⁸ eigenen Aufgabe –; weiterhin muss sich das soziale Denken den verschiedenen Bedeutungen öffnen, die diese Erfahrungen der Idee einer sozialen Transformation selbst zuschreiben. Für Santos zeigt dies wieder die Wichtigkeit der Beiträge zur Schaffung einer „globalen kognitiven Gerechtigkeit“ (vgl. Santos: 2010a, 46-47; Santos: 2014, 134).

4.2 Santos' Kritik des modernen Rechts

Nach der Einführung in Santos' Denken, ausgehend von zwei seiner zentralen theoretischen Vorschläge, folgt nun die Vorstellung seiner Interpretation der Rechtsentwicklung in den westlichen modernen Gesellschaften. Die Analyse des Rechts, die der portugiesische Denker vorlegt, zeichnet sich, wie es für seine intellektuelle Tätigkeit typisch ist, durch die Verbindung der epistemologischen Reflexion mit der sozialwissenschaftlichen Forschung aus. Dadurch erlangte

¹⁵⁸ Für nähere Einzelheiten zu diesem Konzept, siehe: Santos: 2014, 182-186.

Santos einen tiefen Einblick in die Komplexität der rechtlichen Erfahrung der zeitgenössischen Gesellschaften.

4.2.1 Das Recht in der westlichen Moderne

Die Beziehung, die Santos zwischen Moderne und Recht ansetzt, ist im Rahmen eines besonderen Verständnisses der Gesamterfahrung der Moderne angesiedelt. Daher ist es angebracht, zunächst dieses Verständnis zu erläutern, um dann seinen Ausdruck im konkreten Bereich des Rechts näher zu untersuchen.

4.2.1.1 Die moderne Erfahrung

Santos behauptet, dass die Erfahrung der Moderne besser zu verstehen ist, wenn man beachtet, dass sie in ihrer Gesamtheit – also nicht nur ihre Epistemologie – den Keim einer dynamischen Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation hat. Die moderne Regulierung nimmt in Normen, Institutionen und Praktiken Gestalt an, die die Stabilität der sozialen Erwartungen der Menschen gewährleisten. Dies wird laut Santos erreicht, indem solche Erwartungen und die konkrete Erfahrung in der existierenden Realität zueinander in eine politisch verträgliche Beziehung gesetzt werden. Die moderne Emanzipation drückt sich ihrerseits in oppositionellen Projekten und Aktionen der Menschen aus, die ganz im Gegenteil versuchen, die Diskrepanz zwischen den sozialen Erwartungen und der sozialen Erfahrung durch die Delegitimierung aller Regulierungsformen, die die Erwartungen der Menschen kontrollieren, zu verschärfen. Der portugiesische Denker stellt fest, dass diese Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation unüberwindbar ist. Denn jedes Mal, wenn der Kampf um Emanzipation eine neue Beziehung zwischen Erwartung und Erfahrung ermöglicht, und sich dadurch das Niveau der sozialen Erfahrung erhöht, führt diese Beziehung eine neue Regulierung ein, die den Status-quo stabilisiert; solche Regulierung wiederum wird aufgrund neuer, immer anspruchsvollerer Erwartungen erneut in Frage gestellt (vgl. Santos: 2009, 30-31).¹⁵⁹

Santos behauptet weiterhin, dass sowohl die „Säule“ der Regulierung, als auch die der Emanzipation, jeweils aus drei deutlich zu unterscheidenden Elementen bestehen, die das soziale Handeln lenken – Santos spricht eigentlich

¹⁵⁹ Die zentralen Konzepte dieses Abschnitts können hier in englischer Sprache nachgeschlagen werden: Santos: 1995, 1-5 und in Santos: 2002, 1-10.

von „Prinzipien“ und von „Logiken“. Im Falle der Regulierung sind es folgende drei Elemente: der Staat, welcher eine vertikale Verpflichtung zwischen dem Staat selbst und den Bürgern festlegt und auf diese Weise die sozialen Erwartungen stabilisiert; weiterhin die Marktwirtschaft, die eine eher horizontale und gegenseitige Verpflichtung im eigenen Interesse festlegt, die aber ebenfalls die Erwartungen durch die universelle Förderung des eigenen Interesses stabilisiert; und die Gemeinschaft, welche auch eine horizontale Verpflichtung einführt, indem sie die Individuen anhand von Zugehörigkeitskriterien untereinander verbindet, die allerdings weder staat- noch marktbezogen sind (vgl. Santos: 2009, 31-32).

Die Säule der Emanzipation besteht andererseits aus den drei Formen der Rationalität, wie Max Weber sie identifiziert hat: die, der Kunst und Literatur eigene ästhetisch-expressive Rationalität; die der Technologie und Wissenschaft zugehörige, kognitiv-instrumentelle Rationalität; und die moralisch-praktische Rationalität der Ethik und des rechtlichen Bereiches.¹⁶⁰ Diese drei Logiken erweitern, jede auf ihre eigene Art, die Möglichkeiten von gesellschaftlichem Wandel, welche über die gültigen Grenzen der Regulierung hinaus gehen; und auf diese Weise destabilisieren sie die politische Beziehung, die zwischen Erwartung und Erfahrung besteht. Diese Fähigkeit, „die Notwendigkeit des Existierenden“ infrage zu stellen und „mögliche Formen der Zukunft“ (Santos: 2009, 32) zu schaffen, zeigt sich laut Santos sowohl im Schaffensdrang der Kunst, als auch in den technologischen Revolutionen und den neuen, politischen und rechtlichen Imperativen (vgl. Santos: 2009, 32-33).

Andererseits behauptet Santos, dass in diesen genannten Elementen eine Tendenz zur eigenen Maximierung existiert. Mit anderen Worten, es neigen in der Säule der Regulierung sowohl der Staat als auch die Marktwirtschaft und die Gemeinschaft dazu, sich selbst zu maximieren. Gleichfalls existiert in der Säule der Emanzipation ein Hang zur Ästhetisierung, zur Verwissenschaftlichung und zur Verrechtlichung der sozialen Praxis. Allerdings übt in jeder Säule eines dieser Elemente Hegemonie über die anderen Elemente aus, und dadurch entsteht

¹⁶⁰ Die von Santos hier verwendete Formulierung der drei Rationalisierungsformen entspricht der Formulierung von Habermas, der mit diesen Ausdrücken die drei Sphären bezeichnet, auf die sich laut Weber die „kulturelle Rationalisierung“ – also der Prozess, der zu den Bewusstseinsstrukturen der modernen Gesellschaften führt – erstreckt (vgl. Habermas: 1981a, 233-234, 322-324). Zu diesem Punkt bezieht sich Habermas grundsätzlich auf manche Auszüge aus folgendem Text Webers: *Zwischenbetrachtung: Theorie der Stufen und Richtungen religiöser Weltablehnung* [1920], zu finden in: Weber, Max (1988), *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I*, Tübingen, 541 f.

ein Ungleichgewicht, das, so Santos, für das Schicksal der Moderne sehr wichtig ist, weil dadurch einige ihrer „Versprechen“ (technologischer Fortschritt, Wirtschaftswachstum, Herrschaft über die Natur etc.) im Leben der modernen Gesellschaften exzessiv umgesetzt werden, und andere (Freiheit, Gleichheit und Frieden) klar und deutlich mangelhaft erfüllt werden. Daher behauptet Santos, dass die Moderne, ursprünglich ein revolutionäres Projekt, in einem Mittelmaß endet, weil bei der Erfüllung ihrer Versprechen sowohl Exzesse als auch Mängel unvermeidlich sind. Selbstverständlich ist der moderne Geist immer davon ausgegangen, dass alle Exzesse und Mängel korrigierbar sind. Die Erstgenannten werden für zufällige Abweichungen gehalten, und die Mängel gelten als vorübergehende Zustände; die Lösung zu diesen Problemen, bemerkt Santos, könne dann keine andere sein als eine bessere Nutzung der materiellen, intellektuellen und institutionellen Ressourcen der Moderne selbst (vgl. Santos: 2009, 32-33). Freilich betrifft diese Kritik von Santos ausdrücklich Habermas' gesellschaftliches Projekt, insofern dieser eine Vollendung der Moderne aus ihrem eigenen Vernunftpotenzial vertritt (vgl. Santos: 2009, 17, 30).

4.2.1.2 Ungleichgewichte bei der Emanzipation und der Regulierung

In der Säule der modernen Emanzipation war Santos zufolge die kognitiv-instrumentelle Rationalität das hegemoniale Element. Mit ihren Kriterien der Wirksamkeit und Effizienz herrsche sie sowohl über die ästhetisch-expressive als auch über die moralisch-praktische Rationalität.¹⁶¹ Angesichts der durch dieses Ungleichgewicht hervorgerufenen Exzesse und Mängel greift der moderne Geist auf die Obhut der modernen Wissenschaft zurück, welche, so Santos, sich in eine vielversprechende Produktionskraft verwandelt hat und allmählich auch als Emanzipationskraft angenommen wird. Allerdings konnten diese Probleme nicht nur durch die Wissenschaft allein korrigiert werden; so spielt das Recht Santos zufolge bei einem solchen Vorhaben eine ebenso wichtige Rolle, wenn diese Rolle auch derjenigen der Wissenschaft untergeordnet ist, da das Recht, um effektiv zu sein, sich der wissenschaftlichen Logik unterwerfen müsse (vgl. Santos: 2009, 33-34).

¹⁶¹ Zeugen dieser Hegemonie sind für Santos zum einen, bezüglich der ästhetisch-expressiven Rationalität, einige avantgardistische Ausdrucksformen der Kunst (Futurismus, Konstruktivismus, „Proletkult“ etc.), und zum anderen der rechtliche Formalismus im Bereich der moralisch-praktischen Rationalität (vgl. Santos: 1995, 3; andererseits, zur Isolation der wissenschaftlichen Rationalität hinsichtlich des ästhetischen Universums, siehe: Santos: 1995, 52-54).

Seit Anfang des 19. Jahrhunderts entwickelte sich die moderne Wissenschaft nach Santos nicht nur zur epistemischen, sondern auch zur moralischen Instanz, und auf diese Weise hat sie es sich vorgenommen, die Politik bei der Aufgabe zu ersetzen, Europa von der seit der Reformation quälenden Moralkrise zu erlösen. Für den positivistischen Geist der Epoche konnten soziale Probleme nur korrekt gelöst werden, wenn sie in wissenschaftliche oder technische Probleme umgewandelt werden. Eine erfolgreiche Führung der Gesellschaft unter wissenschaftlichen Kriterien erforderte allerdings eine Beseitigung der Unzufriedenheit der Bürger und der sozialen Konflikte, was durch das Recht gewährleistet werden konnte. So entwickelte sich das Recht mittels seiner Fähigkeit, Zwang und normative Integration auszuüben, zur Unterstützerin der positivistischen Gesellschaft gegen jede Opposition, und dadurch begünstigte es die Entpolitisierung des gesellschaftlichen Lebens. Santos stellt in diesem Sinne fest, dass diese „cooperative relationship and circulation of meaning between science and law, under the aegis of science, is one of the basic features of modernity“ (Santos: 1995, 3; vgl. Santos: 2009, 33-34).¹⁶²

Allerdings konnte laut Santos das Bündnis zwischen Wissenschaft und Recht die Exzesse und Mängel nicht korrigieren, die in den modernen Gesellschaften durch die Hegemonie der kognitiv-instrumentellen Rationalität am Horizont der Emanzipation entstanden sind. Dies liegt daran, dass dieses Bündnis stattdessen die Konzentration der emanzipatorischen Kräfte der ästhetisch-expressiven Rationalität und der moralisch-praktischen Rationalität in der Wiedergabe der kognitiv-instrumentellen Rationalität gestärkt hat. Somit wurde die Komplexität der emanzipatorischen Bedürfnisse der modernen Gesellschaften, die gewiss über die wissenschaftlich-produktive Logik hinausgingen, zu gering eingeschätzt. Im Bereich der sozialen Epistemologie stellt Santos klar, dass

¹⁶² Hier nimmt Santos ausdrücklich Abstand von der These Foucaults, welche die Inkompatibilität zwischen staatlicher juristischer Macht und der vom wissenschaftlichen Wissen ausgehenden Disziplinargewalt im Leben der modernen Gesellschaften behauptet. Diese Inkompatibilität ist laut Foucault in der Tatsache begründet, dass während die juristische Macht zentral organisiert und von oben nach unten gerichtet ist, die Disziplinargewalt kein Zentrum hat und deshalb durch die Gesellschaft selbst ausgeübt wird. Santos ist jedoch der Meinung, dass beide Mächte sich gegenseitig tief durchdringen; dies beweise sich klar mit der Diskursmenge, in welcher in der Moderne normative Aussagen als wissenschaftlich oder wissenschaftliche Aussagen als normativ dargestellt werden. Insbesondere das Ideal der Schaffung einer, auf Wissenschaft begründeten gesellschaftlichen Ordnung ist Santos zufolge „paramount in the eighteenth and nineteenth-century social thought, from Montesquieu to Saint-Simon, from Bentham to Comte, from Beccaria to Lombroso“. Trotz allem ist darauf hinzuweisen, dass beide Autoren einvernehmlich die führende Rolle der wissenschaftlich-disziplinarischen Macht bei der Verwirklichung des modernen Projekts herausstellen (Santos: 1995, 3-5). Hierzu siehe den Text Foucaults: „Méthode“, in: *La volonté de savoir. Histoire de la sexualité 1* (Paris, 1976, 121-135).

nicht einmal der Marxismus – die Theorie, die das emanzipatorische Potential der Moderne am systematischsten erkundet habe – der Versuchung widerstehen konnte, dieses Potential mit der technologischen Entwicklung und dem Einnehmen der instrumentellen Rationalität gleichzusetzen; und so hat der Marxismus ein epistemisches Programm unterstützt, das letzten Endes Maximierungen über die Produktion und gesellschaftliche Imperative reproduzierte, die aus den Idealen der Freiheit und Gleichheit isoliert waren. So ist es dazu gekommen, dass die Wissenschaft und das Recht, indem sie die Hegemonie der kognitiv-instrumentellen Rationalität in den modernen Gesellschaften stärken, laut Santos in diesen Gesellschaften eher eine Neutralisierung der Säule der Emanzipation begünstigt haben (vgl. Santos: 2009, 36-37).

Santos behauptet, dass etwas Ähnliches im Horizont der Regulierung dahingehend geschehen ist, dass dessen Elemente sich in den letzten Jahrhunderten ebenfalls ungleichmäßig entwickelt haben. In diesem Fall war das Element, das sich im Übermaß entwickelt hat, die Marktwirtschaft, was im Rahmen eines Prozesses geschehen ist, der in der ersten Industrialisierungswelle entstanden ist und bis zu den kürzlich entstandenen globalen Produktionssystemen andauert. Aufgrund dieser Entwicklung erlangte der Markt so viel Macht, dass seine Logik sowohl die Logik des Staates als auch die der Gemeinschaft kolonisiert hat, bis er letztlich seine Hegemonie auf die Ausübung der Regulierung in ihrer Gesamtheit ausgeweitet hat, ohne dass andererseits die auf dieser Logik basierenden Theorien und soziale Praktiken die durch ein solches Ungleichgewicht hervorgerufenen Exzesse und Mängel korrigieren konnten (vgl. Santos: 2009, 39-40).

Auf diese Weise haben für Santos sowohl die Maximierung der wissenschaftlichen Logik im Fall der Emanzipation, als auch die der merkantilistischen Logik im Fall der Regulierung, zu einer Verringerung, wenn nicht zu einer Neutralisierung der Potentiale beider Säulen der Moderne geführt. Nun besteht aber die Grundthese von Santos darin, dass als Konsequenz dieses Ungleichgewichts in ihren internen Elementen auch Emanzipation und Regulierung in ein Verhältnis der Unterwerfung geraten sind, wobei die Emanzipation sich der Regulierung unterstellen musste und dadurch an der Entwicklung der ihnen eigenen, sozial-mobilisierenden Spannung behindert wurde:

„Die Reduktion der modernen Emanzipation auf die kognitiv-instrumentelle Rationalität der Wissenschaft und die Reduktion der modernen Regulierung auf das Prinzip des Marktes, gefördert durch die Wandlung der Wissenschaft zur Hauptproduktivkraft,

sind die bestimmenden Bedingungen des geschichtlichen Prozesses, durch den die moderne Emanzipation zu moderner Regulierung wurde [...]. In diesem Prozess hat die Emanzipation aufgehört, das Gegenteil der Regulierung zu sein, um ihr Doppelgänger zu werden“ (Santos: 2009, 39).

Die Moderne brachte freilich das Ziel der wechselseitigen Entwicklung sowohl der Säule der Regulierung als auch der Säule der Emanzipation mit sich. In der konkreten sozialen Praxis bot dies Santos zufolge großartige Möglichkeiten sozialer Innovation, wobei eine der sich deutlich hervorhebenden Möglichkeiten darin bestand, potentiell inkompatible Werte abzustimmen, beispielsweise die Binome Autonomie-Gerechtigkeit, Identität-Solidarität und Freiheit-Gleichheit. Allerdings störte das interne Ungleichgewicht beider Säulen ihre wechselseitige Entwicklung, was wiederum die Schaffung von Alternativen zu den exzessiven und gleichzeitig mangelhaften Versprechungen der Moderne behinderte. Schließlich entstand eine tiefgreifende Entkoppelung zwischen der Moderne und emanzipatorischen Bestrebungen (vgl. Santos: 2009, 32-33, 39).

4.2.1.2 Regulierung und Emanzipation im modernen Recht

Die Unterordnung des Horizonts der Emanzipation unter dem der Regulierung, die als eine allgemein grundlegende Eigenschaft der Moderne erscheint, drückt sich für Santos innerhalb des Rechtsbereichs auf besondere Weise aus. Der portugiesische Denker hält das Recht nicht nur für einen Akteur, dem die Aufgabe erteilt wurde, die Potentiale der Moderne unter der Führung der Wissenschaft Richtung Emanzipation neu zu orientieren; er betrachtet es auch als ein zentrales Szenario für die Entwicklung der modernen Spannung zwischen Emanzipation und Regulierung. Bevor in diesem Szenario die Regulierung schließlich und endlich ihre Praxis der Kontrolle der sozialen Erwartungen auflegte, gab es allerdings einen langen Zeitraum, in dem eine Spannung zwischen beiden Säulen vorherrschte, die die westlichen Gesellschaften vorantrieb. Santos sieht den Beginn dieses Zeitraumes bei der Annahme des Römischen Rechts im Europa des 12. Jahrhunderts, und gibt als Endphase davon die Zeit der Etatisierung und Verwissenschaftlichung des modernen Rechts zu Beginn des 19. Jahrhunderts an. Wenn wir auf die Rekonstruktion, die Santos von all dieser Entwicklung des Rechts macht, Bezug nehmen, werden wir theoretische und soziale Prozesse erkennen, auf die wir bereits in der Präsentation der Grundlagen des modernen Rechts in unserem zweiten Kapitel hingewiesen haben.

4.2.1.2.1 Entwicklungen in der Gestaltungsperiode des modernen Rechts

Die Einführung des Römischen Rechts findet, so Santos, in Übereinstimmung mit kulturellen Interessen statt, weil es als gelehrtes Recht betrachtet wird; aber es wird auch in Übereinstimmung mit wirtschaftlichen Interessen eingeführt, weil es den merkantilen Bedürfnissen des neu entstehenden Bürgertums besser entspricht. Somit wird es mit diesen Stützen zur regulierenden Bewegung, die die öffentliche Verwaltung und das Justizsystem in ganz Europa monopolisieren wird. Allerdings stand in dieser regulierenden Bewegung im Kontext der von Königen, Feudalherren und Klerikern beherrschten mittelalterlichen Gesellschaft eine emanzipatorische Stimmung, aufgrund der Schaffung von Rechtsformen, die es eben der neu entstehenden Gesellschaftsschicht ermöglichten, ihre Interessen in einer politisch und ideologisch feindlichen Gesellschaft geltend zu machen. Damit dies möglich sein konnte, war laut Santos die Tatsache entscheidend, dass das genannte *ius commune* als einziges Gesetzeswerk und Korpus von exegetischen und lehrhaften Schriftstücken die Besonderheit hatte, sich nicht nur auf Autoritäten zu stützen, sondern auch auf seine eigene Rationalität. Das Zurückgreifen auf die Vernunft ist es, was das *ius commune* dazu bringt, eine neue Form der juristischen Rationalisierung einzuführen, die über die praktischen Anforderungen der Regulierung hinausgeht, um Santos zufolge sich der Erforschung einer neuen politischen und sozialen Ethik zu öffnen, die sich den neuen Idealen der Autonomie und Freiheit anpasste. Es ist also dieser rationalen Eigenschaft zu verdanken, dass das Römische Recht gegen die herrschenden Mächte in seiner eigenen Autonomie die Legitimität der Regulierungsmacht erhalten und dabei offen für ein emanzipatorisches Potential bleiben konnte, was damals, so Santos, ein revolutionärer Schritt war (vgl. Santos: 1995, 57-59).¹⁶³

In den folgenden Jahrhunderten wird Santos zufolge diese Prädisposition des Römischen Rechts zur Schaffung einer sozialen und politischen Ethik die Tendenz zur Emanzipation im juristischen Bereich latent beibehalten und so die dynamische Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation bewahren. Zeugen der Kraft dieser Spannung in der gesamten Zeit, in welcher die Moderne

¹⁶³ Diesbezüglich fügt Santos, Stephen Toulmin folgend, hinzu, dass „as late as the sixteenth century the model of ‚rational enterprise‘ was, for the scholars, not science but law“ (Santos: 1995, 59). Siehe: Toulmin, Stephen (1990), *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, New York.

entstanden ist, sind für den portugiesischen Denker die juristischen Doktrinen der Naturrechtsdenker Hugo Grotius und Giambattista Vico, und der Kontraktualisten Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau und John Locke. Im juristischen Denken Grotius' wird die Spannung laut Santos in der doppelten Direktionalität bemerkbar, die aus seiner Naturrechtslehre hervorgeht, wenn sie als Fundament sowohl für die, von den aufgeklärten Absolutisten festgelegte Regulierung angeführt wird, als auch für die liberalen Ideen, die zur Aufklärung und der Französischen Revolution führen. Vico seinerseits hat eine Bipolarität zwischen zwei Aspekte des Rechts eingeführt, die analog ist zu jener zwischen Regulierung und Emanzipation. Es handelt sich dabei um folgende Aspekte: Das Gewisse (*certum*), identifiziert mit juristischer Autorität und Willen, und das Wahre (*verum*), das sich auf die Vernunft bezieht – allerdings nicht auf eine, auf ihre kognitive Dimension reduzierte, sondern auf eine dem universellen Wohlstand angemessene Vernunft (vgl. Santos: 1995, 61-63).

Im Fall der juristischen Doktrin von Hobbes behauptet Santos, dass die Tendenzen zur Regulierung und Emanzipation darin wie Forderungen nach Gesetzgebung und Frieden erscheinen, um dem Naturzustand des Menschen, also Krieg, gegenüberzustehen. Allerdings bauen bei Hobbes Gesetzgebung und Frieden eine begrenzte Spannung auf, weil er, so Santos, keine andere Form der Emanzipation anerkennt, als die, die von der faktischen Autorität sanktioniert wird – einer Autorität, die gewiss an sich als gerecht betrachtet wird –; wodurch das Hobbessche Programm für Staatlichkeit „an impoverished form of modern regulation“ einführt (Santos: 1995, 67).

Anders ist es bei Rousseau, dessen Gedanke, so Santos, die moderne Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation besser als die seiner Zeitgenossen wiedergibt. In *Du contrat social* entsteht die Regulierung, ähnlich wie bei Vico, aus dem Anspruch auf Gewissheit für die Begründung der zivilen Ordnung in Anbetracht der Überwindung des Naturzustandes durch den Menschen. Die Emanzipation ihrerseits äußert sich angesichts der Fähigkeit des Menschen, eine moralische Verantwortung in seinem Gesellschaftsprojekt zu übernehmen, als Suche nach Gerechtigkeit. Allerdings liegt es laut Santos im Vorschlag einer *volonté générale*, dass die Spannung zwischen diesen beiden Tendenzen einen echten Dynamismus dahingehend entfaltet, dass sie auf der einen Seite die freie Ausübung der Moralität durch die Individuen, und auf der Seite der Regulierung die Verpflichtung, die diese individuelle Freiheit gewährleistet und das

politische Organ begründet, miteinander verbinden. Und tatsächlich sieht Rousseau, dass diese Spannung sich auch im Recht niederschlägt, und zwar in der kreativen Spannung zwischen seinem Dasein als vorbehaltloses moralisches Prinzip und seinem Dasein als wirksames Ordnungsinstrument (vgl. Santos: 1995, 64-66).

Schließlich sieht Santos auch im theoretischen Vorschlag Lockes ein Spannungsverhältnis zwischen der Neigung zur Regulierung und der zur Emanzipation. Die erstgenannte äußert sich in der Behauptung der Universalität der Zivilgesetze, die sich auf Zustimmung gründen und in Übereinstimmung mit den *laws of nature* sind. Das zweite Neigung, die zur Emanzipation, äußert sich in der Suche nach Legitimität für eine Gesellschaftsordnung, die von Ungleichheiten und Konflikten geprägt ist. Nur dass Locke, so behauptet Santos, als er den Eigentumsverhältnissen trotz aller Nuancierungen eine grundlegende Rolle in der Artikulation der gerechten Gesellschaft zuerkannte, eine Grundlage für die nachfolgende Inthronisierung des Marktes als Katalysator der Hegemonie der Säule der Regulierung schaffte (vgl. Santos: 1995, 69).

4.2.1.2.2 Entwicklungen in der Konsolidierungsphase des modernen Rechts

Nun aber besteht die Hauptthese Santos' darin, dass diese Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation, die während der Gestaltungsperiode des modernen Rechts präsent ist, einen Punkt der Erschöpfung erreicht, als das Recht der Herrschaft der epistemologischen, politischen und wirtschaftlichen Strukturen unterliegt, die die Moderne während der Zeit, in der sie gefestigt wird, definieren. Genauer gesagt behauptet Santos, dass die Strukturen, die die Moderne ab dem 19. Jahrhundert gestalten, eine Rechtsform festlegen, die das Recht einerseits zur Maximierung seiner Tendenz zur Regulierung führt, und andererseits zur Reduzierung seines emanzipatorischen Potentials; wodurch diese Spannung, einst eine Grundlage des modernen Rechts, aufgelöst wird. Der portugiesische Denker nennt einen Faktor, der in diesem Prozess entscheidend ist: die Konsolidierung des Kapitalismus als dominante Produktionsweise in den modernen Gesellschaften.¹⁶⁴ Die Beziehung zwischen Kapitalismus und

¹⁶⁴ Diesbezüglich erklärt Santos, dass die westliche Moderne und der Kapitalismus trotz der Konvergenzen zwei verschiedene Phänomene sind. Die Moderne entsteht zwischen dem 16. und dem 18. Jahrhundert, d.h., vor der Konsolidierung des industriellen Kapitalismus in den europäischen Ländern. Folglich setzt die Moderne den Kapitalismus als Produktionsweise nicht vo-

Recht erfolgt jedoch in Verbindung mit einem politischen Phänomen, das auch für das Schicksal der Moderne entscheidend war: die Einführung des liberalen Verfassungsstaates. Diese Verbindung zwischen Kapitalismus, Staat und Recht erfolgt laut Santos in drei Etappen, die freilich gleichzeitig mit den Zeiträumen der Entwicklung des Kapitalismus selbst koinzidieren (liberaler, organisierter und desorganisierter Kapitalismus¹⁶⁵).

In der ersten Etappe stimmen die europäischen Gesellschaften zum Einen in der Konsolidierung der Marktlogik überein – was dem Anstoß der ersten Industrialisierungswelle, der Ausdehnung der Handels- und Industriestädte und der Ausdehnung des industriellen Kolonialismus zu verdanken ist –, und zum Anderen in der Errichtung des Verfassungsstaates, dem Erben des Denkens der Naturrechtsdenker und der Kontraktualisten. Allerdings ist es so, dass durch die Ungleichgewichte in der Entwicklung des Kapitalismus die Spannung zwischen den Forderungen nach Emanzipation und jenen nach Regulierung steigt, wodurch eine chaotische Situation entsteht. Also besteht laut Santos die Antwort des liberalen Staates darin, eine Form der Regulierung durchzusetzen, die das Streben nach Emanzipation sozial delegitimieren kann, indem es als Gefahr für die Gesellschaft hingestellt und als Aktivitäten von antisystemischen Bewegungen (romantischer Idealismus, Sozialismus, etc.) verbannt wird. Dann wird das Recht, ebenso wie es mit der Politik und der Wissenschaft geschieht, von seinen ethischen Prinzipien getrennt, um so zu einem bloßen Instrument der institutionellen Ordnung und der Marktregulierung zu werden. Damit dies jedoch geschehen kann, wird das Recht mit der Staatslogik und der positivistischen Epistemologie verbunden, was sich in der Idee von Rechtsstaat und in der wissenschaftsgläubigen juristischen Rationalität zeigt. Genau genommen, so Santos, wird das Recht in dem Maße wissenschaftlich, in dem es auch staatlich wird. Der kapitalistische Staat sieht in der Verwissenschaftlichung des Rechts

raus. Tatsächlich sei der Marxismus, wenn er als Produktionsweise konzipiert wird, genauso ein Teil der Moderne wie der Kapitalismus. Der Kapitalismus seinerseits konnte auch unter Bedingungen gedeihen, die als vormodern oder sogar als antimodern bezeichnet werden könnten (vgl. Santos: 1995, 1).

¹⁶⁵ Autoren wie Rudolf Hilferding und Claus Offe folgend, legt Santos drei Abschnitte in der Entwicklung des Kapitalismus fest: der liberale Kapitalismus, welcher „covers the whole nineteenth century, though the last three decades have a transitional character; the second period, the period of organized capitalism, begins at the end of the century and reaches full development in the interwar period and in the two decades after World War II; finally, the third period, the period of disorganized capitalism, begins at the end of the 1960s and is still with us“ (Santos: 1995, 71-72). Siehe: Hilferding, Rudolf (1910), *Das Finanzkapital*, Wien; Offe, Claus (1985), *Disorganized Capitalism*, Cambridge.

die Möglichkeit, seine politische Herrschaft als eine technisch-juristische Herrschaft zu legitimieren, und macht somit aus dem Recht ein ideales Mittel von „*social engineering*“ (vgl. Santos: 1995, 72-76).

Wenn allerdings in dieser ersten Etappe, die mit dem „liberalen Kapitalismus“ assoziiert ist, angenommen wurde, dass die Marktbeziehungen sich weitgehend selbst regulieren, und dass die Tendenzen zum Chaos sich auf die gesellschaftlichen Ränder beschränken würden, dann wurden in einer zweiten Etappe die politischen, sozialen und wirtschaftlichen Dimensionen des Chaos deutlicher. Dies geschieht freilich als Konsequenz der Marktexpansion, aber auch durch die Expansion der demokratischen Gesinnung in den sich festigenden Arbeiterorganisationen. Unter diesen Umständen verwischt sich laut Santos schrittweise die Differenzierung zwischen Staat und Zivilgesellschaft, die die Selbstregulierung der zuletzt genannten voraussetzte, und begünstigt den Staatsinterventionismus. In diesem Prozess waren zwei Phänomene grundlegend: erstens das Bewusstsein von der Notwendigkeit einer öffentlichen Wirtschaftsführung, also der Intervention durch den Staat, sei es um die Märkte zu regulieren, oder im Gegensatz dazu, sie zu befreien; und zweitens, die politische Anerkennung der sozialen Kosten („Externen Effekte“) der kapitalistischen Entwicklung in ihrer „organisierten“ Phase, was schließlich zur Einführung des Wohlfahrtsstaates führte (vgl. Santos: 1995, 76-79).

Im Rechtsbereich war die unmittelbare Auswirkung des Staatsinterventionismus Santos zufolge enorm. Es entstand eine interne Komplexität sowohl durch die Entwicklung neuer Rechtsgebiete – beispielsweise des Wirtschaftsrechts, Arbeitsrechts und Sozialrechts –, welche die Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Recht aufhob, als auch durch die Forderung nach zunehmend weniger allgemeinen und stärker umstandsbedingten Normen, und zwar angesichts der Dynamik der kapitalistischen Gesellschaften und der erhöhten Komplexität des Staates. Allerdings brachte der Staatsinterventionismus auch eine Verschärfung des instrumentellen Charakters des Rechts und die Festlegung seiner idealen Repräsentation als Mittel von *social engineering*, was paradoxerweise auch zu seiner Verschiebung als Quelle der Staatslegitimation führte:

„While the liberal state legitimized itself through the formal-legal rationality of its operation, the welfare state sought its legitimacy in the kind of economic development and form of sociability it saw itself promoting. Law was downgraded from a principle of

state legitimacy to an instrument of state legitimacy. The seeds of the trivialization of law were thereby being sown“ (Santos: 1995, 81).

Im Wohlfahrtsstaat wurde, so behauptet Santos, die politisch-juristische Dimension der Moderne freilich neu definiert, um Interessen in Einklang zu bringen, die in der vorherigen Etappe als inkompatibel galten. Allerdings mussten in diesem Unternehmen die emanzipatorischen Ideale, beispielsweise die einer gerechteren Wohlstandsverteilung und einer erhöhten Demokratisierung des politischen Systems, zu „*contingent compromises*“ oder „realistischen Proportionen“ in einer kapitalistischen Gesellschaft reduziert werden (vgl. Santos: 1995, 79-82).¹⁶⁶

Schließlich stellt Santos eine dritte Phase dieser Verbindung zwischen Kapitalismus, Staat und Recht im Zeitraum ab den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts bis zu Beginn des dritten Jahrtausends fest. Es handelt sich hierbei tatsächlich um den gleichen Zeitraum des „desorganisierten Kapitalismus“; einen Zeitraum, den der portugiesische Denker in Wirklichkeit als eine Übergangszeit betrachtet, weil er sich zwar durch die Demontage typischer Formen der kapitalistischen Organisation charakterisiert, gleichzeitig jedoch neue Institutionen, Regeln und Prozesse einführt, die die Herrschaft des Kapitalismus über alle Aspekte des gesellschaftlichen Lebens nicht nur stützen, sondern sogar verstärken. Mitten in diesem Kontext treten die beiden, in der zweiten Etappe verbreiteten politischen Vorschläge zur sozialen Transformation, also das kommunistische Projekt (Revolutionsparadigma) und der Wohlfahrtsstaat (Reformparadigma), eine Phase der Erschöpfung an, was zum Kollaps des ersteren und zur Krise des zweiten führt. Mit konkretem Bezug zum Reformparadigma erklärt Santos, dass die „realistischen Proportionen“ der, mit relativem Erfolg durch die Sozialdemokratie eingeführten Umverteilung und Demokratisierung – aufgrund ihrer Abhängigkeit von den variablen Bedürfnissen der Kapitalreproduktion – in dieser dritten Phase nicht aufrechterhalten werden konnten, wodurch die gesellschaftliche Krise schärfer und komplexer wurde (vgl. Santos: 1995, 82-85).

¹⁶⁶ Es ist darauf hinzuweisen, dass Santos in wichtigen Aspekten mit der von Habermas in *Faktizität und Geltung* entwickelten Analyse zur Rechtsentwicklung sowohl im liberalen Staat als auch im Wohlfahrtsstaat übereinstimmt. Auch Habermas hebt die Formalisierung bzw. die Verwissenschaftlichung des Rechts im liberalen Staat sowie seine starke Instrumentalisierung im Wohlfahrtsstaat hervor. Während sich Santos in der Kritik an diesem letzten Modell auf die Beschränkung der sozialen Ideale auf bescheidene Ausmaße konzentriert, betont Habermas demgegenüber eher die Schwächung der individuellen Autonomie durch den Paternalismus des Sozialstaates (vgl. Habermas: 1992, 472-493).

Die wichtigste Konsequenz dieser Entwicklung im Rechtsbereich war Santos zufolge dessen extreme politische Instrumentalisierung – ein Phänomen, das sich in der Tatsache der übermäßigen Verrechtlichung der sozialen Welt zeigt. Dadurch entstehen im Recht hauptsächlich drei Funktionsstörungen: seine Unterstützung der „Kolonialisierung“ der Gesellschaft – im ursprünglichen Sinne der Kolonialisierungsthese von Habermas¹⁶⁷ –; die „Materialisierung“ des Rechts, also der darin bestehende Vorrang soziopolitischer Forderungen vor den strikt rechtlichen Forderungen;¹⁶⁸ und die rechtliche Unwirksamkeit. Anders als beim Problem der Kolonialisierung, stellen die zwei letztgenannten Funktionsstörungen laut Santos keine grundlegenden juristischen Probleme dar, weil einerseits das Übermaß an soziopolitischen Forderungen nichts weiter ist als der Normalzustand des modernen Rechts seit seiner Reduzierung auf das staatliche Recht, und weil andererseits die Unwirksamkeit auch durch Faktoren erklärt werden kann, die der „Außenwelt“ eigen sind, in die das Recht eingreifen will. Nun aber behauptet Santos, dass letztlich keine dieser, mit der Verrechtlichung verbundenen Funktionsstörungen einen Hinweis auf Krise für das Recht selbst geben, weil sie eher auf politische Probleme reagieren, d.h. sie gehen auf die Krise der durch den Wohlfahrtsstaat vertretenen, politischen Form zurück. Außerdem, fügt Santos hinzu, befand sich das moderne Recht bereits in der Krise, wenn auch nicht unbedingt durch seine übermäßige Nutzung, sondern durch die Reduzierung seiner Autonomie auf die Staatsautonomie (vgl. Santos: 1995, 85-90). Was die Funktionsstörungen bezüglich der übermäßigen Verrechtlichung des sozialen Lebens allenfalls erreichen, ist in der Tat, dass

„[...] once at the service of the regulatory needs of the constitutional liberal state and of hegemonic capitalism, modern law, thereby reduced to scientific, state law, has gradually eliminated the tension between regulation and emancipation that originally constituted it“ (Santos: 1995, 89).

Dies ist schlussendlich das Hauptmerkmal des durch die westlichen Gesellschaften des dritten Jahrtausends geerbten Rechts: die Tendenz zur Unterwerfung seines emanzipatorischen Potentials unter seine Regulierungsfähigkeit,

¹⁶⁷ Siehe: Habermas: 1981b, 522, 536-537.

¹⁶⁸ Obwohl Santos sich hier auf das Werk Gunther Teubners bezieht, geht die Idee einer Materialisierung des Rechts auf Weber zurück, der sie seinem Konzept eines formellen Rechts gegenüberstellt, wenn auch die Ausdrücke „materiell“ und „formell“ mit verschiedenen Nuancen innerhalb seines Werkes vorkommen. Siehe hierzu: Teubner, Gunther (1986), „After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law“, in: Teubner, Günther (Hg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 299-326; siehe auch: Weber, Max (1956), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* 2, Tübingen, 396-397.

also seine Tendenz zur Reduzierung der sozialen Erwartungen als Konsequenz eines eisernen Schutzes der existierenden sozialen Erfahrung. Damit reproduziert diese interne Dynamik des Rechts sicher die globale regulierende Dynamik der Moderne, die durch ihre Vorliebe für wissenschaftliche und merkantilistische Logik entsteht.

4.2.2 Die Idee einer postmodernen Rechtskonzeption

Santos behauptet, dass die Krise des modernen Rechts sich im Rahmen eines größeren Prozesses befindet, der die ganze Moderne charakterisiert. Es ist die moderne Erfahrung selbst, die in eine Krise geraten ist, als sich ihre ursprüngliche Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation als Ergebnis der Vorherrschaft der wissenschaftlichen und merkantilistischen Logik und folglich als Ergebnis der exzessiven Einhaltung der Versprechen auf Fortschritt, Wachstum und Herrschaft, bzw. der mangelhaften Einhaltung der Versprechen auf Gleichheit, Freiheit und Frieden auflöste. Es handle sich dabei genau genommen um die Krise eines gesamten Paradigmas, womit Santos behauptet, dass zu Beginn des dritten Jahrtausends die westlichen Gesellschaften Zeugen einer Zeit des paradigmatischen Übergangs sind, obwohl diese aufgrund ihrer eigenen Natur noch nicht ausreichend beschrieben werden kann (vgl. Santos: 1995: 92-93, 107-108; Santos: 2003: 44). Santos behauptet jedoch klar und deutlich, dass sich in der Erschöpfung des modernen Projekts die Erschöpfung der Wissenschaft und des Rechts selbst widerspiegelt – also der Bereiche, die anstatt den Exzessen und Mängel der Moderne abzuhelpen, eher zu einem Vermittler der Dekadenz der Moderne wurden (vgl. Santos: 2002: 15); und dass folglich dieser paradigmatische Übergang, welcher ein Übergang „between forms of sociability in the widest sense“ (Santos: 1995: 93) ist, in großem Maße auch ein Übergang zu neuen Formen der Wissenschaft und Recht ist.

Seiner Berufung als „Nachhutsintellektueller“ alle Ehre machend, konzentriert sich Santos nicht so sehr darauf, die Profile der neuen Wissenschafts- und Rechtsparadigmen zu definieren, sondern eher darauf, die Bedingungen zu nennen, die es diesen neuen Paradigmen ermöglichen, sich im Horizont des zeitgenössischen paradigmatischen Übergangs zu erheben; dank dieser Bemühung kann man jedenfalls die sich bildenden Formen der Wissenschaft und des

Rechts erahnen.¹⁶⁹ Im Rechtsbereich formuliert Santos diese Bedingungen sowohl auf der Grundlage einer normativen Einstellung als auch aus einer rekonstruktiven Beurteilung des durch das Recht erfahrenen paradigmatischen Übergangs.

Auf normativer Ebene positioniert der portugiesische Denker seine Interpretation des aufkommenden rechtlichen Paradigmas im Rahmen seines „Postmodernismus der Opposition“, d.h. in seiner Suche nach gesellschaftlich verändernden, epistemisch-politischen Alternativen. Im Rahmen dieses Projekts betont Santos, es sei wichtig, dass die Bildung des neuen rechtlichen Paradigmas von einer emanzipationsorientierten Form des Wissens geleitet wird. Das Aufgreifen von Emanzipationswissen ermöglicht es Santos zufolge dem aufkommenden Paradigma, die oppositionelle Aufgabe zu vollziehen, das moderne Recht zu „ent-denken“. Das bedeutet einerseits, dass der, in derselben westlichen rechtlichen Tradition präsente, emanzipatorische Erfahrungsschatz sichtbar gemacht werden muss, aber vor allem, dass das juristische Denken sich der Pluralität von emanzipatorischen rechtlichen Erfahrungen öffnen muss, die in den zeitgenössischen Gesellschaften präsent sind, einschließlich natürlich die Erfahrungen der südlichen Hemisphäre (vgl. Santos: 1995: 91-92, 109; Santos: 2009: 609). Das heißt, Santos hebt die Notwendigkeit hervor, dass das aufkommende Paradigma sich über den vorhandenen rechtlichen Pluralismus erheben soll. Auf diese Weise wird der „Vergeudung“ der rechtlichen Erfahrung abgeholfen, die von der Etatisierung und der Verwissenschaftlichung des modernen Rechts ausgeht – einem Phänomen, das Santos als „Rechtsmord“ (*juricide*) bezeichnet. Der portugiesische Denker geht gewiss von der Überzeugung aus, dass ein solcher Perspektivenwechsel zur Schaffung eines Rechts beitragen wird, das fähig ist, die Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation wieder aufzubauen (vgl. Santos: 2002: 16; Santos: 2009: 609).

Allerdings beabsichtigt die Überlegung Santos' bezüglich des postmodernen Rechtsparadigmas, einen hauptsächlich deskriptiven Charakter zu haben, und zwar dahingehend, dass er es sich vornimmt, von der konkreten rechtlichen Praxis der zeitgenössischen Gesellschaften auszugehen, um von dort aus die programmatischen Leitlinien dieses neuen Paradigmas zu formulieren. In die-

¹⁶⁹ Bezüglich der Wissenschaft siehe die Überlegungen, die Santos über das neue Paradigma anstellt, in: Santos: 1995, 22-37. Mit diesem Vorschlag Santos' haben wir uns bereits befasst, als die Idee eines Übergangs von Regulierungswissen zu Emanzipationswissen vorgestellt wurde.

sem Sinne entwickelt Santos die traditionelle Theorie des Rechtspluralismus – die bereits im ersten Kapitel dieser Arbeit vorgestellt wurde – weiter und führt den Begriff der „Rechtskonstellationen“ ein. Der portugiesische Denker behauptet, dass dieser Begriff nicht nur die effektive Koexistenz verschiedener rechtlicher Ordnungen innerhalb jeder Gesellschaft besser zum Ausdruck bringt, sondern auch die Reihe von rechtlichen Vernetzungen, die zwischen diesen Systemen entstehen und die gerade zu Konstellationen „unterschiedlicher Vorstellungen und Praktiken des Rechts“ (Santos: 2009, 61) führen. Was für Santos wirklich existiert, ist also nicht eine einzige Rechtsform, z.B. das Staatsrecht, sondern Rechtskonstellationen.¹⁷⁰

Santos argumentiert auch, dass diese Konstellationen auf der Grundlage von rechtlichen Ordnungen entstehen, die mit grundsätzlich sechs Räumen der sozialen Beziehungen in Verhältnis stehen. Diese sind der häusliche, der produktive, der spezifisch mit dem Markt verbundene Raum, der gemeinschaftliche, derjenige, der den Bürger mit dem Staat verbindet, und der globale Raum.¹⁷¹ Die Vielfalt der Rechtskonstellationen, die sich aus der Wechselbeziehung dieser Räume und ihrer konstitutiven Machtformen ergibt, zeugt für Santos davon, dass das Recht durch das Überschreiten der in modernen Gesellschaften etablierten Gegensätze entsteht, und zwar zwischen „öffentlich/privat, Staat/Zivilgesellschaft, offiziell/nicht offiziell, die letztlich dazu beitragen, die anderen Räume des gesellschaftlichen Lebens zu entpolitisieren und damit die Tatsache zu verbergen, dass Macht und Recht in vielen anderen Räumen reproduziert werden“ (Santos: 2009, 61). Die Anerkennung des Handelns dieser Rechtskonstellationen führt Santos zufolge daher zu einem Rechtsparadigma, das die Vielfalt der politischen und rechtlichen Praktiken, die das Leben der Menschen bestimmen, sowie die Vielfalt der mit diesen Praktiken verbundenen Formen der Legitimität berücksichtigen kann (vgl. Santos: 2002: 16-20).

¹⁷⁰ In frühen Studien antizipiert Santos diese Idee durch den Begriff der „Interlegalität“: „We live in a time of porous legality or of legal porosity of multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by *interlegality*. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism and that is why it is the second key concept of a posmodern conception of law“ (Santos: 1987, 298).

¹⁷¹ Für eine detaillierte Vorstellung dieser Räume und der Rechtskonstellationen, die diese Räume hervorrufen, siehe: Santos: 1995, 428-438. Dies sind im Prinzip Räume, die den kapitalistischen Gesellschaften eigen sind, die aber in Gesellschaften mit einem beginnenden Verhältnis zum Kapitalismus mit einigen Varianten von einigen Rechtswissenschaftlern ähnlich bekannt werden. Siehe in diesem Zusammenhang die Berufung von Orlando Aragón auf diese sechs Räume der Rechtsproduktion in seiner Studie über das Funktionieren des Rechts im indigenen Gebiet von Michoacán, Mexiko: Aragón: 2016, 68-83.

Andererseits bestätigt Santos, begründet auf seiner zwar begrenzten und doch weiten Erfahrung des westlichen juristischen Szenarios, in den letzten Jahrzehnten die Existenz eines „kontrahegemonischen Nutzens“ des Rechts seitens verschiedener Sozialgruppen, welche sich mobilisieren, um sich gegen eine vorherrschende, zur Dominanz tendierende juristische Praxis zu stellen. Dieser kontrahegemoniale Nutzen des Rechts äußert sich vor allem im Hinzuziehen der Gerichte aus Rückforderungsgründen, im Druck auf die, für die rechtliche Anwendung zuständige Staatsbürokratie, und in der, auf die Forderung von Gesetzesreformen ausgerichtete Bürgerbewegung (vgl. Santos: 2018, 263). Es handelt sich andererseits um Praktiken, die sowohl inner- als auch außerhalb der offiziellen Legalität, auf verschiedenen Gerichtsbarkeitsebenen (lokal, national, transnational) und auf verschiedenen territorialen Ebenen in dort gegründeten Vereinigungen stattfinden (vgl. Santos: 2002, 19).

Freilich hindert die fehlende historische Distanz Santos daran, eine Beschreibung der Rechtsform zu bieten, die aus diesen kontrahegemonialen Praktiken entsteht. Allerdings stellt er mit dem Hinweis auf seine empirischen Forschungen fest, dass diese Praktiken einen transformationsorientierten Hintergrund haben, der darauf ausgerichtet ist, die Funktionsweise des modernen Rechts schrittweise neu zu gestalten, was er als „rekonfigurierendes Recht“ bezeichnet. Dabei stellt Santos selbst klar, dass der zentrale Anlass der zeitgenössischen sozialen Kämpfe in dem Maße eher politischen als juristischen Charakter hat, in dem diese vor allem mit den Forderungen nach einer radikaleren Demokratie und einer tiefgreifenden Umstrukturierung der Machtverhältnisse übereinstimmen (vgl. Santos: 2018, 254-255, 264-265).

5. Die Mittel der Emanzipation im lateinamerikanischen Recht

5.1. Einführung

Zu Ende von Kapitel 2 wurde bereits die Frage gestellt, die aus der theoretisch-geschichtlichen Entwicklung des Rechts in Lateinamerika entsteht, und zwar die Frage, ob die Grundlagen des modernen Rechts Raum für ein Rechtsparadigma bieten können, das im Unterschied zum herrschenden zentralistisch-legalistischen Paradigma Emanzipation ermöglicht und natürlich mit ausreichender Wirksamkeit in dieser Region agiert. Es handelt sich dabei um eine notwendige Fragestellung im Bereich der sozialen Praxis, aufgrund der Schwierigkeiten des modernen Rechts, sich zu legitimieren und sich im Leben der lateinamerikanischen Mehrheiten zu verwurzeln; aber auch im Bereich der theoretischen Reflexion, weil eine Rechtsphilosophie noch nicht ausreichend entwickelt ist, die geeignet ist, die Besonderheiten der lateinamerikanischen sozialen Erfahrung bei der Untersuchung der Fundamente des Rechtsphänomens mit zu berücksichtigen. In diesem abschließenden Kapitel möchte ich mich eben in diese grundlegende Reflexion über das lateinamerikanische Recht mit dem Ziel vertiefen, hierfür neue theoretische Wege aufzuspüren. Dazu greife ich sowohl auf die Angaben oder „analytischen Vermittlungen“ (vgl. Scannone: 2009, 70) zurück, die in der theoretisch-geschichtlichen Studie des zweiten Kapitels vorgeschlagen wurden, als auch auf die im dritten und vierten Kapitel vorgestellten Studien von Habermas und Santos zum modernen Recht.

Die vorliegende Reflexion beinhaltet gewiss eine normative Voraussetzung, die für ein weiteres Verständnis ihres Zwecks erörtert werden muss. Sie geht davon aus, dass das Recht hinsichtlich seines Handlungsfelds dazu geeignet ist, die Verwirklichung des Ideals der Emanzipation in der sozialen Realität zu vermitteln. Im Falle des modernen Rechts, dem auch das lateinamerikanische Recht entstammt, stützt sich diese Voraussetzung klar und deutlich auf die von Santos genannten Versprechen der Moderne von Freiheit und Gleichheit, selbst wenn die effektive Umsetzung dieser Werte in Frage gestellt werden

könnte. Habermas hat seinerseits diesen Gedanken aus der Perspektive der Menschenrechte betont: im System der Rechte drückt sich „das Versprechen von Emanzipation und Menschenwürde“ (Habermas: 1992, 504) aus. Darüber hinaus kann man festhalten, dass eine solche Voraussetzung sich auch auf die axiologischen Erwartungen stützt, die bei den Menschen bezüglich des Rechts im Allgemeinen entstehen: Jede Person mit einem gesunden Urteilsvermögen erwartet, dass ein Gesetz, eine gerichtliche Entscheidung, ein Vertrag oder eine gemeinschaftliche Regelung im Dienste des Fortschritts von Freiheit, Gleichheit und, mehr noch, der allgemeinen Gerechtigkeit steht, bzw. dass es zumindest nicht die Unterdrückung, Ungleichheit und Ungerechtigkeit begünstigt.

Nun aber geht diese Arbeit von der Überzeugung aus, dass die Berufung des Rechts auf Emanzipation sich außerdem auch auf sein universales Ziel stützt: das *δικαιον* bzw. die partikulare Gerechtigkeit. Wenn man dem folgt, woran im einführenden Kapitel festgehalten wurde, führen in der Tat die verschiedenen Rechtsformen eine Finalität mit sich, deren passendster Ausdruck das ist, was Aristoteles partikulare Gerechtigkeit nannte. Diese Form der Gerechtigkeit besteht in der strikt proportionalen Verteilung von all jenem – Güter und Zuständigkeiten –, das innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft verteilt werden kann, so dass jedes Subjekt das Seine erhält. Wie bereits festgestellt, erkennt Aristoteles in der Verwirklichung dieser partikularen Gerechtigkeit die Materialisation der Gleichheit; und dies entspricht, wenn man der Interpretation von Villey (vgl. Villey: 2001: 49-51) folgt, der objektiven Aufstellung von gerechten gesellschaftlichen Beziehungen. In diesem Sinne kann man also behaupten, dass das Ziel des Rechts als Verwirklichung einer objektiven Form der Gerechtigkeit zur Realisierung dessen beiträgt, was ab der Moderne als Emanzipation bezeichnet wird.

Angesichts der umfassenden Möglichkeiten einer Verwirklichung dieses moralischen Ideals muss man jedoch dringend darauf hinweisen, dass der Beitrag des Rechts hierzu keine Aktionen beinhalten darf, die über das Ziel des Rechts selbst hinausgehen, und zwar dass jeder das Seine erhält, bzw. das römische Gebot *suum cuique tribuere* erfüllt ist. Der beste Beitrag des Rechts zur Realisierung der Emanzipation besteht dann strikt genommen aus der Verwirklichung der partikularen Gerechtigkeit. Und tatsächlich hat man mit Bezug auf diese spezifische Form der Gerechtigkeit die soziale Funktion des Rechts als Beitrag zur Schaffung gerechter Gesellschaften definiert.

Nachdem die normative Voraussetzung der vorliegenden Reflexion besprochen wurde, ist weiterhin darauf hinzuweisen, dass, wie aus den vorherigen Kapiteln zu entnehmen ist, die Diskussion rund um die Grundlagen des modernen Rechts größtenteils eine Diskussion über die Begründung derjenigen Mittel ist, auf die sich dieses Rechtsmodell stützt: die Vernunft, die positiven Gesetze, die schriftliche Form, der Zwang, die Staatsgewalt, die Sprachpraxis, die institutionellen Prozeduren, das soziale Verhalten, etc. Eine ergiebige Antwort auf die Ausgangsfrage dieses Kapitels zu finden bedeutet also, dass eine Reflexion über die Mittel vorgenommen werden muss, über die das Recht bei der Erfüllung des Ideals der sozialen Emanzipation in den lateinamerikanischen Gesellschaften am besten verfügt.

Wie bereits erwähnt, beruht die Feststellung der Unangemessenheit des zentralistisch-legalistischen Rechtsparadigmas für die gesellschaftliche Wirklichkeit Lateinamerikas auf der Tatsache, dass seine Funktionsweise bis jetzt nur unzureichend emanzipatorisch und unzureichend wirksam gewesen ist. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Elemente, die ab dieser Diagnose infrage gestellt werden, genau die Mittel sind, die die Insuffizienz des Paradigmas verursacht haben. Dabei handelt es sich zum Einen um die Zentralisierung der Rechtsproduktion im Nationalstaat – einen Prozess, der zu einer Unsichtbarkeit der Pluralität der Rechtspraktiken und Rechtsinteressen der lateinamerikanischen Bevölkerungen geführt hat; und zum Anderen, um die formalistische Legalisierung des Rechts – eine Praxis, die in Gesellschaften, die von einer tiefgreifenden sozialen und wirtschaftlichen Asymmetrie gezeichnet sind, Institutionen und Normen verstärkt hat, die nicht an den modernen Idealen der Freiheit und Gleichheit gebunden sind.

So kommt es also, dass man letztendlich jene Grundfrage erörtern muss, welche Mittel für die Gründung eines emanzipatorischen Rechts in Lateinamerika am geeignetsten sind, und ob die Annahme dieser Mittel nicht nur das Aufgeben des zentralistisch-legalistischen Paradigmas bedeuten würde, sondern auch des allgemeinen Paradigmas der Moderne. Im folgenden Kapitel werde ich mich mit diesen Fragen befassen. Hierzu werden die Vorschläge zur Erneuerung oder Überwindung des modernen Rechts kritisch zu überprüfen sein, die Habermas und Santos unterbreitet haben.

5.2 Der Vorschlag eines prozeduralen Rechtsparadigmas

Angesichts der „Aporien“ des Modernisierungsprojekts westlicher Gesellschaften, die Habermas grundsätzlich der Herrschaft der Wirtschaft und der staatlichen Verwaltungsmacht über die Lebenswelt zuschreibt, behauptet der deutsche Denker, dass die Mittel zur Bewältigung nur über eine Radikalisierung des Projekts der Aufklärung selbst gewonnen werden können, d.h. des Projekts eines selbständigen Denkens, von Freiheit und einer emanzipierten Gesellschaft. Das im modernen Projekt enthaltene Vernunftpotenzial sollte allerdings nicht weiterhin mit der instrumentellen Rationalität identifiziert werden, also mit einer Rationalität, die eher die Herrschaft der Lebenswelt untermauert hatte. Daher führt Habermas die Idee einer kommunikativen Rationalität ein – einen Begriff, der für ihn den Modernisierungsprozess besser beschreibt. Somit werden es die Strukturen des kommunikativen Handelns, d.h. der verständigungsorientierten Kommunikation sein, die die von Habermas vorgeschlagene Radikalisierung des Projekts der Moderne begründen werden, und somit auch eine Theorie des moralischen Handelns (Diskursethik) und eine neue Rechtstheorie. Beide theoretischen Konstrukte gehen so von der Feststellung aus, dass die Subjekte spezifisch in der konsensorientierten Kommunikation (Diskurs), indem sie moralische bzw. rechtliche Normen setzen, Geltungsansprüche erheben, die durch bestimmte Verfahren überprüft werden, und dass folglich sich die Aufgabe der Ethik und des Rechts auf die Unterscheidung solcher Verfahren konzentriert – daher ihre Bezeichnung als „prozedural“.

Das daraus resultierende Rechtsparadigma stützt sich also, wie schon gesehen, auf die These, die Legitimität des Rechts beruhe auf diskursiven Verfahren und Kommunikationsvoraussetzungen, da diese die Rationalität des produzierten und angewandten Rechts gewährleisten. Die Verwirklichung des prozeduralen Rechtsparadigmas in den modernen Gesellschaften setzt jedoch für Habermas bestimmte Bedingungen voraus, die durch das von ihm rekonstruierte System der Rechte formuliert werden.

Zu diesen Bedingungen gehört in erster Linie die Forderung an jedes vom Gesetzgeber geschaffene oder von der Justiz anerkannte Recht, alle seine Empfänger als Rechtssubjekte mit gleichen subjektiven Handlungsfreiheiten zu behandeln (vgl. Habermas: 1992, 499). Das System der Rechte wäre allerdings auf den Bereich der „subjektiven Rechte“ beschränkt geblieben, hätte Habermas nicht auch darin eine Gesamtheit politischer Rechte erkannt, die die Bürger zur

Teilnahme an der Meinungs- und Willensbildung des Gesetzgebers berechtigt. Gerade in diesen Rechten begründet der deutsche Denker die Berechtigung der Subjekte, durch den Einsatz des Diskursprinzips Recht zu schaffen, d.h., mittels des verständigungsorientierten Sprachgebrauchs vom Status der Adressaten zu dem der Autoren ihrer eigenen Rechte überzugehen.

Auf diese Weise stützt Habermas, begründet auf dem System der Rechte, die These einer Gleichursprünglichkeit der privaten Autonomie und der öffentlichen Autonomie, wie man es hinsichtlich der Beziehung zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität bzw. Demokratie feststellen konnte. Die diskursive Rechtsproduktion, die das System der Rechte ermöglicht, gestattet es Habermas andererseits, das Problem der Dichotomie zwischen der Positivität und der Legitimität der Normen zu überwinden. Der deutsche Denker behauptet, dass die institutionalisierten Normen, indem sie auf dem diskursiven Übergang von der privaten Autonomie zur öffentlichen Autonomie der Subjekte begründet werden, in ihrer Positivität Träger der Legitimität werden.

Wenn also in der *Theorie des kommunikativen Handelns* das moderne Recht in erster Linie die Aufgabe übernommen hat, die Forderung auf Selbstlegitimation der „systemischen Mechanismen“ gegenüber der sozialen Beziehungen der Lebenswelt zu vermitteln, so wird es später, aufgrund seiner Verbindung mit dem Diskursprinzip, von Habermas als Teil einer „Haut“ betrachtet, die die aus der Lebenswelt und durch die bürgerliche Öffentlichkeit hervorgehenden rechtlichen Kommunikationen in den politisch-institutionellen Bereich integriert – und damit zum Medium wird, das das Normative mit dem Empirischen verbindet:

„Die Bezugnahme auf die Kommunikationsverhältnisse, aus denen politische Macht entsteht, die Bezugnahme auf Kommunikationsformen, auf die die Erzeugung legitimen Rechts angewiesen ist und über die es sich reproduziert – diese Bezugnahme lenkt den Blick auf jene in abstracto festgehaltenen Strukturen gegenseitiger Anerkennung, die sich mit dem legitimen Recht wie eine Haut um die Gesellschaft im ganzen spannt“ (Habermas: 1992, 493)

Dieses Netzwerk, das das prozedurale Rechtsparadigma operationalisiert, ist, so Habermas, wie ein Stoff, der eine ganze Gesellschaft umwickeln kann, so komplex sie auch sein mag (vgl. Habermas: 1992, 527-528). Damit begründet der deutsche Denker die Berufung auf Integration des kommunikativ rekonstruierten modernen Rechts.

Blickt man nun auf die lateinamerikanischen Gesellschaften und ihre Herausforderung, ein gerechteres Recht zu schaffen, stellt man sich vollauf begründet die Frage, ob in dieser Region das Habermassche prozedurale Rechtsparadigma eine gültige Alternative zum vorherrschenden zentralistisch-legalistischen Paradigma darstellt. Diese Frage stellt sich zum einen aufgrund der Tatsache, dass die Gesamtheit der lateinamerikanischen Rechtssysteme – trotz ihrer Inkonsistenzen – und das prozedurale Rechtsparadigma sich die Eigenschaft teilen, im modernen Projekt zu verwurzelt zu sein. Die Frage stellt sich aber auch aufgrund der universalistischen Berufung des normativen Vorschlags von Habermas – eine Berufung, die im Programm einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts offensichtlich ist. Bevor nun aber diese Frage erörtert wird, gilt es fest zu halten, dass, der historischen Entwicklung des Rechts in Lateinamerika nach zu urteilen, eine mögliche, auf das prozedurale Paradigma basierende Begründung von Institutionen und juristischen Normen in diesen Gesellschaften auf zwei unausweichlichen Realitäten stößt, und zwar auf eine tiefe soziale Asymmetrie und die Pluralität von Rechtspraktiken und Rechtsinteressen. Aus diesem Grunde macht diese Reflexion über die Angemessenheit bzw. Unangemessenheit des juristischen Vorschlags von Habermas für den sozialen Kontext in Lateinamerika bei der Betrachtung beider Realitäten halt. Bevor ich mich darin weiter vertiefe, werfe ich jedoch zunächst einen Blick darauf, was die jüngere Forschung am Rechtsdenken von Habermas kritisiert hat.

5.2.1 Kritische Anmerkungen

Die zentralen Thesen Habermas' waren, aufgrund des erlangten Stellenwerts seines Denkens in der zeitgenössischen Reflexion über das Rechtsphänomen, Ziel von zahlreichen Analysen und kritischen Bewertungen. Allerdings sind für diese Arbeit die Bemerkungen hinsichtlich vier zentraler Aspekte der Habermasschen Rechtstheorie von besonderem Interesse: ihre diskursive Begründung, die kognitive Komponente, seine Form von Normativität und deren formalistische Eigenschaft. Ich konzentriere mich auf diese Aspekte und beachte dabei die Art und Weise, wie die Themen Machtverhältnisse und sozialer Pluralismus behandelt werden.

In Bezug zur diskursiven Begründung des Rechts hat Dietmar von der Pfordten die Beiträge anderer Autoren übernommen und die postmetaphysische Natur des Diskursprinzips im Allgemeinen in Frage gestellt. Zwar erkläre

das Habermassche normative Projekt, auf jede Form der metaphysischen Begründung verzichten zu können. Allerdings greife, so Von der Pfordten, Habermas bei der Begründung der Möglichkeit des Diskurses und des Konsenses auf die ideale Figur des „gemeinsamen Bestands“ der Subjekte zurück,¹⁷² ein Element, das als Kollektivgut die Bindung zwischen diesen begründet. Das Problem ist, dass Von der Pfordten zufolge Habermas damit im Konzept des Diskurses „ein eigenartiges quasi-substantielles Rudiment partiell metaphysischer Ethikvorstellungen, insbesondere der Hegelschen Ethik“ einführt, das im Kontrast steht zur prozeduralen Beschaffenheit seiner gesamten normativen Theorie (Von der Pfordten: 2000, 21). Von der Pfordten behauptet, dass das Konzept eines idealen Diskurses für sich selbst eigentlich keinen nicht-metaphysischen Inhalt hat, der als Begründung für den Diskurs selbst dienen könnte – eine Bemerkung, die tatsächlich bereits John Rawls in seiner Auseinandersetzung mit dem Werk Habermas’ Mitte der 1990er Jahre gemacht hatte (vgl. Von der Pfordten: 2000, 19-21; Rawls: 1996, 421-433). Ist die Normativität mit einem Inhalt zu begründen, muss dieser, so von der Pfordten, in der „Materialität“ der bestrittenen Interessen der Subjekte zu suchen sein, in dem Maße, in dem diese jeder diskursiven Prozedur vorangeht:

„Meine These ist [...], daß man einen derartigen quasisubstantiellen, ‘gemeinsamen Bestand’ zwar *pragmatisch-sozialpsychologisch*, nicht aber *normativ-ethisch* braucht. Die ethische Lösung einer Konfliktlage zwischen Individuen fließt nicht aus etwas anderem Gemeinsamen, sondern aus den Interessen der Individuen und den Bedingungen der Konfliktsituation [...].“ (Von der Pfordten: 2000, 22-23).

Im Zusammenhang mit dem Diskursprinzip steht auch die von Kunz und Mona aufgegriffene Bemerkung über die reale Möglichkeit der Verwirklichung des Diskurses. Beide Autoren stellen fest, dass häufig, aus rein praktischen Gründen, nicht alle von einer zu entscheidenden Angelegenheit Betroffenen an dem Diskurs teilnehmen können, weshalb diese bestenfalls von anderen Subjekten vertreten werden müssen. Daher stellt sich die Frage: „Findet hier wirklich noch eine diskursethische Begründung statt [...]?“ (Kunz/Mona: 2015, 172). In derselben Linie weisen Seelmann und Demko ebenfalls auf die häufige Unmöglichkeit hin, bei realen Diskussionen eine konsensbegründete Einigung zu erzielen, aufgrund der verbleibenden Unstimmigkeiten zwischen den Teilnehmern (vgl. Seelmann/Demko: 2014, 192-193).

¹⁷² Ein Ausdruck, der nicht in den zuvor angeführten Hauptaufsätzen Habermas’ über die Diskursethik erscheint, allerdings in seinem später verfassten Aufsatz, „Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral“ (Habermas: 1996, 58) eingeführt wird.

Hinsichtlich der kognitiven Beschaffenheit beziehen sich die größten Zweifel an der Habermassche Rechtstheorie auf die Exklusivität, die diese der kommunikativen Vernunft als Quelle der sozialen Integration zumisst. Diesbezüglich macht Peter Koller eine relevante Bemerkung. Koller unterstützt die grundlegende Idee, ein koordiniertes soziales Handeln erfordere es, dass die Subjekte eine Einigung über die verbindlichen Normen erzielen; allerdings bezweifelt Koller, dass man diese Vereinbarung ausschließlich in Form einer Verständigung erzielen kann, die aus der kommunikativen Vernunft hervorgeht und die ausschließlich aus einer Einigung aufgrund von „übereinstimmenden objektiven Gründen“ besteht. Anders als bei subjektiven Gründen, die direkt von partikularen Interessen der Beteiligten abhängen, entstehen, so Koller, die objektiven Gründe aus der unparteiischen Betrachtung aller Teilnehmer, die kraft ihrer Fähigkeit erreicht wird, die eigenen Interessen außer Acht zu lassen und sich in die hypothetische Situation einer „allgemeinen Gleichbefindlichkeit“ versetzen zu können. Trotzdem erkennt Koller, in dem er das rekonstruktive Postulat von Habermas berücksichtigt, dem zufolge die normativen Grundlagen seiner Theorie bereits in der gesellschaftlichen Wirklichkeit umgesetzt sind, die Existenz vieler Gesellschaften in der Geschichte der Menschheit, deren soziale Stabilität nicht anhand einer vernünftigen Einigung der gleichberechtigten Subjekten entstanden ist, sondern anhand eines strategischen Gleichgewichts zwischen ungleichen sozialen Kräften – natürlich ohne dass dies bedeutet, dass eine strategisch erlangte Ordnung moralisch wünschenswerter wäre, als eine, die durch eine, auf objektive Gründe gestützte, vernünftige Verständigung erlangt wird (vgl. Koller: 2016: 22-26). Damit stellt Koller die Habermassche Voraussetzung in Frage, dass nur die kommunikative Vernunft auf effektive Weise die Errichtung einer integrativen und stabilen normativen Ordnung ermöglicht: „Ich sehe aber nicht, wie es gehen sollte, daraus Habermas’ sehr starke These zu gewinnen, eine effektive Koordination sozialen Handelns setze notwendig ein kommunikativ vernünftiges Einverständnis der Betroffenen über die verbindlichen Normen ihres Handelns voraus“ (Koller: 2016, 26).

Hand in Hand mit dieser Infragestellung ist weiterhin ein Vorwurf des Eurozentrismus gegen den Begriff der kommunikativen Vernunft selbst aufgetreten. So behauptet zum Beispiel Santos, dass die kommunikative Vernunft sich trotz ihrer Forderung nach Universalität in dem Maße auf exklusive Grundlagen stützt, als es die Existenz von Subjekten voraussetzt, die grundlegend frei von Herrschaft sind; das sei es, was ihnen eine Beteiligung an der Diskursdy-

namik ermöglicht. Diese Bedingung ist allerdings in großen Teilen der Welt nicht erfüllt. Des Weiteren bringt Santos die Pluralität der Herrschaftsformen zur Sprache, die in ihrer Komplexität sogar in der „entwickelten Welt“ (Patriarchat, Klassismus, Rassismus etc.) existieren können (vgl. Santos: 2003, 28, 420-421).¹⁷³

Andererseits war auch die Form der Normativität, die Habermas seiner Rechtstheorie verliehen hat, Ziel verschiedener Infragestellungen durch mehrere Autoren, unter anderem, von Christian Marxsen. Marxsen unterstreicht, dass Habermas, als er seine Diskurstheorie ausarbeitete, ausdrücklich die Absicht hatte, eine Rekonstruktion der Grundlagen der Normativität in Auseinandersetzung mit den Strukturen der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorzunehmen. Allerdings bezweifelt er, dass die durch Habermas rekonstruierte Normativität einen Effekt des normativen Gehaltes der lebensweltlichen Kommunikation auf die institutionelle Wirklichkeit widerspiegeln könne. Es sei deshalb zu bezweifeln, weil laut Habermas selbst gilt: Damit dieser Effekt stattfinden könne, müsse sich in der diskursiven Kommunikation zunächst die Überzeugungskraft des „besseren Arguments“ durchgesetzt haben,¹⁷⁴ bevor eine Entscheidung getroffen werde, die es wert ist, daraufhin in der institutionellen Ordnung umgesetzt zu werden. Allerdings behauptet Marxsen, dass in der öffentlichen Diskussion nicht immer das beste Argument vorherrscht, und dass dies daran liegt, dass der Diskurs häufig von den verschiedenen Ebenen der sozialen Macht der Akteure bestimmt wird – wodurch das, was oftmals in den politischen Institutio-

¹⁷³ Es ist an dieser Stelle klarzustellen, dass die radikalste Kritik gegen den kognitiven Bestandteil der Diskurstheorie als Ganzes das ist, was ihr Konzept der Rationalität selbst in Frage gestellt hat. Der Logiker und Rechtspositivist Ota Weinberger hat diesbezüglich bereits zu Beginn der 1980er Jahre darauf hingewiesen, dass der Konsens kein Wahrheitskriterium sei, und dass die Rationalität über die guten Gründe hinaus gehen müsse, die in einem Diskurs dargelegt werden können. Siehe: Weinberger, Ota (1994), „Habermas on democracy and justice. Limits of a sound conception“, in: *Ratio Juris*, H. 2, 239-253. Zweifellos hat sich Habermas in der Phase zur Vorbereitung seiner Theorie des kommunikativen Handelns mit einer gewissen Einfachheit auf die Fähigkeit des begründeten Konsens, ein Wahrheitskriterium zu werden, bezogen. Hierzu siehe Habermas, Jürgen (1973), *Wahrheitstheorien*, in: Fahrenbach, Helmut (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, Pfullingen, 211-265. Allerdings hat der deutsche Denker in einem Zusatz zur nächsten Auflage des selben Textes begonnen, wichtige Nuancen in jene Idee eines virtuellen Zugangs zur Wahrheit durch diskursiven Konsens einzuführen: „Die Rede von Wahrheitskriterium ist irreführend. Die Konsentstheorie erklärt die Bedeutung des Wahrheitsbegriffs, allerdings mit Bezugnahme auf eine Prozedur – nicht zwar der Wahrheitsfindung, aber der Einlösung von Wahrheitsansprüchen“ (Habermas: 1984, 160, Fußnote 32). Nun hat sich der Wahrheitsanspruch ohnehin im Kern des Habermasschen Verständnisses über die Natur des Diskurses gehalten.

¹⁷⁴ Hier spielt Marxsen auf folgende Idee von Habermas an: „Der Ausgang eines Diskurses kann weder durch logischen noch durch empirischen Zwang allein entschieden werden, sondern durch die ‚Kraft des besseren Arguments‘“ (Habermas: 1984, 161).

nen zu beobachten ist, eher der Effekt der in der Gesellschaft dominanten Machtprozesse ist, als der Effekt einer kommunikativ erzeugten Macht (vgl. Marxsen: 2011, 254-259, 262-263):

„Im Ergebnis bleibt unbeantwortet, wo der freie Diskurs überhaupt noch seinen Ort haben könnte, wenn doch überall bereits soziale Macht am Werke ist. Damit verwandelt sich der gesamte politische Prozess in einen Machtprozess, der die von Habermas postulierte diskursive Grundlage konterkariert“ (Marxsen: 2011, 259).

Indem er die soziale Macht dem Diskurs überordnet, stellt Marxsen die Möglichkeit in Frage, dass das normative Konstrukt von Habermas tatsächlich auf der Grundlage einer vom normativen Gehalt der Kommunikation geformten, institutionellen Wirklichkeit rekonstruiert werden könne, womit der idealistische Charakter des Projekts bewiesen werde.¹⁷⁵ Bezüglich der sozialen Macht ist weiterhin darauf hinzuweisen, dass Nancy Fraser bereits bei einem Essay vor *Faktizität und Geltung* (Fraser: 1990) Habermas' Optimismus bezüglich der diskursiven Leistungsfähigkeit der Zivilgesellschaft in der Öffentlichkeit in Frage stellte. Fraser macht auf die Kraft aufmerksam, die die Asymmetrien der Macht ausüben, und auf die nur geringe Fähigkeit der Öffentlichkeit, sowohl die Prozesse der Ausgrenzung (insbesondere die der Frauen und kulturellen Minderheiten), als auch die Überlebensstrategien der ausgegrenzten Gruppen zu erkennen (vgl. Fraser: 2015, 150-151; Fraser: 1990, 58-72).¹⁷⁶

Bezüglich der Form der Normativität in der Rechtstheorie von Habermas ist andererseits die bekannte, von Seelmann und Demko aufgegriffene Frage zu erwähnen, ob der Konsens – selbst unter idealen Bedingungen – die moralische Richtigkeit einer diskursiv entstandenen Norm gewährleisten kann. Diese Frage weist auf die Abwesenheit eines letzten Kriteriums im Diskurs hin, das die normative Richtigkeit des Rechts gewährleisten könne (vgl. Seelmann/Demko: 2014, 192). Wie schon gesehen, hatte Habermas bereits in seiner Diskussion mit Apel darauf verzichtet, dass in seiner Diskurstheorie eine Art Letztbegründung für das moralische Handeln gefunden werden könnte.

Zu guter Letzt ist die Kritik zu erwähnen, die spezifisch gegen den formalistischen Charakter des prozeduralen Rechtsparadigmas und des Habermas-

¹⁷⁵ Im hispanoamerikanischen Raum ist unter anderem David Sobrevilla zum selben Schluss gekommen (vgl. Sobrevilla: 2007, 577). Andererseits spricht Juan Antonio García eher von einer Spannung zwischen den normativen und rekonstruktiven Elementen der Rechtstheorie von Habermas (vgl. García: 1997, 33-40).

¹⁷⁶ Für einen allgemeinen Einblick in die neueste Kritik an den Habermas'schen Konzepten der Zivilgesellschaft und Öffentlichkeit, siehe: Kreide, Regina (2016), „Zur Rolle von Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit“, in: Koller, Peter/Hiebaum, Christian (Hg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin, 135-152.

chen Modells der deliberativen Demokratie gerichtet ist, wenn diese Kritik in letzter Instanz auch den kognitiven Bereich betrifft. Diesbezüglich ist die Position von Chantal Mouffe relevant. Mouffe schätzt die Tatsache, dass Habermas sein Konzept eines rationalen Konsenses auf die Suche nach der Legitimität für die demokratischen Institutionen gerichtet hat. Allerdings behauptet sie, dass die kommunikative Vernunft und die Priorisierung der Prozeduralität, die für Habermas dieses Projekt stützen, nicht in der Lage sind, den Bürgern eine höhere Akzeptanz der politischen Institutionalität zu gewährleisten, weil diese Akzeptanz seitens der Subjekte eher von einem *acknowledgement* abhängt, als von einem formellen *consent*. Die rationale Prozeduralität erkennt, so Mouffe, die Rolle nicht, die Leidenschaften und Gemütsbewegungen im demokratischen Leben spielen. Diese Unkenntnis geht für Mouffe auf den Subjektbegriff aus der Habermasschen Sozialtheorie zurück, welchem zufolge die Individuen weder soziale Beziehungen noch Machtverhältnisse, Kultur, Sprache noch alle anderen Praktiken besitzen, die deren Existenz ermöglichen. Aus diesem Grunde schlägt die belgische Denkerin vor, Habermas' Betonung der Achtung von Argumentationsformen beiseite zu legen und sich auf die Typen von sozialen Praktiken zu konzentrieren, d.h. auf die Referenzrahmen, in denen die Subjekte ihr Leben, ihre Beziehungen und ihre Entscheidungen bewerten (vgl. Mouffe: 2000a, 94-97). Mouffe begründet diese Idee mit einem Gedanken von Ludwig Wittgenstein:

„[...] in his later work he has highlighted the fact, that in order to have agreement in opinions, there must first be agreement in forms of life [...]. This means that procedures should be envisaged as a complex ensemble of practices. It is because they are inscribed in shared forms of life and agreements in judgements that procedures can be accepted and followed. They cannot be seen as rules that are created on the basis of principles and then applied to specific cases. Rules for Wittgenstein are always abridgements of practices, they are inseparable from specific forms of life. This indicates that a strict separation between ‚procedural‘ and ‚substantial‘ or between ‚moral‘ and ‚ethical‘, separations which are central to the Habermasian approach, cannot be maintained. Procedures always involve substantial ethical commitments, and there can never be such a thing as purely neutral procedures“ (Mouffe: 2000a, 97).

Damit stellt Mouffe auch die Entscheidung von Habermas in Frage, aus seinem Projekt über die institutionelle Legitimation jegliche Referenz zum substantiellen Bereich der von ihm genannten „Ethik“ auszuschließen, d.h. zum Bereich der Werte, die an eine bestimmte Lebensart geknüpft und daher nicht zur Universalisierung fähig sind. Mouffe vertritt die Ansicht, dass kraft dieser Entscheidung die institutionelle Prozeduralität sich zu einem Mittel der Aus-

grenzung der ganzen Pluralität von Personen und Kulturen degeneriert, die ihr demokratisches Leben auf Praktiken und Überzeugungen mit einem starken substantiellen Inhalt ausrichten (vgl. Mouffe: 2000b, 68-69, 73-74).

Wie im Folgenden zu sehen ist, treffen diese kritischen Bemerkungen meiner Meinung nach nicht alle gleichermaßen auf den Kern der Habermaschen Rechtstheorie zu; jedoch erlauben sie eine deutlichere Darstellung des Verständnisses des Rechts, das dem Vorschlag eines prozeduralen Rechtsparadigmas zugrunde liegt. In diesem Sinne ist es, der Kritik von Seelmann und Demko folgend, klar, dass, indem das zeitgenössische Denken auf die Möglichkeit verzichtet hat, ein endgültiges normatives Kriterium für die theoretische Begründung der Rechtsnormen zu benennen, Habermas als grundlegende Ressource des Rechts die Ausübung der kommunikativen Vernunft postuliert. Sie ist in seinem Rechtsverständnis sowohl die Quelle der Geltung als auch die Bedingungsmöglichkeit für eine Verwirklichung des Rechts (Faktizität), die für das soziale Zusammenleben am meisten zufriedenstellend ist. Andererseits zeigen die Kritiken von Koller, Marxsen und Mouffe, dass, auch wenn das rekonstruktive Element grundlegend für die Rechtstheorie von Habermas ist, sein Rechtsverständnis eine zentrale normative Komponente hat, die ihrerseits von einer gewissen Dosis Idealismus gestützt wird. Ohne diese normative Komponente könnte das diskursive Recht zum einen nur schwer in den komplexen sozialen Bedingungen der modernen Gesellschaften errichtet werden, und zum anderen könnte die historische Wirkung des prozeduralen Rechtsparadigmas nur schwer theoretisch rekonstruiert werden, wie es bei Habermas geschieht.

5.2.2 Aus lateinamerikanischer Sicht

Nachdem die wichtigsten Kritikpunkte an der Rechtstheorie von Habermas erörtert wurden, wende ich mich nun der Frage zu, ob in Lateinamerika das prozedurale Rechtsparadigma eine gültige Alternative für die Förderung der Emanzipation darstellt oder nicht. Hierfür werde ich diese Fragestellung aus einer lateinamerikanischen Perspektive prüfen und gleichzeitig die Anpassungsmöglichkeiten des Vorschlags von Habermas für diese Weltregion untersuchen. Aus dieser Perspektive sind die wichtigsten Bemerkungen zum prozeduralen Rechtsparadigma sicherlich jene, die in Bezug zu seiner Position gegenüber den bestehenden Machtverhältnissen und dem sozialen Pluralismus stehen, und zwar in dem Maße, in dem, wie bereits bewiesen wurde, diese Phäno-

mene eine besondere Herausforderung in Lateinamerika darstellen. In diesem Sinne setzen sich klar und deutlich die Bemerkungen sowohl bezüglich der kognitiven als auch der normativen Fundamente des Habermasschen Vorschlags durch.

Bezüglich des Kognitiven argumentiert Koller, dass die kommunikative Vernunft keine notwendige Voraussetzung für die Koordination des sozialen Handelns ist, weil viele Gesellschaften einen hohen Grad an Integration und normativer Stabilität erreicht haben, ohne zu einer kommunikativen Verständigung gefunden zu haben, die auf übereinstimmende objektive Gründe gestützt ist. Diese Behauptung lässt sich meiner Meinung nach auch auf Lateinamerika übertragen, betrachtet man die Geschichte der lateinamerikanischen Gesellschaften, wo vormoderne Kulturen wie z.B. die Mayas, Azteken oder Inkas ein hohes Maß an soziale Integration auf der Basis von autoritativen Formen der normativen Stabilisierung erreicht haben – dies natürlich mit einem nicht geringen Maß an sozialer Herrschaft (vgl. Trimborn: 1936; Basadre Grohmann: 1956, 199-216; Steward: 1972). Und man kann das, den Rechtspluralisten wie Santos zufolge, auch für die gegenwärtige Realität festhalten, wo verschiedene soziale Räume jenseits der Herrschaft der lateinamerikanischen Nationalstaaten fortbestehen, in denen ein hohes Maß an normativer bzw. juristischer Stabilität anders erreicht wird als über den Austausch von, auf rationale Verständigung orientierten, objektiven Gründen.

Zweifellos stellt diese Bemerkung Kollers die kognitivistische Verzerrung unter Beweis, die notwendigerweise jeder Vorschlag auf Rekonstruktion der Rechtsentwicklung annehmen würde, der davon ausgeht, dass die kommunikative Rationalität eine universelle Ressource bei der Errichtung des Rechts ist. Dies ist allerdings bei der von Habermas vorgeschlagenen Rekonstruktion nicht der Fall, weil diese auf die Evolution des Rechts in der westlichen Moderne fokussiert ist und folglich als Rekonstruktion nicht behauptet, universell zu sein. Also spricht die Anerkennung von wichtigen juristischen Entwicklungen in den großen amerikanischen Kulturen oder in Menschengruppen, die am Rande der westlichen Moderne bleiben, an sich nicht gegen die Voraussetzung der kommunikativen Vernunft und damit auch nicht eines kognitiven Bestandteils der Rechtstheorie von Habermas. Was Kollers Bemerkung allerdings in Frage stellt: ob ein Rückgriff auf die kommunikative Rationalität für die Begründung des Rechts notwendig ist. Aus diesem Grunde kann in sozialen Räumen, die sich

fern der Moderne befinden, das prozedurale Rechtsparadigma ein normativer Theorie-Vorschlag sein, aber in erster Linie kein rekonstruktiver.

Wenn man sich aber ein solches Rechtsparadigma trotz seines kontextuellen Ursprungs auch außerhalb des Rahmens der westlichen Moderne vorstellen könnte, dann doch nur, weil andererseits festgestellt werden kann, dass die kommunikative Rationalität, die dieses Paradigma stützt potenziell den Menschen aller Kulturen zur Verfügung steht, beispielsweise den einheimischen Kulturen, die in Lateinamerika fernab der Moderne leben. In seinem wichtigen Essay *Die Einheit der Vernunft in der Vielfalt ihrer Stimmen* hat Habermas diese Feststellung des universellen Charakters der kommunikativen Rationalität mit Formulierungen wie diese verteidigt:

„[...] alle Sprachen bieten die Möglichkeit, zwischen dem, was wahr ist, und dem, was wir für wahr halten, zu unterscheiden. In die Pragmatik eines jeden Sprachgebrauchs ist die *Unterstellung* einer gemeinsamen objektiven Welt eingebaut. Und die Dialogrollen jeder Gesprächssituation erzwingen eine Symmetrie der Teilnehmerperspektiven. Sie eröffnen zugleich die Möglichkeit der Perspektivenübernahme zwischen Ego und Alter sowie die Austauschbarkeit von Teilnehmer- und Beobachterperspektiven. [...] An der Möglichkeit sprachlicher Verständigung können wir einen Begriff situierter Vernunft ablesen, die ihre Stimme in zugleich kontextabhängigen und transzendierenden Geltungsansprüchen erhebt [...]“ (Habermas: 1988, 178-179).

Nach welchen Kriterien sollte sich allerdings das lateinamerikanische Recht theoretisch auf die sprachliche Verständigung berufen und ein Rechtsparadigma annehmen können, das in einem anderen kulturellen Kontext rekonstruiert wurde? Diese Frage wird am Ende dieses Kapitels zu erörtern sein.

Andererseits hat Marxsen bezweifelt, dass sich, wie es Habermas annimmt, die Normativität seiner Rechtstheorie im normativen Gehalt der kommunikativen Vernunft verwurzeln lasse. Marxsen behauptet, dass die institutionelle Ordnung in der Praxis mehr von den Machtbeziehungen, die die Subjekte eingehen, bestimmt wird als von der Überzeugungskraft der im Diskurs aufgeworfenen Argumente. Für Marxsen sind das, was sich im rekonstruierten Rechtsparadigma von Habermas ausdrückt, eigentlich nur die rechtlichen Konsequenzen der dominanten Machtprozesse in der westlichen Moderne – also jene, denen Habermas Normativität verleihen würde.

Zweifellos macht die Zusammenfassung der geschichtlichen Entwicklung des modernen Rechts in Lateinamerika (zweites Kapitel) deutlich, wie die Machtverhältnisse in großem Maße die Produktion und Anwendung des Rechts bestimmen können. Wie ist es sonst möglich, dass ein Recht, das historisch nicht nur auf den Erhalt der Macht der Herrschenden ausgerichtet war, sondern

zum großen Teil auch am Machtbesitz einer bestimmten sozialen Gruppe, nämlich der kreolischen lateinamerikanischen Eliten, seinen normativen Wert von der Ausübung einer konsensorientierten Kommunikation erhalten haben kann? Allerdings ist das lateinamerikanische Recht im Allgemeinen kein guter Beweis für die Behauptung von Marxsen, weil es sich in Wirklichkeit hierbei nicht um ein vollständiges modernes Recht handelt, da seine geistigen Grundlagen weiterhin die der Vormoderne sind, und sie folglich nicht die notwendigen Bedingungen für das Aufblühen von verständigungsorientierten kommunikativen Prozessen geschaffen haben, wie es im aufgeklärten Europa sehr wohl der Fall war.

Wie bereits erwähnt, entwickelte sich die Praxis des modernen Rechts im postkolonialen Lateinamerika nicht in einem Modernisierungsprozess, der sich ausreichend auf die modernen Werte von Freiheit und Gleichheit stützte, sondern eher auf dem, was De Trazegnies eine „traditionalistische Modernisierung“ (vgl. De Trazegnies: 1980, 44-46) nennt – also auf ein Prozess, bei dem die lateinamerikanischen Eliten die politischen und wirtschaftlichen Vorteile der Moderne (Staatsorganisation und kapitalistische Produktionsweise) erlangten, ohne allerdings die vormodernen asymmetrischen Machtbeziehungen überwinden zu wollen, die weiterhin ein wesentliches Element der nationalen Kulturen blieben. Daher blieb das lateinamerikanische Recht, aufgrund der Tatsache, dass es sich in grundlegend ständischen Kulturen entwickelte, historisch in der Vormoderne verankert, ohne die Basis einer echten diskursiven Dynamik.

Berechtigt das nun zu einer grundlegenden Skepsis an der Fähigkeit der „kommunikativen Macht“, sich einen Platz unter den Machtprozessen der modernen Gesellschaft zu schaffen und ihre juristischen Institutionen mit zu gestalten? Es steht fest, dass das westliche moderne Recht nicht von Entwicklungen frei ist – und es mit aller Wahrscheinlichkeit auch zukünftig nicht sein wird –, die hauptsächlich den Machtverhältnissen der modernen Gesellschaften dienen und die sogar die intersubjektive Basis des Diskurses untergraben könnten. Die anhaltende Ablehnung des Wahlrechts für Frauen oder für soziale Gruppen mit einem niedrigen Bildungsstand in den modernen Verfassungen ist ein klarer Beweis dafür. Es entspräche also einer Fiktion und würde seine rekonstruktive Eigenschaft aufheben, wenn man das prozedurale Rechtsparadigma auf der Annahme einer vollständigen Vorherrschaft der lebensweltlichen Kommunikation über die Machtverhältnisse der modernen Gesellschaften gründete. Sicherlich

scheint Habermas dies nicht anzunehmen; denn obwohl er seine anfängliche Beurteilung des modernen Rechts als Ausdruck der Herrschaft systemischer Mechanismen über die kommunikative Interaktion stark nuanciert hat, leugnet er nicht die Tatsache widersprüchlicher Entwicklungen.

Es kann also behauptet werden, dass was in Wirklichkeit die Habermassche Rechtstheorie voraussetzt, keine ununterbrochene oder gar vollständige, sondern eher eine sich in den modernen Gesellschaften wiederholende¹⁷⁷ Vorherrschaft verständigungsorientierter Kommunikationsprozesse über die agierenden Machtprozesse ist; und dass es diese Form der Vorherrschaft ist, die ihre normative Kraft stützt. Ist diese Präsupposition plausibel? Ich glaube, dass sie das ist, und zwar in dem Maße, wie die Festigung der Ideale der Aufklärung im Verfassungsrecht und in der Rechtsprechung der letzten Jahrhunderte in erster Linie nicht das Ergebnis von einfachen, strategischen Gleichgewichten zwischen Machtgruppen waren. Ich glaube, dass dies höchstwahrscheinlich überwiegend durch den normativen Gehalt von Prozessen politischer Verständigung möglich wurde, die ihrerseits nur unter den grundlegenden Bedingungen von Kommunikation durchgeführt werden konnten – also jenen Bedingungen, die Habermas als kommunikative Rationalität bezeichnet. Nur eine Interpretation des Rationalisierungsprozesses der Moderne, die diesen auf die Entfaltung einer, an Machtgewinn orientierten instrumentellen Vernunft reduzierte, könnte die Anerkennung einer Form kommunikationsorientierter Rationalität als Basis für den Fortschritt des modernen Rechts verhindern – einen Fortschritt, der sich beispielsweise in der Konstitutionalisierung der Menschenrechte (als Grundrechte) und in der juristischen Gründung von supranationalen Institutionen wie den Vereinten Nationen und dem Internationalen Gerichtshof zeigt.

Neben diesen Bemerkungen lassen sich, wie es schon gezeigt wurde, auch Fragen zur Art und Weise stellen, wie sich das prozedurale Rechtsparadigma angesichts der Machtverhältnisse und des sozialen Pluralismus positioniert. Diese wurden jedoch ziemlich gut im Lichte der Diskussion erörtert, die man in Bezug auf die kognitiven und normativen Fundamente des Habermasschen Vorschlags referiert hat. Somit ist bezüglich der spezifischen Bemerkung von

¹⁷⁷ Michael Walzer hat ebenfalls das Adjektiv „wiederholend“ (*reiterative*) verwendet, allerdings nicht bezüglich eines formellen Bereichs, wie das der Kommunikationsprozesse, sondern bezüglich des Bereichs der universalisierbaren moralischen Inhalte (*reiterative universalism*). Siehe: Walzer: 1990.

Fraser, das diskursive Verständnis der Öffentlichkeit berücksichtige nicht ihre Abhängigkeit von den Machtasymmetrien und den sozialen Ausgrenzungsdynamiken, zuzugeben, dass ein solcher Mangel im lateinamerikanischen Kontext gewiss ein Problem darstellen würde. Tatsächlich haben sowohl der Kolonialisierungsprozess als auch dessen darauffolgende „traditionalistische Modernisierung“ in dieser Region große soziale Disparitäten hinterlassen, welche nicht nur durch Ungleichheiten im Wirtschafts- und Bildungsbereich¹⁷⁸ zum Ausdruck kommen, sondern auch in Formen der ethnischen und rassistischen Ausgrenzung, die die sozialen Integrationsprozesse schwer beeinträchtigen.

Allerdings sind, wie Fraser deutlich macht, die Machtasymmetrien auch ein Teil der sozialen Dynamik moderner Gesellschaften. Daher impliziert die Behauptung einer wiederholten Vorherrschaft der kommunikativen Macht über die agierenden Machtprozesse in diesen Gesellschaften nicht, die Existenz solcher Disparitäten zu leugnen. Diese haben gewiss mit der Zeit den kommunikativen Verständigungsprozessen nachgegeben, aber tauchen nach wie vor auf immer subtilere Weise auf. Nun muss man berücksichtigen, dass andererseits die Rolle der diskursiven Prozedur bei der Überwindung der Disparitäten zwar grundlegend, jedoch begrenzt ist. Wenn die verständigungsorientierte Kommunikation im modernen Europa tatsächlich die ständische Gesellschaft ausreichend zerschlagen und demokratische Rechtssysteme einführen konnte, dann weil in dieser Region die Moderne ein integrales Projekt war, das nicht nur eine neue Form der rechtlichen Institutionalisierung mit sich brachte, sondern auch emanzipatorische moralische Ideale entwarf.¹⁷⁹

Aus diesem Grunde müsste eine normative Bemühung, um auch in Lateinamerika integrierende Rechtsinstitutionen und Normen mit der Vermittlung durch eine diskursive Öffentlichkeit einzurichten, Hand in Hand mit einer wirklich modernen öffentlichen Moral gehen. Wenn man nun davon ausgeht, dass dem moralischen Bewusstsein der lateinamerikanischen Gesellschaften die aufklärerischen Ideale eines selbständigen Denkens von Freiheit und Gleichheit völlig fremd sind, und dabei übersieht, dass in dieser Region trotz der diversen Formen der Dominanz zumindest ein Projekt der moralischen Modernisierung

¹⁷⁸ Es wird behauptet, dass Lateinamerika in wirtschaftlicher Hinsicht die Region mit dem höchsten Maß an Ungleichheit in der Welt ist (vgl. Weinmann: 2012, 142 f.; CEPAL: 2016).

¹⁷⁹ Hier ist zu verdeutlichen, dass es sich um Ideale handelt, die in den axiologischen christlichen Vorstellungen von Freiheit und Gleichheit verwurzelt sind, die aber dann, wie man im zweiten Kapitel bezüglich der Entwicklung der Naturechtlehre gesehen hat, durch die Aufklärung säkularisiert wurden.

schon besteht, nur dann könnte man den Vorschlag der diskursiven Konstruktion eines integrierenden Rechts als unangebracht für Lateinamerika und vielleicht, so Santos, als eurozentrisch betrachten. Ist das wirklich der Fall?

Dadurch dass man die sozialen Kontingenzen in allen Gesellschaften ernstnimmt, bemerkt man andererseits, dass die Kritik von Autoren wie Kunz und Mona an den Möglichkeiten einer tatsächlichen Umsetzung des Diskurses und des Konsenses die Notwendigkeit von stets idealen Bedingungen für eine solche Umsetzung voraussetzen scheint, wie freilich Habermas selbst zugegeben hat. Ich glaube allerdings, dass dieses Problem überwunden werden kann, wenn man berücksichtigt, dass die effektive Entwicklung der kommunikativen Vernunft in Wirklichkeit nicht unter einem konstanten Set von idealen Bedingungen stattfindet. Sie hat vielmehr die Gestalt eines Prozesses, der dank bestimmter idealer Bedingungen fortbesteht, die zu geeigneten Zeitpunkten mitten in den Kontingenzen entstehen, die die geschichtlichen Subjekte beeinflussen.

Weiterhin wurde gezeigt, dass Mouffe die rational-formalistische Eigenschaft des Habermasschen juristischen Vorschlags dahingehend kritisiert hat, dass sie der Auffassung ist, dass die Fokussierung dieses Vorschlags auf die Unterscheidung der rationalen Verfahren, mit denen man die Gültigkeit der Normen prüfen kann, ihn daran hindert, eine Pluralität von normativen Legitimationsformen zu berücksichtigen, die eher von affektiven Überzeugungen oder von einem starken substantiellen Inhalt geprägt sind, und nicht von rationalen, universalisierbaren Argumenten. Es steht fest, dass ein Blick auf die soziale Vielfalt der modernen Gesellschaften es ermöglicht, mit Mouffe die Existenz einer derartigen Pluralität von nicht rationalen, normativen Überzeugungen anzunehmen. In Lateinamerika ist das aber besonders offenkundig Realität, wo oftmals in den indigenen Kulturen, aber auch in sozialen Gruppierungen, die nur wenig mit einer universalistischen Rationalität vertraut sind, normative Argumentationen entstehen, die an bestimmte Lebensarten gebunden und folglich schwierig zu verallgemeinern sind. Im politischen Leben kommt dies klar zum Ausdruck als mangelhaftes Funktionieren der deliberativen Demokratie in repräsentativen Ländern wie Brasilien, Mexiko und Peru, wo einerseits Bevölkerungen existieren, die Formen der politischen Legitimation fernab der demokratischen Rationalität aufrechterhalten (vgl. Bruce: 1997; López: 2005, Otoyá: 2002), und andererseits Sektoren bestehen, die bei Wahlverfahren ihren affektiv-identitären Interessen den Vorzug geben gegenüber Vorschlägen allgemei-

nen Interesses – was übrigens nicht selten dazu führt, dass sie dem Populismus und politischem Klientelismus erliegen (vgl. Degregori: 1999; Toranzo: 1999).

Allerdings beseitigt die Existenz von normativen Überzeugungen, die nicht vollständig in eine universalistische Rationalität übersetzbar sind, an sich nicht die Möglichkeit, dass eine rational-kommunikative Prozeduralität – unter den Mitteln, über die eine plurale Gesellschaft verfügt – das wirksamste Mittel sein könnte, um rechtliche und politische Entscheidungen zu treffen, die ausreichend von einer, im partikularen Willen der Subjekte verwurzelten Legitimität gestützt werden. Dafür sind tatsächliche Beweise die Errungenschaften in modernen Gesellschaften mit einem hohen öffentlichen Diskursstandard, die trotz aller Mängel in Richtung Menschenrechte (vgl. Leuprecht: 2013), Verbesserung der materiellen Lebensbedingungen (vgl. Von Braun: 2013) und Stärkung einer politischen Institutionalisierung (Vorländer: 2001) erreicht wurden.

Natürlich lässt sich daraus nicht schließen, dass die rational-formalen Prozeduren der Legitimation eingerichtet werden sollten, ohne die Existenz von affektiven oder mit substantiellem Inhalt Überzeugungen anzuerkennen, weil in Wirklichkeit sich beide Formen der Legitimation innerhalb der Gesamtheit des menschlichen Bewusstseins gegenseitig durchdringen. Angesichts der Aufgabe, in pluralen Gesellschaften gemeinsame normative Ordnungen zu errichten, müssen trotzdem zwei Tatsachen anerkannt werden, die den Rückgriff auf rationale Formen der Legitimation begünstigen: Die legitimierende Grundlage für die soziale Ordnung mit dem höchsten Maß an Partizipation, die es in den modernen Gesellschaften gegeben hat, wurde dank der Vermittlung von rationalen normativen Argumentationen erreicht.¹⁸⁰ Und dass diese Vermittlung jeder Menschengemeinschaft zur Verfügung stehen kann, da es keinen überzeugenden Grund dafür gibt, am bestehenden Potential eines jeden mit Kommunikation begabten Menschen zu zweifeln, durch den Gebrauch von Vernunft die seiner Lebensart eigenen Werte auszudrücken. Aus diesem Grunde konnte Habermas, wie schon gesehen, diese rational-kommunikative Grundlage seiner Rechtstheorie auf den Bereich des globalen Rechts übertragen.

¹⁸⁰ In diesem Sinne hat Elisabeth Holzleithner zu Recht bemerkt, dass es passender gewesen wäre, wenn Habermas das von ihm rekonstruierte Rechtsparadigma als „partizipatorisch“ und nicht als „prozeduralistisch“ beschrieben hätte: „Jedes Rechtsparadigma kann nicht anders als prozeduralistisch sein – es sind genau die institutionalisierten Prozeduren und die mit ihnen verbundenen Rollen, die Recht ausmachen. Die Pointe dürfte doch darin bestehen, dass der Habermas'sche Ansatz partizipatorisch ist, dass also die Prozeduren in jedem Bereich des Rechts um staatsbürgerliche Partizipation anzureichern sind“ (Holzleithner: 2016, 167).

Zu guter Letzt glaube ich, dass Von der Pfordten mit seiner Bemerkung Recht hat, dass Habermas, als er sich bei der Entwicklung seiner Diskurstheorie auf die ideale Figur eines „gemeinsamen Bestands“ (Habermas: 1996, 58) bezieht, der die Beziehung unter den Subjekten herstellen würde, ein quasi-substantielles Element in die Rechtfertigung des Diskurses einführt. Somit würde die normative Eigenschaft der diskursiven Rechtstheorie, für Habermas in der geschichtlichen Rekonstruktion der Kommunikationsprozesse gestützt, die der Entwicklung des modernen Rechts zugrunde liegen, letztendlich in der Anerkennung dieses quasi-substantiellen Elements begründet sein. Freilich konditioniert die Eingliederung eines solchen Elements in die Diskurstheorie ihren postmetaphysischen Charakter. Ich glaube allerdings nicht, dass diese Eingliederung ein Problem für die interne Kohärenz der diskursiven Rechtstheorie in dem Maße darstellen muss, als die Anerkennung einer solchen idealen Figur eine Konsequenz aus der von Habermas vorgestellten geschichtlichen Rekonstruktion darstellen würde, und nicht eine Art unhistorische Offenbarung. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob eine Rechtfertigung der menschlichen Institutionen möglich wäre ohne die rational-kommunikative Anerkennung, oder sogar ohne die Anerkennung überhaupt, einer grundlegenden Beziehung zwischen den Individuen, d.h. einer unabhängigen von der kontingenten „Materialität“ ihrer Interessen Beziehung. Wenn man davon ausgeht, dass dies möglich wäre, dann müsste man die Kohäsion des Rechts und der Politik letztlich über die Inhalte der verschiedenen Einzelinteressen rechtfertigen, aber diese für sich selbst schaffen nicht unbedingt Kohäsion.

Nachdem ich also eine Prüfung der zentralen Kritikpunkte gegen den rechtlichen Vorschlag Habermas' vorgenommen und weiterhin einige Antworten auf die gleichen Fragen von einer lateinamerikanischen Perspektive ausgearbeitet habe, bleibt nur die Frage, ob diese Kritikpunkte zeigen, dass das prozedurale Rechtsparadigma für den lateinamerikanischen sozialen Kontext unangemessen ist oder nicht. Ich glaube, dass das nicht der Fall ist, und dass es sich eher um ein Mittel mit großem Potential handelt, um dem Recht in dieser Region mehr Legitimität und Wirksamkeit zu verschaffen. Darauf komme ich noch zurück, nachdem ich Santos' Rechtstheorie kritisch analysiert habe.

5.3 Der Vorschlag eines postmodernen Rechts

Das Denken von Santos ist von seinem Streben bestimmt, neue Grundlagen für die kritische Theorie zu schaffen, so dass diese besser ihrem ursprünglichen Motiv, die soziale Emanzipation zu fördern, gerecht werden kann. Diesbezüglich zieht Santos hinsichtlich der sozialen Entwicklung in den zeitgenössischen Gesellschaften eine negative Bilanz. Als Konsequenz aus der übermäßigen Konzentration auf die Verwirklichung des Versprechens von technologischem Fortschritt, Wirtschaftswachstum und Herrschaft über die Natur, hat das moderne Projekt seine emanzipatorischen Versprechen der Freiheit, Gleichheit und Frieden nur unzureichend gehalten. Allerdings behauptet der portugiesische Denker weiterhin, dass die Moderne nicht dazu fähig ist, theoretische Lösungen anbieten zu können, die es ermöglichen, sich den eigenen Abweichungen zu stellen, weil alle Ressourcen bereits erschöpft sind. Anders als Habermas und andere zeitgenössische Denker, die ebenfalls bezüglich der Entwicklung der zeitgenössischen Gesellschaften Vorbehalte haben, behauptet Santos, dass die Moderne sowohl auf praktischem, als auch auf theoretischem Niveau ein obsoletes Projekt ist.

Auf das moderne theoretische Paradigma zu verzichten und sich folglich einem postmodernen Paradigma zu öffnen, bedeutet für die kritische Theorie laut Santos, sich zunächst zwei Herausforderungen zu stellen. Sie muss ihr Interesse dafür wiedergewinnen, normative Ausrichtungen im Hinblick der gesellschaftlichen Phänomene so festzulegen, dass die Schaffung von Alternativen zur existierenden Realität ermöglicht wird. Außerdem muss sie sich vom Einfluss der Epistemologie der modernen Wissenschaft befreien, die in der kritischen, im Marxismus verwurzelten Tradition Erfordernisse eingeführt hat, die nicht mehr den Grundlagen des zeitgenössischen Denkens entsprechen (vor allem eine totalisierende Auffassung der Gesellschaft, eine ökonomistische Orientierung sozialer Transformation und die Gleichsetzung von Entwicklung und Industrialisierung). Santos behauptet in dieser Linie, dass eine postmoderne kritische Theorie im Sinne eines „Postmodernismus der Opposition“ eine auf Emanzipation ausgerichtete Form des Wissens integrieren muss, die sich hauptsächlich auf der Anerkennung einer jeden Person als Subjekt des Wissens stützt. Damit dies geschehen kann, muss die kritische Theorie sich allerdings drei neuen Herausforderungen stellen: der Öffnung zu einem multikulturellen Dialog, der Verpflichtung, die Transformation im sozialen Kontext anzustreben, auf den

sich ihre Erkenntnisse beziehen, und der Förderung – durch den Wiederaufbau der Idee der Transformation selbst – von Subjekten, die zur Empörung angesichts der existierenden Realität fähig sind.

Wie es bereits festgestellt wurde, befindet sich dieser Ansatz eines auf Emanzipation ausgerichteten Wissens tatsächlich innerhalb eines größeren Vorschlags von Santos, mit welchem er versucht, eine neue Form, das Wissen im westlichen Denken zu begreifen, einzuführen: eine pluralistische Epistemologie. Santos geht von der Idee aus, dass das westliche Wissen „abgrundförmig“ ist, d.h. es ist ein auf die Wahrnehmung von nur einem Teil der Realität begrenztes Wissen – nämlich jener Realität, in der es sich befindet – und dass folglich andere Dimensionen der Realität existieren, die von dieser Wissensform nicht wahrgenommen werden, jedoch durchaus von anderen Wissensformen. Das Problem ist, so Santos, dass das westliche Wissen, das bis jetzt als epistemische Grundlage für die Gesamtheit des sozialen Denkens gedient hat, sich immer am Rande anderer Wissensformen entwickelt hat, und dabei allerdings vorgegeben hat, universell zu sein. Und die Konsequenz daraus ist, dass es, indem es mit einer Reihe epistemischer, in seinem abgrundförmigen Charakter verwurzelter Gegensätze gearbeitet hat, eine Dynamik generierte, die andere Wahrnehmungen der Realität ausschließt; eine Dynamik, die Konsequenzen nicht nur auf „unsichtbarem“ theoretischem, sondern auch auf „sichtbarem“ praktischem Niveau der sozialen Beziehungen mit sich brachte.

Aus diesem Grunde präsentiert der portugiesische Denker den normativen Vorschlag, dieses abgrundförmige Denken mit dem Ziel zu überwinden, für das soziale Denken eine vollständigere Kenntnis der Realität anzustreben. Santos ist sich des Ausmaßes dieses Projekts und der Schwierigkeiten bewusst, auf die es beispielsweise trifft, wenn man von der Tatsache ausgeht, dass eine solche Prüfung des westlichen Wissens ebenfalls aus der eingeschränkten Wahrnehmung der Realität heraus geschieht, die diese Wissensform besitzt. Daher beschränkt sich Santos darauf, vorbereitende epistemologische Konzepte vorzuschlagen, wie z.B. die der „Ökologie der Wissensformen“ und der „interkulturellen Übersetzung“; er will damit zu einer virtuellen Festlegung von Kommunikationswegen zwischen den verschiedenen Wissensformen kommen.

Santos' Reflexionen über das Rechtsphänomen befinden sich also im Rahmen dieses Projekts der Konstruktion einer postmodernen, kritischen Theorie und Epistemologie. Diesbezüglich lautet seine zentrale These, dass das mo-

derne Recht von der gleichen allgemeinen Eigenschaft geprägt ist, wie die Moderne: seine dominante Tendenz zur Regulierung gegenüber einer Tendenz zur Emanzipation. Unter den epistemischen Gegensätzen, die vom westlichen Wissen für die Verarbeitung der sozialen Realität festgelegt wurden, ist es der Gegensatz zwischen Regulierung und Emanzipation, der Santos zufolge am meisten die moderne Erfahrung geprägt hat. Die dynamische Spannung zwischen beiden Tendenzen war für die Moderne grundlegend. Das Problem liegt darin, dass kraft der schrittweisen Dominanz der Marktwirtschaft innerhalb der Regulierung und der kognitiv-instrumentellen Rationalität in der Emanzipation, in beiden Tendenzen ein inneres Ungleichgewicht entstanden ist, das zum Verlust ihrer ursprünglichen Spannung und zu guter Letzt zu einer allgemeinen Hegemonie der Forderung nach Regulierung gegenüber der Suche nach Emanzipation geführt hat.

Santos behauptet, dass das moderne Recht die gleiche Dynamik wie die Moderne erfährt, und dass dies entlang eines historischen Prozesses nachgewiesen werden kann, in welchem sowohl der Kapitalismus bezüglich der dominanten Produktionsweise, als auch der liberale Verfassungsstaat eine maßgebliche Rolle gespielt haben. Kapitalismus und Staat konnten nicht ihre Hegemonie über die modernen Gesellschaften entfalten, ohne Regulierungsformen festzulegen, die ihre institutionellen Errungenschaften stabilisieren und die Kontrolle über die sozialen Erwartungen der Menschen gewährleisten sollten. Somit wird das Recht zu einem „wissenschaftlichen“ Instrument ihrer regulatorischen Forderungen. Wenn also zu Beginn der Moderne das Recht eine Art von Autonomie beinhaltete, die es ihm ermöglichte, eine ethisch-emanzipatorische Rationalität zu entwerfen, schrumpft es in der konsolidierten Moderne zur Gewährleistung der Autonomie der Marktwirtschaft und des Staates, und reduziert damit deutlich sein emanzipatorisches Potential. Dies ist die Dynamik, die sich hinter dem zeitgenössischen Phänomen der übermäßigen Verrechtlichung des sozialen Lebens verbirgt.

Wie bereits gesehen, führt Santos' Kritik des modernen Rechts nicht zur systematischen Ausarbeitung eines neuen Rechtsparadigmas, das die Autonomie des Rechts und seine spezifische Spannung zwischen Regulierung und Emanzipation zurückgewonnen hätte; allerdings zeigt seine Kritik, die Bedingungen auf, unter welchen dieses Paradigma herausbilden könnte. Somit bestätigt Santos aus einer normativen Perspektive die Notwendigkeit, eine postmo-

derne Rechtstheorie zu entwickeln, indem die existierende Vielzahl von rechtlichen Praktiken berücksichtigt wird, die auf die Emanzipation in den ebenso vielfältigen zeitgenössischen Gesellschaften orientiert sind; was bedeutet, dass der „Vergeudung“ von rechtlicher Erfahrung abgeholfen werden müsste, die durch den Zentralismus und die Verwissenschaftlichung des Rechts entstanden ist.

Andererseits erkennt Santos aus einer deskriptiven Sicht die empirische Grundlage dieses postmodernen Rechtsparadigmas in den existierenden „Konstellationen“ von Konzepten und Praktiken des Rechts in den zeitgenössischen Gesellschaften; eine Feststellung, die übrigens den portugiesischen Denker behaupten lässt, dass die Fokussierung der Rechtstheorie auf das Binom Staat-Zivilgesellschaft für das Verständnis der komplexen Quellen rechtlicher Legitimation unzureichend ist, die das Leben der Menschen bestimmen. Zu guter Letzt nennt Santos eine Reihe zeitgenössischer rechtlicher Praktiken, die mit dem Zweck entstehen, Widerstand gegen die vorherrschenden, von den dominanten Mächten instrumentalisierten Rechtsformen zu leisten. Diese Erfahrungen eines „kontrahegemonischen Nutzens“ des Rechts seitens verschiedener gesellschaftlicher Gruppen geben eine erste Vorstellung der neuen, kommenden Rechtsform.

Noch mal auf den lateinamerikanischen Kontext zurückkommend könnte man sich leicht eine Konvergenz zwischen solchen Gesellschaften, die durch ihre Erfahrung sozialer Beherrschung und ihre Vielfalt an rechtlichen Praktiken geprägt sind, und Santos' Rechtstheorie vorstellen – in dem Maße, wie diese für die Anerkennung der Grenzen des modernen Rechts bei der Förderung der Emanzipation plädiert und die Berücksichtigung des rechtlichen Pluralismus als Ausgangspunkt für jedes Rechtsverständnis vorschlägt. Diese mögliche Konvergenz erfordert allerdings weitere Überlegungen. Abgesehen von der Notwendigkeit, die Vorschläge Santos' angesichts der lateinamerikanischen juristischen Erfahrung kritisch zu untersuchen, ist es jedoch auch notwendig, an sie dieselben grundlegenden Fragen zu stellen, die jede Rechtstheorie angehen. In diesem Sinne und unter Berücksichtigung meiner Analyse der Grundlagen des modernen Rechts im zweiten Kapitel sowie meinen Annäherungen an die rechtsphilosophische Debatte über die Normbegründung, ist festzuhalten, dass sich gegenüber der Rechtstheorie von Santos hauptsächlich zwei zentrale Fragen stellen. Aus der Perspektive eines postmodernen Rechts: Wie wird das Rechts-

verständnis normativ begründet? Und zweitens, wie wird die Rolle der einheitlichen politischen Machtinstanzen bzw. der Staaten in der Rechtsproduktion neu definiert?

Ich beabsichtige also, die Relevanz des Rechtsvorschlags von Santos für den lateinamerikanischen Kontext vor dem Hintergrund aller diese Punkte zu prüfen. Zuvor muss man jedoch darauf verweisen, dass in der Rechtsforschung wichtige Bemerkungen über das Werk Santos' gemacht wurden, die hier zu berücksichtigen sind. Diese Bemerkungen beziehen sich grundlegend auf zwei Themen: die Begründbarkeit einiger seiner theoretischen oder sozialwissenschaftlichen Behauptungen, und vor allem die fehlende normative Einheit seines Rechtsverständnisses.

5.3.1 Kritische Anmerkungen

Bezüglich der Begründung haben einige Autoren¹⁸¹ auf einige, von Santos in seinem theoretischen Konstrukt gemachte, historische oder sozialwissenschaftliche Verallgemeinerungen aufmerksam gemacht, die nicht ausreichend gerechtfertigt sind. Beispielsweise hat Oliver Kozlarek auf das begrenzte Wissen von Santos über die wichtigsten Vertreter der Frankfurter Schule bei seinen Infragestellungen der kritischen Tradition hingewiesen (vgl. Kozlarek: 2007, Fußnote 26). Der spanische Rechtsphilosoph Manuel Atienza weist außerdem darauf hin, dass Santos bei einigen seiner soziologischen Interpretationen rechtliche Erfahrungen nur allzu schnell als emanzipatorisch bezeichnet, die durchaus komplexere Zwecke haben könnten: “[...] Santos scheint ohne Weiteres zu akzeptieren, dass die Tatsache, dass ein Kampf von einer gesellschaftlich unterdrückten Gruppe oder Schicht geführt wird, ausreichend ist, um daraus abzuleiten, dass dieser Kampf (objektiv) richtig orientiert ist“ (Atienza: 2016, 15).

Es muss hinzugefügt werden, dass Santos einige Behauptungen über die soziale Realität (beispielsweise über den Zustand der Freiheit und der Gleichberechtigung auf der Welt) oder über das moderne wissenschaftliche Wissen aufstellt, die, auch wenn sie plausibel klingen, nicht mit ausreichend geprüfter Information untermauert werden. Weiterhin erschweren Santos' Einsatz symbolischer Sprache, nicht ausreichend differenzierte Argumentation oder manchmal

¹⁸¹ Anders als im Fall von Habermas existiert noch sehr wenig akademische Literatur über das rechtstheoretische Werk von Santos. Ich verweise im Folgenden auf einige seiner bekanntesten Kritiker.

eine mangelnde Verständlichkeit, den Sinn einiger seiner theoretischen Kategorien wirksam zu übertragen (vgl. Atienza: 2016, 12). Besonders scharf war in diesem Zusammenhang die Kritik von William Twining gegen das Hauptwerk von Santos: „I find the more general parts of *Toward a New Common Sense* obscure, jargon-ridden and, in some instances, wrong“. Allerdings fügt Twining hinzu:

„I resisted the temptation simply to dismiss Santos’s philosophy as ‘bosh’, because this kind of ‘post-modern’ writing is both fashionable in academic law and too important to be ignored. Santos can be treated as reasonably representative of one important version of this fashion“ (Twining: 2000, 243).

Außerdem wurde Santos zusammen mit anderen Rechtspluralisten vorgeworfen, dass sein Rechtsverständnis die Rolle der normativen Komponente in allen rechtlichen Ausdrucksformen unterschätzt. Diesbezüglich bin ich in der, im Einführungskapitel vorgenommenen Vorstellung der Rechtspluralismustheorie durch Teubner mit der Bemerkung zuvorgekommen, dass allein die Existenz von Mechanismen sozialer Regulierung oder sozialer Kontrolle – worauf sich die Untersuchung der Rechtspluralisten beschränkt – für die Identifizierung des spezifisch „Rechtlichen“ nicht ausreicht. Weiterhin habe ich auf die Schwierigkeit hingewiesen, die bei der Suche nach einer Rechtfertigung für die Einheit der rechtlichen Ausdrucksformen – die über eine bestimmte Kultur hinausgeht – den Ausschluss des Normativen aus der Bestimmung des Rechts impliziert. Sicherlich werden sowohl die Differenzierung zwischen Recht und anderen sozialen Regulierungsformen, als auch die Behauptung der Einheit des Rechts dahingehend in Santos’ Werk nur schwach begründet, als er sie für die Studie des realen Funktionierens des Rechts für irrelevant hält (vgl. Santos: 2009, 62). Daher behauptet Klaus Günther unter Berücksichtigung des Problems, das dies für die Rechtfertigung der Kommunizierbarkeit des „Codes“ des Rechts über die Grenzen einer nationalen Kultur hinaus bedeutet, gegenüber Santos:

„Ist dieser Code mehr als nur eine »Einheitsfiktion«, die aus rechtsinterner Perspektive bei allen transnationalen Rechtskommunikationen unvermeidlicherweise zu unterstellen ist, um die Rechtskommunikation von anderen gesellschaftlichen Kommunikationen unterscheiden zu können? Unbeschadet aller kulturellen, teilsystemspezifischen und wertrationalen Verschiedenheiten weist die transnationalen Rechtskommunikationen einige Gemeinsamkeiten auf. Neben der durchgängigen Referenz auf die leitende Unterscheidung [...] zwischen »Recht« und »Unrecht« kommen in dem universalen Code der Legalität weitere Konzepte, Prinzipien, Regeln und Rechtsinstitute vor“ (Günther: 2001, 558).

Günther argumentiert weiterhin, dass die Abwesenheit einer geeigneten Rechtfertigung der Einheit des Rechts notwendigerweise einen Zerfall sowohl der Prinzipien, die seine gerechte und gleichberechtigte Anwendung stützen, als auch der Prinzipien, die die demokratische Legitimität der Rechtssetzung untermauern, einbezieht (vgl. Günther: 2001, 556-557).

Es wurde weiterhin auf den Widerspruch hingewiesen, in dem sich Santos verstrickt, indem er sich einer Rechtfertigung der normativen Einheit des Rechts widersetzt und dabei dennoch vorgibt, sein postmodernes Rechtsparadigma aus der Identifizierung eines emanzipatorischen Geistes zu bilden, den eine ganze Reihe von rechtlichen Praktiken gemeinsam hat. Dieser Widerspruch brachte Santos den Vorwurf seitens einiger pragmatischer Rechtspluralisten ein, er würde eine Form des Essentialismus vertreten.¹⁸² Im Gegensatz dazu macht er anderen Autoren die Schwierigkeiten deutlich, die Santos bei der Ausarbeitung einer pluralistischen Rechtstheorie hat, die ohne den Aufruf zu einem gemeinsamen normativen Element aufrechterhalten wird.

In dieser Linie weist Atienza punktuell auf die Inkompatibilität zwischen Santos' Skeptizismus angesichts der normativen Universalität der Menschenrechte hin, weil diese westliche und liberale Wurzeln haben (vgl. Santos: 2009, 513 f.), und andererseits auf seinen wiederholten, jedoch nicht begründeten Aufruf zu einem einheitlichen Begriff von Menschenwürde (vgl. Santos: 2009, 517). Im Übrigen behauptet Atienza, dass es unmöglich ist, zu prüfen was in jeder Kultur emanzipatorisch ist und was nicht, ohne sich hierzu in irgendeiner Weise auf einer „metakulturellen“ Ebene zu befinden (vgl. Atienza: 2000, 18-24). Auch wenn dies die epistemologische Ebene selbst betrifft, bezieht sich Atienza schließlich auf die Abwesenheit eines Kriteriums in der pluralistischen Erkenntnistheorie Santos', das eine mögliche Prävalenz einer oder mehrerer Wissensformen vor anderen festlegen könnte:

„[...] das Problem besteht darin, dass ein weitreichendes Konzept der Rationalität nicht zwingend ein ‚ausgleichendes‘ Konzept bedeuten müsste, die alle Formen von Wissen bzw. von Rationalität auf die gleiche Ebene bringen würde; in der selben Art und Weise, wie der rechtliche Pluralismus auch nicht dazu führen müsste, die Vorherrschaft zu leugnen, die das Staatsrecht in so vielen Aspekten nach wie vor über andere Rechtssysteme hat“ (Atienza: 2016, 14).

¹⁸² Siehe dazu: Tamanaha, Brian (2000), „A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism“, in: *Journal of Law and Society*, H. 2, 296-321.

5.3.2 Aus lateinamerikanischer Sicht

Mit Unterstützung der kritischen Kommentare, die soeben dargelegt wurden, werde ich nun Santos' Rechtstheorie von einer lateinamerikanischen Perspektive aus untersuchen. Dabei werde ich das Augenmerk auf zwei Punkte richten: zum einen auf dem, was die Kritik des portugiesischen Denkers am modernen Recht zum Rechtsverständnis in Lateinamerika beiträgt, und zum anderen auf die Begründbarkeit seines Vorschlags einer postmodernen Konstruktion des Rechts.

Bezüglich des ersten Punktes steht fest, dass Santos, im Gegensatz zu Habermas, die moderne Rechtsentwicklung grundsätzlich negativ beurteilt. Wie es bereits festgestellt wurde, versteht Habermas das Recht – von *Faktizität und Geltung* ausgehend – als die „Haut“, durch die die Kommunikationen, die aus der Lebenswelt hervorkommen, die Institutionen der modernen Gesellschaft gestalten. Santos hingegen befürwortet die alte Beurteilung der *Theorie des kommunikativen Handelns*, welcher zufolge das Recht in der Moderne von den systemischen Mechanismen mit dem Zweck instrumentalisiert wurde, ihre Vorherrschaft über die Lebenswelt zu begünstigen.¹⁸³ Auf diese Weise verteidigt der portugiesische Denker mit einer Argumentation, die der des „ersten“ Habermas' ähnelt, die These, dass die Regulierungsforderungen der kapitalistischen Produktionsweise und des liberalen Verfassungsstaats das Recht dermaßen instrumentalisiert haben, dass darin ein internes Ungleichgewicht entstand, welches letztendlich zur Begünstigung der Regulierungstendenz gegenüber der ethisch-emanzipatorischen Rationalität geführt hat.

Im Lichte der zeitgenössischen Errungenschaften des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, von denen sowohl die durch Habermas vorgenommene theoretische Rekonstruktion als auch die Einsichten anderer wichtiger Rechtstheoretiker wie Otfried Höffe, Robert Alexy und Hans Jörg Sandkühler ausgehen, glaube ich allerdings, dass Santos' Diagnose übertrieben ist, die emanzipatorische Wirkung des Rechts in den modernen Gesellschaften sei minimal (vgl. Höffe: 1999: 83-92; Höffe: 1988; Alexy: 1998; Sandkühler: 2002). Sicherlich sind diese Autoren Kritiker des zentralistisch-legalistischen Rechtsparadigmas, d.h. der Exklusivität der Staatsmacht bei der modernen Rechtsproduktion und der wissenschaftsgläubigen Vorliebe für eine formalistische Rechtsetzung – bei-

¹⁸³Tatsächlich scheint die „Kolonialisierungsthese“ jener Schlüssel zur Interpretation der Gesellschaftstheorie von Habermas zu sein, die Santos am besten gefällt (vgl. Santos: 1995, 81-89).

des Phänomene, die hingegen von positivistischen Denkern wie Hans Kelsen und, im geringeren Maße, von Norberto Bobbio unterstützt wurden. Sie räumen allerdings ein, dass ein solches Rechtsparadigma ebenso die Schaffung einer grundlegenden rechtlich-politischen Ordnung in der Moderne ermöglicht hat, von welcher aus die ständische Struktur der vormodernen Gesellschaften überwunden werden konnte, und weiterhin ein elementarer, institutioneller Schutz der individuellen Freiheiten gewährleistet wurde.

Daher wird, im Lichte dieser Autoren, von dem zeitgenössischen Rechtsdenken erwartet, die Errungenschaften dieses Paradigmas in Anspruch zu nehmen, um darauf das Recht mit einer intersubjektiven und pluralen Basislegitimation zu gründen, was das zeitgenössische Bewusstsein fordert – tatsächlich ist das der Beweggrund, der dem Habermasschen Vorschlag eines auf kommunikative Vernunft gestützten Rechts zugrunde liegt. Ich bin also der Ansicht, dass die Minderbewertung, die Santos an den modernen Rechtsformen – aufgrund ihrer zweifellos realen Zugeständnisse an die Ansprüche des hegemonischen Kapitalismus und des liberalen Verfassungsstaats – vornimmt, ihren emanzipatorischen Errungenschaften in den westlichen Gesellschaften nicht angemessen ist. Denn wo, wie in den westeuropäischen Ländern, im Allgemeinen eine emanzipatorische Moralität entstanden ist, hat das moderne Recht seinerseits auch eine höhere politische Partizipation ermöglicht sowie grundlegende Fortschritte bei der Förderung der individuellen Freiheiten, beispielsweise die der weltweit marginalisierten sexuellen Minderheiten.

Es stimmt allerdings, dass im Kontext der lateinamerikanischen, als in einem Modernisierungsprozess befindlichen Gesellschaften Santos' Diagnose des modernen Rechts doch zutreffender ist. Einerseits habe ich in meiner Rekonstruktion des lateinamerikanischen Rechts bereits gezeigt, dass die in den befreiten Ländern gemeinsam mit dem Nationalstaatsmodell eingeführte Form des modernen Rechts lediglich auf die Reproduktion des zentralistisch-legalistischen Rechtsparadigmas begrenzt war. Man könnte mit Santos' Worten sagen, dass die Eigenschaften dieses Paradigmas bereits einen stark regulierenden Sinn enthielten: Abhängigkeit von der staatlichen Macht und Konzentrierung auf das Gesetzesrecht, und folglich die Marginalisierung anderer Rechtsquellen. Außerdem haben diese Forderungen im Allgemeinen in Lateinamerika schließlich die Instrumentalisierung des Rechts durch eine dominante soziale Gruppe erleichtert, nämlich die kreolische Elite, in ihrem Bestreben, die Macht

beizubehalten. Damit haben sie auch ermöglicht, dass die vormoderne ständische Struktur in den postkolonialen Gesellschaften erhalten blieb.

Andererseits steht bezüglich des von Santos erwähnten Einflusses der kapitalistischen Wirtschaft auf das Recht fest, dass die zwar nicht immer konstante, jedoch seit den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts progressive Festlegung „neoliberaler“ Wirtschaftspolitiken in einem großen Teil dieser Region die Entwicklung seiner juristischen Normen und Institutionen beeinflusst hat (vgl. Santos: 2009, 331). Die konstitutionelle Entwicklung von Ländern wie Mexiko, Peru und Brasilien zeigt in diesem Sinne, wie die kapitalistische Dynamik die Einführung neuer Regulierungen gefördert hat, die, wie behauptet wird, dazu bestimmt sind, den Markt zu „deregulieren“, die aber durch die Demontage erster Formen des Wohlfahrtsstaates in diesen Ländern die Auflösung des Rechtsschutzes von wirtschaftlichen und sozialen Rechte der Bürger mit sich gebracht haben (vgl. Cárdenas: 2015; González de Olarte: 1997 Mauro: 2013).¹⁸⁴

Weiterhin beweisen diese Regulierungen eindeutig, dass in Lateinamerika auch die Form der staatlichen Vorherrschaft entsteht, die Santos beschrieben hat; also eine Vorherrschaft, die in der wiederkehrenden Nutzung des Rechts für die kapitalistische Lenkung des Wirtschaftslebens besteht. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in dieser Region eine solche Vorherrschaft des Staates über das Recht mindestens genauso intensiv in jenen Regimen bestanden hat, bei denen man andererseits versucht hat, einen Staatsinterventionismus gegenüber der globalisierte Marktdynamik zu betreiben; gewiss konnten diese Regime nicht immer einen besseren Index der sozialen Entwicklung aufweisen als jene mit einer liberalen Wirtschaft (vgl. CEPAL: 2019) – selbst wenn Santos sich bezüglich dieser interventionistischen Regime optimistisch geäußert hat.¹⁸⁵ In

¹⁸⁴ Im Falle Mexikos wurden 1982, unter der Regierung von Miguel de la Madrid, Verfassungsänderungen eingeführt, die die Liberalisierung des Marktes herbeiführen sollten; in Peru war es 1990 unter Alberto Fujimori, und ebenso 1990 in Brasilien, unter der Regierung von Fernando Collor. Die wichtigste Erfahrung einer Rechtsreform zugunsten der neoliberalen Wirtschaftsdynamik wurde jedoch in Chile, mit der Einführung einer neuen Verfassung im Jahre 1980 gemacht, und zwar unter der Diktatur von Augusto Pinochet und der Führung einer Gruppe von liberalen Ökonomen aus der University of Chicago, die sogenannten „Chicago Boys“.

¹⁸⁵ In der Geschichte waren nennenswerte interventionistische bzw. etatistische Regime die aufeinander folgenden Regierungen von Getúlio Vargas in Brasilien (1930-1954), die Militärdiktatur von Juan Velasco in Peru (1968-1975) und die Regierungen von Lázaro Cárdenas (1934-1940), Luis Echeverría Álvarez (1970-1976) bzw. José López Portillo (1976-1982) in Mexiko. An Verfassungsreformen mit dieser interventionistischen Orientierung heben sich in jüngster Zeit die der Wirtschaft gewidmeten Kapitel in den letzten Verfassungen von Venezuela (1999), Ecuador (2008) und Bolivien (2009), und ihre entsprechende gesetzgebende Ausarbeitung hervor. Auf dem Hintergrund der Entstehung solcher Verfassungen zeigte sich Santos bezüglich der sozialen Prozesse in diesen Ländern besonders optimistisch (vgl. Santos: 2010b, 63-133). Ein

diesem Zusammenhang muss auch betont werden, wie Santos schon bemerkt, dass in Lateinamerika, wie in anderen Regionen der Welt, das Wachstum des Staatsapparats und „die Schwäche der ethischen Referenzen“ bei der Machtausübung einen enormen Korruptionsanstieg unter den Rechtsakteuren begünstigt haben, insbesondere im Bereich der Judikative, wodurch dieser folglich bei den Bürgern in Verruf gerät (Santos: 2018, 34-38, 44-46).

Somit kann man feststellen, dass in Lateinamerika die Forderungen der hauptsächlich kapitalistischen Wirtschaftstätigkeit und der Staatsmacht stark über das Recht geherrscht haben, wodurch die Entwicklung seiner Ausrichtung auf die Förderung von freien und gleichberechtigten, also emanzipatorischen sozialen Beziehungen behindert wurde, und es eher zu einem Vermittler von ständischen sozialen Praktiken und unausgewogenen Wirtschaftsbeziehungen wurde. Daher kommt es, dass das Recht, wie man bereits bezüglich der Auswirkungen des zentralistisch-legalistischen Rechtsparadigmas gezeigt hat, im konkreten Leben der lateinamerikanischen Mehrheiten nur unzulänglich wirksam ist, und dass diese Situation – trotz der von den Staaten durchgeführten großen Legislativtätigkeit zur Schaffung einer höheren Hegemonie – nicht rückgängig gemacht werden konnte. Zusammenfassend kann man also im Lichte der Analyse von Santos deutlicher feststellen, dass das Recht in Lateinamerika sowohl traditionell von einer Sozialgruppe als auch vom Markt und dem Staat instrumentalisiert worden ist, und dass dies dazu geführt hat, dass in dieser Region einerseits eine übermäßige Verrechtlichung des sozialen Lebens und andererseits eine beträchtliche rechtliche Unwirksamkeit existieren; die Folge waren also Fehlfunktionen, die zweifellos den emanzipatorischen Antrieb im lateinamerikanischen Recht maßgeblich gebremst haben.

Erlauben diese Entwicklungen des modernen Rechts in Lateinamerika nicht doch die Behauptung, dass dieses Modell im Allgemeinen nicht mehr dazu fähig ist, sein emanzipatorisches Potential geltend zu machen, und dass folglich, der Argumentation von Santos folgend, nichts anderes übrig bleibt, als es aufzugeben? Zunächst glaube ich, dass ein kritischer Blick auf die lateinamerikanische Version des modernen Rechts nicht aberkennen kann, dass sie andererseits

nachhaltiger Fortschritt in der sozialen Entwicklung könnte in diesem Jahrhundert allerdings nur wenigen lateinamerikanischen interventionistischen Regimen zugeschrieben werden; lediglich den aufeinander folgenden Regierungen von Luiz Inácio Lula da Silva in Brasilien (2003-2011), der Regierung von Ollanta Humala in Peru (2011-2016) und den letzten linksorientierten Regierungen in Uruguay, wobei es sich in diesen Fällen um einen moderaten Interventionismus handelt (vgl. Tabosa: 2016; CEPAL: 2019).

die Erreichung einer grundlegenden Rechtsordnung in diesen Gesellschaften zugelassen hat, welche trotz all der wichtigen Fehlfunktionen den Übergang von einem kolonialen Rechtssystem in Rechtssysteme ermöglicht hat, die für die zeitgenössischen Ansprüche auf Partizipation an politischen Entscheidungen und auf Respekt der individuellen Freiheiten offener sind. Auf diese Weise bleibt, wenn auch begrenzt, ein emanzipatorisches Potential im lateinamerikanischen Recht bestehen. Allerdings ist es andererseits klar, dass von seiner lateinamerikanischen Version aus eine generelle Ausschöpfung des modernen Rechts nicht unterstützt wird, weil hierzu zunächst diese Version als voller Ausdruck des modernen Rechts validiert werden müsste, was, wie man bereits erklärt hat, aufgrund der nur schwachen Etablierung der normativen Grundlagen in Lateinamerika, d.h. der aufgeklärten Werte, auf die sich das moderne Recht und die Moderne im Allgemeinen stützen, nicht möglich ist.

Nun aber ist Santos, wie schon gesehen, durchaus der Auffassung, dass die Moderne als gesellschaftliches Projekt nicht mehr in der Lage ist, ihr emanzipatorisches Potential auszuschöpfen, weil bei der Erfüllung ihrer Versprechen sowohl Exzesse (von technologischem Fortschritt, Wirtschaftswachstum, Herrschaft über die Natur etc.) als auch Mängel (von Freiheit, Gleichheit und Frieden) unvermeidlich sind, und dass ihre Erschöpfung ebenfalls die Erschöpfung des modernen Rechts widerspiegelt. Darüber hinaus hat der portugiesische Denker in Bezug zu den lateinamerikanischen Rechtsordnungen konsequent angedeutet, dass diese, um die soziale Emanzipation wirklich zu fördern, keine andere Alternative haben, als ihr modernes Erbe aufzugeben (vgl. Santos: 2010b, 55-61). Gibt es tatsächlich keine andere Alternative? Darauf werde ich im letzten Abschnitt noch mal zurückkommen.

Der zweite Punkt in der Rechtstheorie von Santos, der geprüft werden muss, bezieht sich auf den Vorschlag eines Übergangs der zeitgenössischen Gesellschaften hin zur Annahme eines postmodernen Rechtsparadigmas, welches – im Gegensatz zum modernen Paradigma – durchaus in der Lage wäre, die emanzipatorische Berufung der Rechtsformen wieder herzustellen. Die Neuheit eines solchen Rechtsparadigmas, dessen Konstruktion dem portugiesischen Denker zufolge bereits voll im Gange ist, besteht im Großen und Ganzen in der Distanzierung sowohl von der Form des Wissens der modernen Wissenschaft, als auch vom staatlichen Monopol der Rechtsproduktion, und dementsprechend in der Annahme einer pluralistischen Epistemologie und der Einbindung der

verschiedenen, in den zeitgenössischen Gesellschaften existierenden Konstellationen von Rechtspraktiken.

Aus lateinamerikanischer Sicht kann anerkannt werden, dass – wie schon bezüglich der Rechtspluralisten allgemein gesagt wurde – es der Verdienst des Vorschlages Santos ist, die nicht nur in den westlichen Gesellschaften, sondern die in der ganzen Menschheit existierende Pluralität von Rechtserfahrungen für die juristische Reflexion sichtbar zu machen. Allerdings besteht sein größter Verdienst darin, deutlich auszudrücken, dass diese Vielfalt von Rechtspraktiken eng mit einer Vielfalt von Wissensformen verbunden ist, und dass es folglich nicht möglich wäre, ein Recht zu schaffen, das wirklich offen gegenüber der rechtlichen Pluralität ist, solange es nicht auf einer Wissensform basiert, die Kommunikationswege zwischen den diversen Wissensformen schafft. Tatsächlich sollte für Santos die gesamte postmoderne kritische Theorie von der Anerkennung aller Menschengruppen als Subjekte des Wissens ausgehen, d.h. von dem, was er eine auf Emanzipation ausgerichtete Form des Wissens nennt. In ständischen und plurikulturellen Gesellschaften, wie die in Lateinamerika, ist eine solche Anerkennung zweifellos zentral, weil es eine unumgängliche Bedingung für die Demokratisierung der Beteiligung an politischen Dialogen und der Machtausübung ist (vgl. Castro-Gómez: 2007).

Unter Berücksichtigung der Kritik am juristischen Denken von Santos kann man nun feststellen, dass andererseits aus rechtsphilosophischer Sicht seine Theoretisierung des postmodernen Rechtsparadigmas zwei beträchtliche Probleme aufweist: einen nur schwachen normativen Vorschlag zum Rechtsverständnis und eine unzureichende Definition der Rolle des Staates in der Rechtsproduktion.

Bezüglich des erstgenannten Problems ist meines Erachtens die Abwesenheit eines konsistenten normativen Vorschlages in Santos' pluralistischer Rechtstheorie problematisch für die Suche nach Einheit im Rechtsverständnis – einer Einheit, die fundamental für die Gründung gemeinsamer rechtlicher Institutionen ist. Allerdings glaube ich nicht, dass die zentralste Herausforderung hier darin besteht, eine normative Fundierung für die Einheit dessen zu finden, was das Recht definiert – ein Thema, mit welchem sich auch Habermas nicht weiter befasst¹⁸⁶ –, sondern eher eine normative Fundierung für die Einheit der

¹⁸⁶ Freilich schätzt Santos zumindest die Tatsache, dass aus einer deskriptiven Perspektive einige rechtspluralistische Theorien bestimmen, welche Praktiken die Bezeichnung „rechtlich“ er-

Form, wie das Recht konstruiert wird, da diese Einheit für die Rechtfertigung von dem nützlicher ist, was Günther als die Kommunizierbarkeit des „Codes“ des Rechts bezeichnet. Tatsächlich ist es grundlegend für eine Kommunikation zwischen diversen rechtlichen Konstellationen, wie man sie in den lateinamerikanischen Gesellschaften erkennen kann, dass sie eine gemeinsame Konstruktionsform aufweisen; und die Rechtfertigung dieser gemeinsamen Konstruktionsform kann sicher nur normativ erfolgen. Daher liegt es nahe, dass das prozedurale Rechtsparadigma von Habermas seine gemeinsame Konstruktionsform des Rechts dadurch rechtfertigt, dass es sie normativ im universellen Charakter der kommunikativen Vernunft verankert.

Es ist wahr, dass, wie schon gesehen, das postmoderne Paradigma von Santos einer Wissensform durchaus Normativität zugesteht, nämlich der emanzipationsorientierten Form des Wissens, welche er tatsächlich als gemeinsames Mittel zur Konstruktion postmoderner Rechtsformen einführt. Ich bin jedoch der Meinung, dass – epistemologisch gesehen – der Begriff des Emanzipationswissens zu schwach ist, um eine Wissensform zu bestimmen, und folglich auch um als epistemisches Mittel zur Errichtung des Rechtlichen zu dienen. Wenn auch andererseits Santos eine ganze Reihe von Rechtserfahrungen – vor allem in der südlichen Hemisphäre¹⁸⁷ – als emanzipatorisch bezeichnet, so arbeitet er dennoch kein gemeinsames Kriterium zur Identifizierung des spezifisch Emanzipatorischen aus, vielmehr vermeidet er es, wie Atienza bemerkt, sich allgemein auf im Westen ausgearbeitete axiologische Begriffe zu berufen. Daher beschränkt er sich darauf zuzugeben, dass die Geschichte der emanzipatorischen Anforderungen bezüglich der Konstruktion des Rechts westliche Wurzeln hat, aber prognostiziert gleichzeitig, dass in der Zukunft diese Anforderungen globaler sein werden (vgl. Santos: 2009, 549-550).

halten können, und so den „Fehlschluss der Trivialisierung [vermeiden]: Wenn das Recht überall ist, dann ist es nirgendwo“ (Santos, 2009, 62). Er selbst hat das Recht folgenderweise definiert: „Drawing on legal anthropological literature and on the anti-positivistic philosophy of law of the turn of the nineteenth century. I conceive law as a body of regularized procedures and normative standards that is considered justiciable – ie, susceptible of being enforced by a judicial authority – in a given group and contributes to the creation and prevention of disputes, as well as their settlement through an argumentative discourse coupled with the threat of force“ (Santos: 2002, 86).

¹⁸⁷ Diesbezüglich haben einige Autoren bemerkt, dass Santos dazu tendiert, vorauszusetzen, dass die Rechtserfahrungen der südlichen Hemisphäre unmittelbar emanzipatorisch sind, und zu glauben, dass sich davon fast notwendigerweise „ein Potenzial für eine gegenhegemonische Globalisierung“ (Kozlarek: 2007: 18-19) ableiten lässt.

Santos' Rechtstheorie bietet also keine wirklich epistemische Form, die zur gemeinsamen Gründung des Rechts dienen kann. Das Problem entsteht zweifelsohne aus der Tatsache, dass seine Erkenntnistheorie, wie es Atienza sagt, keine zufriedenstellende normative Orientierung bietet, um die mögliche Prävalenz einiger Wissensformen über andere zu unterscheiden, weshalb er keine gemeinsame Wissensform postulieren kann – und damit auch keine gemeinsame Konstruktionsform des Rechtlichen. Diesbezüglich zeigt sich Santos gegenüber der Normativität, die Habermas der kommunikativen Vernunft zugeht, eher skeptisch, weil er ihre faktische universelle Nutzung bezweifelt.

Allerdings muss man sich fragen, ob – jenseits der sozialen Rahmenbedingungen, die ihre Entwicklung üblicherweise stören – es nicht anthropologische Gründe dafür gibt, auch die kommunikative Vernunft als abgrundförmig zu bezeichnen, d.h. als nur einem Teil der Menschheit zu eigen. Santos bietet als Vorgabe für eine transkulturelle Anerkennung folgenden treffenden Sinnpruch: „Wir haben immer dann das Recht Gleiche zu sein, wenn uns die Differenz minderwertig macht, und Differente zu sein, wenn uns die Gleichheit decharakterisiert“ (Santos: 2005, 284¹⁸⁸). Dann muss man sich auch fragen: Würde eine gemeinsame Berufung auf die potenzielle Nutzung der kommunikativen Vernunft den Menschen decharakterisieren? Wenn wir uns in die plurikulturelle Realität Lateinamerikas versetzen, ist es offensichtlich, dass die kommunikative Vernunft nur eine von verschiedenen Wissensformen ist. Ich glaube jedoch, wie Habermas, dass diese Wissensform eine universelle Berufung hat, und sie deshalb diejenige ist, die am besten jene von Santos entworfene Wissensform verkörpern könnte, die Kommunikationswege zwischen den diversen Wissensformen ermöglichen kann.

Bezüglich des zweiten, im postmodernen Rechtsparadigma aufgezeigten Problems stellt man fest, dass Santos nicht ausreichend die Rolle der einheitlichen politischen Machtinstanzen, bzw. der Staaten in der Rechtsproduktion definiert. Zweifellos bleibt die Beziehung der lateinamerikanischen Staaten zum Recht problematisch. In diesem Sinne hat der Rechtspluralismus bewiesen, dass die Rechtsproduktion des modernen Staates aufgrund ihrer wissenschaftsgläubigen und legalistischen Logik historisch andere Rechtsformen, wie es behauptet wurde, bis hin zur Unsichtbarkeit ausgeschlossen hat. Deshalb ist es ebenfalls wichtig, das zentralistisch-legalistische Rechtsparadigma bei der

¹⁸⁸ Diese deutsche Übersetzung gehört zu: Aguiló: 2013, 90.

Gründung des Rechts zu überwinden.

Des Weiteren wurde es festgestellt, dass der Staat in Lateinamerika allgemein die Instrumentalisierung des Rechts sowohl durch die Machtinteressen einer dominanten Gruppe, als auch durch die Regulierungsforderungen der Wirtschaftstätigkeit ermöglicht hat. Und zu guter Letzt muss darauf hingewiesen werden, dass die lateinamerikanischen Staaten sich derzeit nicht nur internen juristischen Herausforderungen stellen müssen, sondern auch globalen Phänomenen, die ihre rechtliche Souveränität schwächen, wie z. B. durch die Kapitalabwanderung multinationaler Unternehmen, durch digitale Kommunikationsmedien, durch zwischenstaatliche Organisationen, zivilgesellschaftliche Organisationen, Migrationsströme und, in manchen Fällen, durch Vorschläge zur länderübergreifenden Regelung von Selbstbestimmung (vgl. Santos: 2009, 406).¹⁸⁹ All diese Feststellungen veranschaulichen sicherlich die Schwierigkeiten, die die lateinamerikanischen Staaten haben, um sich unter den zahlreichen rechtlichen Forderungen zurechtzufinden und die Rechtsproduktion auf die soziale Integration auszurichten. Können wir uns dennoch eine Recht setzende Institution vorstellen, der den Staat als einheitliche politische Machtinstanz ersetzen kann?

Im Gegensatz zu anderen Rechtspluralisten wie Teubner,¹⁹⁰ erkennt Santos in diesem Sinne den Nationalstaat und das zwischenstaatliche System als gültige Szenarien für die Konvergenz der Pluralität von Rechtskonstellationen: „The state and the interstate system thus provide some of the broader contexts within which the debate on the plurality of legal orders may be fruitfully pursued“ (Santos: 2002, 94). Der portugiesische Denker weist außerdem darauf hin, dass der Staat hinsichtlich der rechtlichen Förderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt einen Raum für Chancen bietet – was zweifellos von grundlegender Wichtigkeit für asymmetrische Gesellschaften wie die in Lateinamerika ist (vgl. Santos: 2009, 336). Und dennoch bietet die Rechtstheorie von Santos jenseits der Benennung einiger staatlichen Formen, durch welche der Staat selbst seine rechtliche Dezentralisierung fördert (beispielsweise, indem die kommunale Verwaltung gestärkt wird) und durch welche er angesichts seiner internen

¹⁸⁹ Bezüglich der Herausforderungen des Rechts hinsichtlich der Globalisierung, siehe: Valerius: 2017; Reder: 2009: 72-77.

¹⁹⁰ Siehe: Teubner, Gunther (2000), „Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts“, in: Brunkhorst, Hauke/Kettner, Matthias (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main, 240–273.

rechtlichen Pluralität oder der transnationalen Rechtsformen reagiert, keine klare Begründung der Mittel, die es dem Staat ermöglichen, die Rolle der Rechtsetzenden Instanz auf eine nicht zentralistische Weise auszuüben (vgl. Santos: 2009, 69-79; 239-334).

Sicherlich ist dies bei Habermas nicht der Fall, welcher darauf beharrt, zu zeigen, wie der Rechtsstaat, diskurstheoretisch verstanden und vom zentralistischen Staat distanziert, das Recht sanktioniert, und zwar durch die Artikulation der Pluralität diskursiver, in der Öffentlichkeit entstehender Praktiken. Diese Praktiken sind also das, was letztendlich der Bildung von politischem Willen, der Gesetzgebung und der Praxis gerichtlicher Entscheidungen eine Grundlage gibt. Habermas äußert in diesem Sinne, dass er auf den Staat setzt, indem er bezüglich des Paradigmas des Sozialstaates darauf hinweist, dass seine Reflexion diesen zu einer „höheren Reflexionsstufe“ führen sollte (Habermas: 1992: 494).

Wahrscheinlich aufgrund seines Festhaltens an der Berufung als „Nachhutintellektueller“ beschränkt sich Santos eher darauf, eine „wachsende Heterogenität der staatlichen Regulierung“ zu erahnen, in welcher sicherlich die Forderungen der indigenen Völker, die mit den Darstellungen des Gemeinschaftslebens dieser Völker verbunden sind (neue Konzepte von Unabhängigkeit und Souveränität, neue Mittlertätigkeiten zwischen Staat und Bürgern, usw.), eine wichtige Rolle spielen sollten (vgl. Santos: 2009, 337, 407-408).

5.4 Auf dem Wege zu einer pluralistisch-diskursiven Rechtsproduktion

Nachdem wir die Möglichkeiten und Grenzen der Rechtstheorien von Habermas und Santos im lateinamerikanischen Kontext geprüft haben, ist es an der Zeit, die vorliegende Untersuchung mit einer Schlussantwort auf unsere Grundfrage nach dem angemessensten theoretischen Mittel für die Gründung eines emanzipatorischen Rechts in Lateinamerika abzuschließen. Dazu müssen wir uns aber zunächst vor Augen halten, was die vorangegangenen Kapitel zur Vorbereitung dieser Antwort beigetragen haben.

In dieser Linie stellte das erste Kapitel der Arbeit die zentralen begrifflichen Voraussetzungen vor, auf denen diese Forschung basiert, unter denen die Idee, dass das Recht ein Ziel hat, und unser Ansatz zum Pluralismus im Bereich des Rechts hervorstechen. Es wurde bekräftigt, dass das Recht eine Finalität mit

einer moralischen Komponente in sich trägt und dass dieses Ziel, zurück zur rechtsphilosophischen Tradition, in der aristotelischen partikularen Gerechtigkeit klar zum Ausdruck kommt – also in der Gerechtigkeit, verstanden als Verteilung von Gütern und Zuständigkeiten innerhalb einer bestimmten Gesellschaft. Später, zu Beginn dieses fünften Kapitels, wurde auch festgestellt, dass die Aufgabe der Verwirklichung dieser objektiven Form der Gerechtigkeit den Beitrag des Rechts zur Realisierung des modernen Emanzipationsideals verkörpert. Andererseits wurde konstatiert, dass es innerhalb jeder zeitgenössischen Gesellschaft eine Pluralität von Rechtsordnungen gibt, die sich unabhängig von der staatlich etablierten Rechtsordnung entwickeln. In Distanzierung von einer bloß deskriptiven Einschätzung dieses Faktums – wie sie von pragmatischen Rechtstheoretikern angestrebt wird –, wurde dennoch festgestellt, dass es auch eines normativen Ansatzes bedarf, um der Gesellschaft die notwendigen theoretischen Mittel zur Begründung einer minimalen gemeinsamen Rechtsordnung an die Hand zu geben.

Das zweite Kapitel bot eine Rekonstruktion der theoretisch-geschichtlichen Grundlagen des modernen Rechts und vor allem seiner Einführung und Entwicklung in Lateinamerika seit der spanischen Kolonialisierung. So wurde nachgewiesen, dass das moderne Recht, obwohl es den lateinamerikanischen Gesellschaften eine grundlegende Rechtsordnung einräumte, gleichzeitig zum Instrument von Abhängigkeit und Beherrschung für eine Elite wurde, die von den rechtlichen Interessen der großen Bevölkerungsschichten, insbesondere der Urbevölkerungen, abgekoppelt war. Durch den Fokus auf der formalistische Legalisierung und auf die staatliche Zentralisierung der Rechtsproduktion führte das normierte Recht, unserer Analyse zufolge, zu seiner Isolierung von den modernen Idealen der Autonomie und Emanzipation, und hatte insofern als Antwort ein hohes Maß an Unwirksamkeit in den stark pluralen und asymmetrischen latinoamerikanischen Gesellschaften.

Vor dem Hintergrund dieser Abkehr des latinoamerikanischen Rechts sowohl von den axiologischen Säulen der Moderne als auch von der Gesellschaftswirklichkeit, widmete sich unsere Arbeit im dritten und im vierten Kapitel der Untersuchung von zwei kritischen Formen, um sich gegenüber dem modernen Recht zu positionieren, nämlich den Rechtstheorien von Jürgen Habermas und Boaventura de Sousa Santos. Wie hervorgehoben, unterscheiden sich beide Denker deutlich in ihrer Einschätzung des modernen Rechts, bis hin zu

dem Punkt, dass, während Habermas auf eine Erneuerung des emanzipatorischen Potenzials des modernen Rechts – durch die Aufwertung der kommunikativen Rationalität – setzt, Santos der Ansicht ist, dass die Moderne nicht mehr emanzipatorische Ressourcen zu bieten hat, und dass das Recht daher nur auf der Pluralität zeitgenössischer postmoderner Rechtspraktiken beruhen kann. Abschließend befasste sich das vorliegende Kapitel mit einer kritischen Bewertung beider theoretischer Vorschläge zur Rechtsentwicklung im lateinamerikanischen Kontext.

Auf der Grundlage dieses beschrittenen Weges können wir nun zwei Thesen über das rechtliche Phänomen vorlegen, die versuchen, auf die Grundfrage der Arbeit zu antworten, und insofern ihre wichtigsten Schlussfolgerungen darstellen. Die erste These behauptet, dass durch das prozedurale Rechtsparadigma das emanzipatorische Potenzial des modernen Rechts in den westlichen Gesellschaften wirksam bleibt. Die zweite These behauptet, dass dieses Rechtsparadigma ein effektives Mittel zur Förderung – vom spezifischen juristischen Bereich aus – der Emanzipation in Lateinamerika sein kann. Diese Behauptungen werden im Folgenden begründet.

In der Tat verteidige ich zunächst, dass das, was man als modernes Recht bezeichnet, also die der modernen Gesellschaften eigenen rechtlichen Werte, Institutionen und Normen, trotz seiner widersprüchlichen geschichtlichen Entwicklungen nach wie vor ein wichtiges emanzipatorisches Potenzial beinhaltet. Die zeitgenössische Rechtsphilosophie ist sich weitgehend darin einig, und sowohl Santos als auch Habermas halten daran fest, dass das Recht in der Moderne oftmals ein Mechanismus zur politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Herrschaft für viele Menschengruppen gewesen ist, einschließlich solcher Gruppen, die außerhalb des Spektrums der modernen Gesellschaften waren, aber von diesen kolonisiert wurden. Die Moderne selbst hat Momente schwerer Krisen und Unterdrückung ihres emanzipatorischen Geistes erlebt, und folglich auch der Reduzierung auf eine bloße instrumentelle Rationalität oder, wie Santos sagen würde, auf nichts Weiteres als ihre regulatorische Tendenz. Allerdings bin ich der Ansicht, dass dies nicht das vollständige Bild der modernen Erfahrung ist.

Die Werte eines selbstständigen Denkens, von Freiheit und Gleichheit, die die europäische Aufklärung aus der christlichen Tradition übernommen und säkularisiert hat, haben auf der anderen Seite in den westlichen Gesellschaften

große Leistungen in praktisch allen Bereichen der menschlichen Tätigkeit, einschließlich des Rechts, ermöglicht. Diese Leistungen wären aber nicht möglich gewesen, wenn – unter Annahme der These von Habermas – die Moderne nicht auch in diesen Gesellschaften eine ausreichend sich wiederholende Etablierung von verständigungsorientierten Kommunikationsprozessen gefördert hätte, d.h. wenn es nicht die kommunikative Rationalität des Menschen zur Geltung gebracht hätte. Somit konnte die Moderne, durch die Förderung der aufklärerischen Ideale und der kommunikativen Rationalität, die Standards der ständischen Gesellschaften bezüglich politischer Partizipation und hinsichtlich der individuellen Freiheiten weit übertreffen.

Selbstverständlich kann man dem emanzipatorischen Handeln der Moderne nicht einen notwendigen Charakter zuschreiben, weil dies voraussetzen würde, dass die Geschichtlichkeit der Aporien und der tragischen Abweichungen dieses Projekts geleugnet würden. Allerdings sind weder die ausschließende staatliche Zentralisierung noch die Reduktion der Idee sozialer Transformation auf ihre wirtschaftliche Komponente notwendige Entwicklungen eines, auf die kommunikative Vernunft gestützten Gesellschaftsprojektes – historisch gesehen, setzt die Moderne tatsächlich, wie Santos selbst behauptet, den Kapitalismus als Produktionsweise nicht voraus (vgl. Santos: 1995, 1). Ich bin vielmehr der Auffassung, dass die Ideale der Aufklärung und die kommunikative Rationalität trotz ihrer Beschränkungen genügend Raum bieten, damit ein Dialog zwischen den unterschiedlichen Wissensformen und zwischen den Transformationsvorstellungen stattfinden kann, dass also das emanzipatorische Potenzial der Moderne gültig bleibt.

Spezifisch im Bereich des Rechts behaupte ich mit Blick auf Habermas, dass dieses emanzipatorische Potenzial sich einerseits in der stufenweise stattfindenden Konsolidierung von Prozeduren ausdrückt, die die Partizipation der Bürger im normativen Diskurs moderner Gesellschaften gewährleisten – in einem Diskurs, der unter der Verständigungsorientierung, die die Ausübung der kommunikativen Rationalität voraussetzt, stattfindet. Im Diskurs, der einen Platz hauptsächlich in der Sphäre der Öffentlichkeit hat, sprechen die Bürger ihre rechtlichen Interessen aus, sie unterscheiden deren Geltungsansprüche und legen allmählich Konsense fest, die dann auf die Sphäre der politischen Macht übertragen werden. Auf diese Weise bildet sich eine intersubjektiv legitimierte rechtliche Produktion. In Anerkennung all dieser Prozeduren wurde

diese rechtliche Produktionsweise, die Habermas aus der Leistung der modernen juristischen Institutionen theoretisch rekonstruiert, als prozedurales Rechtsparadigma bezeichnet. Ich teile jedoch Holzleithners Meinung dahingehend, dass die Kraft des Paradigmas nicht so sehr auf den Aufruf zur juristischen Prozeduralität oder Formalität beruht, sondern auf seinem partizipatorischen Charakter (vgl. Holzleithner: 2016, 167).

Ich meine weiterhin, dass das emanzipatorische Potenzial des modernen Rechts sich andererseits in der Verankerung von Bedingungen in den modernen Gesellschaften ausdrückt, die es ermöglichen, dass diese Partizipation der Bürger in der rechtlichen Produktion wirklich effektiv ist. Solche Bedingungen sind sicher im ebenfalls von Habermas rekonstruierten „System der Rechte“ zu erkennen. Zu diesem System gehören sowohl subjektive Freiheitsrechte als auch politische Teilnahmerechte – Rechte, die die Möglichkeit vorsehen, dass die Bürger sich sowohl als Adressaten und gleichzeitig als Autoren ihrer eigenen Rechte erkennen. In dem Maße, in dem all diese Rechte in den modernen Gesellschaften konstitutionalisiert wurden und ihre Auswirkungen – trotz ihrer Unvollständigkeiten und Zerbrechlichkeiten – in der Entwicklung der Demokratie, in der Stärkung der politischen und gerichtlichen Institutionalisierung und in der Öffnung der Rechtssysteme auf die transnationalen Regulierungen zur Nachhaltigkeit des Planeten und zur Gewährleistung des Weltfriedens sichtbar werden, kann man behaupten, dass diese die Wirksamkeit der Berufung des modernen Rechts auf Emanzipation spürbar zum Ausdruck bringen.

Natürlich haben diese Entwicklungen des prozeduralen Rechtsparadigmas in den modernen Gesellschaften zu einer Abschwächung der einstigen Fixierung des modernen Rechts auf die staatliche Zentralisierung und auf die Legalisierung der Rechtsproduktion geführt. Und sicherlich hat diese Abschwächung des zentralistisch-legalistischen Rechtsparadigmas im Rechtsbereich nicht zur Erschöpfung des allgemeinen Paradigmas der Moderne geführt, vielmehr zu einer Erneuerung seines emanzipatorischen Potentials.

Zweitens behaupte ich, basierend auf meiner Rekonstruktion der Rechtsentwicklung in Lateinamerika, dass die diskursive Art der rechtlichen Produktion bzw. das prozedurale Rechtsparadigma das angemessenere Mittel zur Schaffung eines Rechts ist, das von seinem Handlungsfeld aus die Verwirklichung der Emanzipation in dieser Region fördert. Freilich handelt es sich dabei um ein Paradigma, das aus der Rechtserfahrung von typisch modernen Gesellschaften

entsteht, die sich durch den wiederholten Aufruf zu verständigungsorientierten Kommunikationsprozessen und die nachhaltige Entwicklung einer Reihe von grundlegenden Rechten auszeichnen. Offensichtlich entspricht dies nicht der allgemeinen Erfahrung unter den lateinamerikanischen Gesellschaften.

Die Kolonialzeit hat in dieser Region tiefgreifende soziale Ungleichheiten hinterlassen, die sich in asymmetrischen Machtverhältnissen widerspiegeln, welche, wie Marxsen sagen würde, häufig den normativen Gehalt der lebensweltlichen Kommunikation neutralisieren. Ebenfalls hat der, dort vor ca. 200 Jahren von den Unabhängigkeitskämpfern selbst eingeführte Modernisierungsprozess – abgesehen von seinem Ursprung in einer, den lateinamerikanischen Mehrheiten fremden liberal-individualistischen Kultur – keine wirkliche Förderung der Aufklärungsideale mit sich gebracht. Damit wurde das von den lateinamerikanischen Nationalstaaten eingeführte moderne Recht auf seine ausschließende, zentralistisch-legalistische Tendenz reduziert, und von den Interessen der dominanten Sozialgruppe stark instrumentalisiert; folglich mangelt es ihm bis zum heutigen Tage an Legitimität und Wirksamkeit. Warum glaube ich dann, dass das partizipative bzw. prozedurale Rechtsparadigma in der Lage ist, in Lateinamerika ein Recht zu begründen, das an der Emanzipation orientiert ist? Meine Stellungnahme stützt sich sowohl auf einen normativen Gesichtspunkt als auch auf ein deskriptives Argument.

Zunächst zum normativen Grund. Wenn, wie bereits erwähnt, das prozedurale Paradigma aus einer anderen Rechtspraktik rekonstruiert wurde als der lateinamerikanischen Rechtspraktik, setzt dessen Umsetzung sicher eine normative Haltung voraus. Was jedoch diese normative Haltung an Fragen aufwirft, ist die Verwertung der kommunikativen Rationalität des Menschen bis zu einem Grad, ab welchem diskursive Prozesse feststellbar sind, die die Partizipation an der Meinungs- und Willensbildung des Gesetzgebers sicherstellen. Ihre Argumentationskraft beruht dann in der Bestätigung solcher kommunikativen Rationalität als universelles Gut und nicht, wie man glauben könnte, in einer hypothetischen allgemeinen Überlegenheit dieser Rationalität über andere Wissensformen.

Zweifellos ist die in Lateinamerika anwesende Pluralität von Wissensformen und damit verbundener Rechtspraktiken gleichfalls eine, aus einer normativen Haltung zu schätzende Realität. Andererseits kann man nicht erwarten, dass in jeder Form von sozialer Beziehung die auf objektive Gründe ge-

stützten vernünftigen Verständigungsprozesse das beste Mittel sind, um den Vereinbarungen Legitimität zu verleihen. Allerdings kann man vorbringen: Wenn die kommunikative Rationalität potentiell für alle Menschen zugänglich ist, und wenn ihre Errungenschaften in den modernen Gesellschaften berücksichtigt werden, dann ist sie das angemessenere epistemische Mittel für eine Produktion von wirklich, durch den Willen der Bürger legitimierten Rechtsnormen – und folglich ausreichend wirksam – auch in Lateinamerika. Die kommunikative Vernunft und damit das prozedurale Rechtsparadigma erscheinen so als die geeignetsten Mittel für die Begründung der Konstruktion und des Verständnisses des Rechts in Lateinamerika.

Ich glaube jedoch, dass sich die Gründe, die die Angemessenheit des prozeduralen Rechtsparadigmas in Lateinamerika belegen, nicht auf dieses normative Argument beschränken, sondern dass ebenso – wenn auch in einem zweiten Schritt – ein deskriptives Argument vorgebracht werden kann. Man kann in diesem Sinne zuerst feststellen, dass die axiologischen Grundlagen des modernen Geistes, trotz ihrer nur begrenzten Auswirkungen in Lateinamerika seit der Einführung des Christentums, schon eine Geschichte in diesen Gesellschaften haben.

Im Grunde genommen sind es die vom Christentum getragenen modernen Werte, die es ermöglicht haben, dass die zwar tragische koloniale Erfahrung Lateinamerikas durch die Gedanken der Iberischen Spätscholastik in die allgemeine rechtsphilosophische Diskussion aufgenommen wurde, und dass die daraus resultierenden Überlegungen wiederum ihre Spuren im lateinamerikanischen Recht hinterlassen haben. Diese anfängliche Form interkulturellen Austauschs trug, wie es gezeigt wurde, tatsächlich dazu bei, den Begriff der Menschenwürde und die Vorstellung von der Existenz einer internationalen Gesellschaft – das spätere Völkerrecht – juristisch zu profilieren. Es gibt also geschichtliche Präzedenzfälle, die erklären, wie die christliche Axiologie die geistigen Bedingungen in Lateinamerika eingeführt hat, die für die Aufwertung der Intersubjektivität und der vernünftigen Diskussion, kurz gesagt, der Ausübung der kommunikativen Vernunft in der Rechtsproduktion, notwendig sind.

Aber andererseits kann man auch feststellen, dass es die letzten Entwicklungen des modernen Rechts in dieser Region erlauben, manche partizipative Rechtspraktiken zu erkennen, die eine – wenn auch beginnende – Ausübung der kommunikativen Vernunft zum Vorschein bringen. Diese Ausübung stützt

sich deutlich auf die Umsetzung von grundlegenden Rechten, aber auch auf die Emergenz einer immer stärker demokratischen Öffentlichkeit, in hohem Masse auch dank der Ausbreitung digitaler Kommunikationsmedien. Die digitale Technik hat den Zugang zur Information stark demokratisiert, und als Folge davon gibt es heute in Lateinamerika eine stärkere Bürgerbeteiligung an der öffentlichen Diskussion, und damit auch eine stärkere Überprüfung der gesetzgebenden Institutionen – freilich ohne die Perversionen zu verschweigen, die sich auch in der digitalen sozialen Kommunikation ausbreiten. Zu den neuen partizipativen Rechtspraktiken gehören verfassungsrechtliche Entwicklungen, Gerichtsentscheidungen und Schlichtungsverfahren, die zwar in lokalen Rechtsinstitutionen entstehen, die im Grunde aus weniger pluralen Kulturen importiert wurden; sie veranschaulichen jedoch eine Rechtsproduktion, die pluraler ist als die, die sich in den lateinamerikanischen Ländern im Laufe der zwei Jahrhunderten unabhängiger Regierungssysteme entwickelt hatte (vgl. Sieder/Schjolden/Angell: 2005; Uprimny: 2011; Yrigoyen: 2010)

Die lateinamerikanischen Staaten haben natürlich noch einen weiten Weg vor sich, bevor sich eine diskursive Rechtsproduktion konsolidiert, und sie damit auch zu Rechtsstaaten werden, die für die Konstellationen von Rechtspraktiken wirklich offen sind. Die Etablierung des lateinamerikanischen Rechts im Horizont der Moderne ist aber eine objektive Tatsache. Es entstand mit der Einführung des iberischen Rechts der Frühneuzeit und wurde gestärkt durch die Annahme der modernen Rechtsform. Und ich bin der Ansicht, dass durch diese Verbindung das lateinamerikanische Recht auf einen Weg gebracht wurde, der angesichts der Emanzipation vielversprechender ist als der, von Santos und seiner Skepsis hinsichtlich der modernen Vernunft geförderte postmoderne Weg. Klar ist, dass die Festlegung von diskursiven Rechtsprozeduren, die sich gegenüber den asymmetrischen Machtbeziehungen der lateinamerikanischen Gesellschaften durchsetzen können – und so die Instrumentalisierung des Rechts im Dienste nicht emanzipatorischer Interessen vermeiden –, axiologische Bedingungen voraussetzt, die in der Tiefe nur eine Förderung der Aufklärungsideale im Bereich der Moral gewährleisten kann. Daher muss die Radikalisierung des modernen Projekts sich sowohl ethisch als auch juristisch begründen. Werte und Gesetze, allgemeine Prinzipien und Rechtsinstitutionen, bilden notwendige Einheiten im Weg der lateinamerikanischen Gesellschaften zur Emanzipation.

Literaturverzeichnis

Abellán, José Luis (1986), *Historia crítica del pensamiento español II*, Madrid.

Aguiló, Antoni (2008), *La dignidad de la basura: globalización hegemónica frente a globalización contrahegemónica en la filosofía política de Boaventura de Sousa Santos*, Palma de Mallorca.

Aguiló, Antoni (2013), *Die Würde des Mülls: Globalisierung und Emanzipation in der Sozial- und politischen Theorie von Boaventura de Sousa Santos*, Berlin.

Anzenbacher, Arno (1992), *Einführung in die Ethik*, Düsseldorf.

Alberdi, Juan Bautista (1837), *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires.

Alexy, Robert (1986), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main.

Alexy, Robert (1998), „Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat“, in: Gosepath, Stefan/ Lohmann, Georg, *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main, 244–264.

Alexy, Robert (2008), „Die Natur der Rechtsphilosophie“, in: Brugger, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Kirste, Stephan (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 11-25.

Alexy, Robert (2011), *Begriff und Geltung des Rechts [1992]*, Freiburg.

Apel, Karl-Otto (1976), „Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik“, in: Apel, Karl-Otto, *Transformation der Philosophie 2*, Frankfurt am Main, 358-435.

Apel, Karl-Otto (1990), „Diskursethik als Verantwortungsethik. Eine Postmetaphysische Transformation der Ethik Kants“, in: Fornet-Betancourt, Raúl (Hg.), *Ethik und Befreiung*, Aachen, 10-40.

Aragón, Orlando (2016), *De la “vieja” a la “nueva” justicia indígena: transformaciones y continuidades en las justicias indígenas de Michoacán*, Mexiko-Stadt.

Ardao, Arturo (1993), „Génesis de la idea y el nombre América Latina“, in: Ardao, Arturo, *América Latina y la latinidad*, Mexiko-Stadt, 11-109.

Aristoteles (2007), *Nikomachische Ethik*, übersetzt von Olof Gigon, neu herausgegeben von Rainer Nickel, Düsseldorf.

Arrijoja, Luis Alberto (2010), „Dos visiones en torno a un problema: las tierras comunales indígenas en Oaxaca y Michoacan“, in: *Relaciones*, Nr. 124, 143-185.

Atienza, Manuel (2016), *Un comentario a la obra de Boaventura Santos*, online im Internet: <<http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2016/10/un-comentario-la-obra-de-boaventura.html/>> und <<https://dfddip.ua.es/es/documentos/un-comentario-a-la-obra-de-boaventura-santos.pdf?noCache=1476700502181/>> (14-06-19)

Basadre Ayulo, Jorge (2011), *Historia del Derecho Universal y Peruano*, Lima.

Basadre Grohmann, Jorge (1956), *Los Fundamentos de las Historia del Derecho*, Lima.

Basadre Grohmann, Jorge (1963), *Historia de la República del Perú I*, Lima.

Barker, Robert (1988), „Constitutionalism in the Americas: A Bicentennial Perspective“, in: *University of Pittsburgh Law Review* 49, Nr. 3, 891-914.

Baynes, Kenneth (1995), „Democracy and the *Rechtsstaat*“, in: White, Stephen (Hg.), *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge, 201-232.

Benda, Ernst (1995), „Recht und Politik“, in: Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf/ Schüttemeyer, Suzanne (Hg.), *Lexikon der Politik, Politische Theorien*, München, 511-514.

Benhabib, Seyla (2015), „Verteidigung der Moderne“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 240-254.

Beylveled, Deryck/ Brownsword, Roger (1986), *Law as Moral Judgment*, London.

Bobbio, Norberto (1983), „Diritto“, in: Bobbio, Norberto/ Matteucci, Nicola/ Pasquino, Gianfranco (Hg.), *Dizionario di politica*, Torino, 334-338.

Bobbio, Norberto (1986), *El futuro de la democracia*, Mexiko-Stadt.

Bobbio, Norberto (1991), „Positivismismo jurídico“ [„Sul positivismo giuridico“, 1961], in: Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Mexiko-Stadt, 41-72.

Bohman, James, (2015), „Völkerrechtsverfassung und Politik“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 291-300.

Boldt, Hans (1987), „Konstitutionalismus“, in: Görres-Gesellschaft, *Staatslexikon*, Freiburg, 641-644.

Bonfil, Guillermo (1990), *México profundo*, Mexiko-Stadt.

Bonilla, Daniel (2016), „La economía política del conocimiento jurídico“, in: Bonilla, Daniel (Hg.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, 37-107.

Brewer-Carías, Allan (2012), „Sobre el inicio del constitucionalismo en América hispana en 1811, antes de la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812“, in: *Pensamiento Constitucional*, Nr. 17, 45-78.

Brieskorn, Norbert (1990), *Rechtsphilosophie*, Stuttgart.

Brieskorn, Norbert (2010a), „Rechtsphilosophie“, in: Brugger, Walter/ Schöndorf, Harald, *Philosophisches Wörterbuch*, Freiburg, 394-395.

Brieskorn, Norbert (2010b), „Liberalismus“, in: Brugger, Walter/ Schöndorf, Harald, *Philosophisches Wörterbuch*, Freiburg, 273-274.

Bruce, Albert (1997), „Territorialité, ethnopolitique et développement: à propos du mouvement indien en Amazonie brésilienne“, in: *Cahiers des Amériques Latines*, Nr. 23, 177-210.

Carbonell, Miguel (Hg.) (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Mexiko-Stadt.

Cárdenas, Jaime (2015), „Las características jurídicas del neoliberalismo“, in: *Cuestiones Constitucionales*, Nr. 32, 3-44.

Castro-Gómez, Santiago/ Grosfoguel, Ramón (Hg.) (2007), *El giro decolonial Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá.

Centro de Estudos Sociais, *Reinventing Social Emancipation*, online im Internet: <<https://ces.uc.pt/ces/emancipa/>> (08-06-19).

CEPAL - Vereinten Nationen (2016), *La matriz de la desigualdad social en América Latina*, Santiago de Chile, online im Internet: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40668/4/S1600946_es.pdf> (22-07-19)

CEPAL - Vereinten Nationen (2019), *Panorama Social de América Latina 2018*, Santiago de Chile, online im Internet: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44395/11/S1900051_es.pdf> (22-07-19)

Challe, Edouard (1999), „Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du Droit“, in: *Le Philosophoie*, Nr. 9, 175-199.

Chevalier, François (1999), *América Latina. De la independencia a nuestros días*, Mexiko-Stadt.

Cohen, Jean (2015), „Völkerrechtsverfassung“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 87-94.

Contreras, Carlos/ Cueto, Marcos (2013), *Historia del Perú Contemporáneo*, Lima.

Contreras, Francisco (2014), *La filosofía del derecho en la historia*, Madrid.

Copleston, Frederick (2003), *A History of Philosophie 3*, London.

Coreth, Emerich (1984), „Phänomenologie“, in: Ricken, Friedo (Hg.), *Lexikon der Erkenntnistheorie und Metaphysik*, München, 141-144.

Courtis, Christian (2003), „Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario“, in: García, Mauricio/ Rodríguez, César (Hg.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídico críticos*, Bogotá, 75-91.

Degregori, Carlos (1999), „Pueblos Indígenas y democracia en América Latina“, in: Nieto, Jorge (Hg.), *Sociedades multiculturales y democracia en América Latina*, Mexiko-Stadt, 177-210.

De Sousa, José Galvao (1973), „El derecho natural en el mundo lusitano del siglo XX“, in: Puy, Francisco, *Derecho natural hispánico*, Madrid, 287-326.

De Trazegnies, Fernando (1980), „La transferencia de Filosofías Jurídicas: La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX“, in: *Derecho*, Nr. 34, 37-66.

Dreier, Ralf (2008), „Rechtsphilosophische Standpunktprobleme“, in: Brugger, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Kirste, Stephan (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 317-337.

Dworkin, Ronald (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge.

Espinosa-Saldaña, Eloy (2012), „Una experiencia a tener presente: los aportes de Cádiz a la construcción del concepto de soberanía en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos“, in: *Pensamiento Constitucional* 17, Nr. 17, 107-116.

Fernández, José Julio/ Argüello, Jacqueline (2012): „Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas“, in: *Pensamiento Constitucional*, Nr. 16, 117-140.

Filippi, Alberto (2003), *La filosofía de Bobbio en América Latina y España*, Mexiko-Stadt.

Finnis, John (1995), „History of the philosophy of law“, in: Honderich, Ted, *The Oxford companion to philosophy*, Oxford, 465-468.

Fischer-Lescano, Andreas (2013), „Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie“, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Jg. 61, H. 2, 179-196.

Forst, Rainer (2015a), „Diskursethik der Moral“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 234-240.

Forst, Rainer (2015b), „Diskursethik“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 306-307.

Foster, Hal (1983) (Hg.), *The Anti-Aesthetic*, preface, Washington, ix-xvi.

Foucault, Michel (1975), *Surveiller et Punir. Naissance de la Prison*, Paris.

Foucault, Michel (1976), „Méthode“, in: Foucault, Michel, *La volonté de savoir. Histoire de la sexualité 1*, Paris, 121-135.

Fraser, Nancy (1990), „Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy“, in: *Social Text*, Nr. 25/26, 56-80.

Fraser, Nancy (2015), „Theorie der Öffentlichkeit“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 148-155.

Friedrich, Carl Joachim (1955), *Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive*, Würzburg.

Gall, Lothar (1987), „Liberalismus“, in: Görres-Gesellschaft, *Staatslexikon*, Freiburg, 916-921.

Galvao de Sousa, José (1973), „El derecho natural en el mundo lusitano del siglo XX“, in: Puy, Francisco, *Derecho natural hispánico*, Madrid, 287-326.

García, Juan Antonio (1997), „La filosofía del derecho de Jürgen Habermas“, in: García, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, 17-72.

García, Mauricio/ Rodríguez, César (2003), „Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos“, in: García, Mauricio/ Rodríguez, César (Hg.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídico críticos*, Bogotá, 15-66.

Geertz, Clifford (1973), „Religion as a Cultural System“, in Geertz, Clifford, *The Interpretation of Cultures*, New York, 87-125.

Glade, William (1991), „América Latina y la economía internacional, 1870-1914“, in: Bethell, Leslie, *Historia de América Latina 7*, Barcelona, 1-49.

Gomila, Antoni (1995), „Spanish Philosophy“, in: Honderich, Ted, *The Oxford companion to philosophy*, Oxford, 843-844.

González de Olarte, Efraín (1997), *El neoliberalismo a la peruana, economía política del ajuste estructural – 1990-1997*, Lima.

González Prada, Manuel (2002), „Nuestros Indios“, in: Universidad Central de Venezuela, *Memorias de América Latina*, Caracas, 121-138.

Goyard-Fabre, Simone (1992), *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris.

Griffiths, John (1986), „What is Legal Pluralism“, in: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Nr. 24, 1-55.

Grotius, Hugo (1950), *De jure belli ac pacis. Libri tres* [1625], Tübingen.

Guevara, Armando (2009), „Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú“, in: Guevara, Armando, *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia de Derecho*, Lima, 61-77.

Guibentif, Pierre (2010), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris.

Guzmán, Alejandro (2006), *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra.

Habermas, Jürgen (1968), *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1973a), „Wahrheitstheorien“, in: Fahrenbach, Helmut (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, Pfullingen, 211-265.

Habermas, Jürgen (1973b), *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1981a), *Theorie des kommunikativen Handelns 1*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1981b), *Theorie des kommunikativen Handelns 2*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1981c), „Die Moderne – ein unvollendetes Projekt“, in: Habermas, Jürgen, *Kleine politische Schriften I-IV*, Frankfurt am Main, 444-464.

Habermas, Jürgen (1983a), „Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm“, in: Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, 53-125.

Habermas, Jürgen (1983b), „Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln“, in: Habermas, Jürgen, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, 127-206.

Habermas, Jürgen (1984), *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1985), *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1988), „Die Einheit der Vernunft in der Vielfalt ihrer Stimmen“, in: Habermas, Jürgen, *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt am Main, 153-186.

Habermas, Jürgen (1991), „Erläuterungen zur Diskursethik“, in: Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, 119-226.

Habermas, Jürgen (1992), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1994), *Faktizität und Geltung*, erweiterte Auflage, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1996), *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1998), „Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie“, in: Habermas, Jürgen, *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt am Main, 91-169.

Habermas, Jürgen (1999), „Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen“, in: Habermas, Jürgen, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 271-318.

Habermas, Jürgen (2004), *Der gespaltene Westen*, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (2005), „Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?“, in: *Kritische Justiz*, Nr. 38, 222-247.

Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law* [1961], Oxford.

Hegel, G. W. F. (1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821] (Werke in zwanzig Bänden, Band VII), Frankfurt am Main.

Hilferding, Rudolf (1910), *Das Finanzkapital*, Wien.

Hobbes, Thomas (1839), *Leviathan* [1651] (*The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Band III), London.

Höffe, Otfried (1987), „Naturrecht“ (I-III), in: Görres-Gesellschaft, *Staatslexikon*, Freiburg, 1296-1318.

Höffe, Otfried (1988), *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik*, Stuttgart.

Höffe, Otfried (1993), „Eine Konversion der Kritischen Theorie? Zu Habermas' Rechts- und Staatstheorie“, in: *Rechtshistorisches Journal*, Nr. 12, 70-88.

Höffe, Otfried (1996), *Aristoteles*, München.

Höffe, Otfried (1999), *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt am Main.

Holzleithner, Elisabeth (2016), „Paradigmen des Rechts“, in: Koller, Peter/ Hiebaum, Christian (Hg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin, 154-168.

Horkheimer, Max (1968), „Traditionelle und kritische Theorie“ [1937], in: *Kritische Theorie 2*, Frankfurt am Main, 137-191.

Horkheimer, Max (1984), „Autoritärer Staat“, in: Dubiel, Helmut/ Söllner, Alfons (Hg.), *Wirtschaft, Recht und Staat im Nationalsozialismus: Analysen des Instituts für Sozialforschung, 1939-1942*, Frankfurt am Main.

Horkheimer, Max (1988), „Zur gegenwärtigen Lage der Sozialphilosophie und die Aufgaben eines Instituts für Sozialforschung“, in: Horkheimer, Max, *Gesammelte Schriften 3*, Frankfurt.

Hume, David (1973), *Ein Traktat über die menschliche Natur* [1739-1740], Buch III, Hamburg.

Isensee, Josef (1989), „Staat“ (I-VII), in: Görres-Gesellschaft, *Staatslexikon*, Freiburg, 133-157.

Jansen, Nils (2011), „Rechtsdogmatik im Zivilrecht“, in: Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR - Deutsche Sektion), *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, online im Internet: <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht/>> (28-05-19).

Kant, Immanuel (1964), *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* [1795] (Werke in sechs Bänden, Band VI), Frankfurt am Main.

Kant, Immanuel (1977), *Die Metaphysik der Sitten* [1797] (Werkausgabe, Band VIII), Frankfurt am Main.

Kant, Immanuel (1989), *Kritik der reinen Vernunft* [1781/1787], Hamburg.

Kant, Immanuel (1999), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785], Hamburg.

Kaufmann, Matthias (2017), „Politik und Recht“, in: Hilgendorf, Eric/ Joerden, Jan (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 335-346.

Kelsen, Hans (1960), *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien.

Kersting, Wolfgang (1995), „Vertragstheorien“, in: Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf/ Schüttemeyer, Suzanne (Hg.), *Lexikon der Politik, Politische Theorien*, München, 680-686.

Kirste, Stephan/ Ploder, Andrea (2017), „Anthropologie und Recht“, in: Hilgendorf, Eric/ Joerden, Jan (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 302-315.

Klarén, Peter (2015), *Nación y sociedad en la historia del Perú*, Lima.

Koller, Peter (2008), „Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen“, in: Brugger, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Kirste, Stephan (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 157-180.

Koller, Peter (2016), „Recht als Kategorie der Vermittlung zwischen Faktizität und Geltung“, in: Koller, Peter/ Hiebaum, Christian (Hg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin, 21-36.

Kozlarek, Oliver (2007), „Eine Geographie der Befreiung. Boaventura de Sousa Santos' Kritik an der Vergeudung von Erfahrungen“, in: *Zeitschrift für kritische Theorie*, H. 24/25, 130-151.

Kreide, Regina (2015), „Menschenrechte“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 353-356.

Kreide, Regina (2016), „Zur Rolle von Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit“, in: Koller, Peter/ Hiebaum, Christian (Hg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, Berlin, 135-152.

Kunz, Josef (1951), *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, Buenos Aires.

Kunz, Karl-Ludwig/ Mona, Martino (2015), *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, Bern.

Leuprecht, Peter (2013), „Überlegungen zum internationalen Schutz der Menschenrechte“, in: Wallacher, Johannes/ Müller, Johannes/ Reder, Michael (Hg.), *Weltprobleme*, München, 95-109.

Lobkowitz, Nikolaus (1986), „Emanzipation“, in: Görres-Gesellschaft, *Staatslexikon*, Freiburg, 241-244.

López, Francisco (2005), „Elecciones por usos y costumbres en Oaxaca“, in: Cienfuegos, David/ López, Miguel (Hg.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, Mexiko-Stadt, 335-374.

Liotard, Jean-Francois (1979), *La condition postmoderne*, Paris.

Macera, Pablo (1978), *Visión histórica del Perú*, Lima.

Maihold, Günther (1999), „Heilung durch Recht und Genesung vom Recht?“, in: Ahrens, Helen/ Nolte, Detlef (Hg.), *Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika*, Frankfurt am Main, 78-90.

Marschelke, Jan-Christoph (2017), „Interkulturalität“, in: Hilgendorf, Eric/ Joerden, Jan (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 447-453.

Marx, Karl (1977), „Zur Kritik der politischen Ökonomie. Vorwort“, in: Marx, Karl/ Engels, Friedrich, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, Band I, Berlin, 334-338.

Marxsen, Christian (2011), *Geltung und Macht. Jürgen Habermas' Theorie von Recht, Staat und Demokratie*, München.

Matteucci, Nicola (1983), „Sovranità“, in: Bobbio, Norberto/ Matteucci, Nicola/ Pasquino, Gianfranco (Hg.), *Dizionario di politica*, Torino, 1102-1110.

Mauro, José (2013), „As reformas neoliberais da constituição federal e a conformação do estado brasileiro após as mudanças“, in: Clark, Giovani/ De Souza Pinto, Felipe/ Opuszka, Paulo (Hg.), *Direito e economia*, Florianópolis, 146-168, online im Internet:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c6f8dba4a02404f>> (22-07-19)

Maus, Ingeborg (1992), *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am Main.

Maus, Ingeborg (2015), „Recht und Kant“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 47-58.

Möllers, Christoph (2008), „Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?“, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Nr. 113, 223-244.

Möllers, Christoph (2011), „Jenseits von Naturalisierung und Moralisierung: H. L. A. Harts klassisch-moderne Theorie des Rechts“, in: Hart, H.L.A., *Der Begriff des Rechts* [1961], Frankfurt am Main, 366-387.

Möllers, Christoph (2015), „Demokratie und Recht“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 254-263.

Mouffe, Chantal (2000a), „For an agonistic model of democracy“, in: Mouffe, Chantal, *The Democratic Paradox*, New York, 80-107.

Mouffe, Chantal (2000b), „Wittgenstein, Political Theory and Democracy“, in: Mouffe, Chantal, *The Democratic Paradox*, New York, 60-79.

Neumann, Ulfrid (2017), „Recht und Moral“, in: Hilgendorf, Eric/ Joerden, Jan (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 7-15.

Nieto, Alejandro (2007), *Crítica de la razón jurídica*, Madrid.

Nickel, Rainer (2015), „Legalität, Legitimität und Legitimation“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 345-347.

Offe, Claus (1985), *Disorganized Capitalism*, Cambridge.

Ollig, Hans-Ludwig (2010), „Pluralismus“, in: Brugger, Walter/ Schöndorf, Harald, *Philosophisches Wörterbuch*, Freiburg, 368-369.

Ordóñez, José (1994), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios, IV jornadas lascasianas*, Mexiko-Stadt.

Otoya, Johan (2002), „Solución de Conflictos en Comunidades Nativas“, *Derecho PUC*, Nr. 55, 533-569.

Ots y Capdequí, José María (1969), *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid.

Pérez, Tomás/ Yankelevich, Pablo (Hg.) (2018), *Raza y política en Hispanoamérica*, Madrid.

Perren, Joaquín (2014), „Reflexiones para la construcción de un intelectual de retaguardia. Conversaciones con Boaventura de Sousa Santos“, in: *Estudios del ISHiR*, Nr. 9, 75-97.

Pompeu, Roberto (1998), *O presidente segundo o sociólogo. Entrevista de Fernando Henrique Cardoso a Roberto Pompeu de Toledo*, São Paulo.

Portocarrero, Gonzalo (1998), „El fundamento invisible: función y lugar de las ideas racistas en la República Aristocrática“, in: Panfichi, Aldo/ Portocarrero, Felipe (Hg.), *Mundos interiores: Lima 1850-1950*, Lima, 219-259.

Rawls, John (2005), *Political Liberalism*, New York.

Rawls, John (2007), *Lectures on the History of Political Philosophy*, herausgegeben von Samuel Freeman, Cambridge.

Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*, Oxford.

Reder, Michael (2009), *Globalisierung und Philosophie*, Darmstadt.

Reinaldo, José (2003), „Derecho de las desigualdades: en torno a las formas no universales del pluralismo jurídico“, in: García, Mauricio/ Rodríguez, César (Hg.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídico críticos*, Bogotá, 223-245.

Ricken, Friedo (2007), *Philosophie der Antike*, Stuttgart.

Ricken, Friedo (2010), „Pragmatismus“, in: Ehlen, Peter/ Haeffner Gerd/ Ricken, Friedo, *Philosophie des 20. Jahrhunderts*, Stuttgart, 175-252.

Ricoeur, Paul (1969), *Le Conflit des interpretations*, Paris.

Riescher, Gisela (1998), „Nationalstaat“, in: Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf/ Schüttemeyer, Suzanne (Hg.), *Lexikon der Politik, Politische Begriffe*, München, 412-413.

Rodríguez, César (2011), „Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina“, in: Rodríguez, César (Hg.), *El derecho en América Latina*, 69-84.

Rorty, Richard (1985), „Solidarity or Objectivity?“, in: Rajchman, John/ West, Cornel (Hg.), *Post-Analytical Philosophy*, New York.

- Ruiz, Alfonso (2002), *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid.
- Saldaña, Javier (2012), „El iusnaturalismo en México en los siglos XIX y XX“, in: Saldaña, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, Mexiko-Stadt, 3-37.
- Samudio, Edda (2014), „De propiedad comunal a propiedad individual en el escenario agrario republicano de Venezuela“, in: *Procesos Históricos*, Nr. 26, 211-138.
- Sandkühler, Jörg (1998), „Die Universalität des Rechts und das Faktum des Pluralismus“, in: Fornet-Betancourt, Raúl, *Armut im Spannungsfeld zwischen Globalisierung und dem Recht auf eigene Kultur. Dokumentation des VI. Internationalen Seminars des philosophischen Dialogprogramms*, Frankfurt am Main, 131-144.
- Sandkühler, Hans Jörg (2002), „Die Notwendigkeit des Rechtsstaats und die Menschen- und Grundrechte in der transkulturellen Welt“, in: Sandkühler, Hans Jörg/ Triki, Fathi (Hg.), *Die Aufgabe der Philosophie in der transkulturellen Welt. La tâche de la philosophie dans le monde transculturel*, Frankfurt am Main, 63-82.
- Sandkühler, Jörg (2010), „Pluralismus“, in: Sandkühler, Hans Jörg (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie 2*, Hamburg, 2057-2066.
- Santos, Boaventura de Sousa, *ALICE: Strange Mirrors, Unsuspected Lessons*, <<http://alice.ces.uc.pt/>> (21-05-19).
- Santos, Boaventura de Sousa (1987), „Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law“, in: *Journal of Law and Society*, H. 3, 279-302.
- Santos, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998), *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002), *Toward a New Legal Common Sense. Law, globalization, and emancipation*, London.
- Santos, Boaventura de Sousa (2003), *Crítica de la razón indolente*, Bilbao.
- Santos, Boaventura de Sousa (2004), *The world social forum. A user's manual*, online im Internet: <https://www.ces.uc.pt/bss/documentos/fsm_eng.pdf/> (21-05-19).
- Santos, Boaventura de Sousa (2005), *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid.
- Santos, Boaventura de Sousa (2006), *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*, Lima.

Santos, Boaventura de Sousa (2008), „Denken jenseits des Abgrunds. Von globalen Grenzlinien zu einer Ökologie von Wissensformen“, in: Lindner, Urs/ Nowak, Jörg/ Paust-Lassen, Pia (Hg.), *Philosophieren unter anderen. Beiträge zum Palaver der Menschheit*, Münster, 399-431.

Santos, Boaventura de Sousa (2009), *Sociología jurídica crítica*, Madrid.

Santos, Boaventura de Sousa (2010a), *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo.

Santos, Boaventura de Sousa (2010b), *Refundación del Estado en América Latina*, Lima.

Santos, Boaventura de Sousa (2014), *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*, London.

Santos, Boaventura de Sousa (2018), *Las bifurcaciones del orden*, Madrid.

Scannone, Juan Carlos (2009), „La filosofía de la liberación: historia, características, vigencia actual“, in: *Teología y Vida*, L, 59-73.

Schacherreiter, Judith (2010), „Identitäten, Interkulturalität, Rechtspluralismus und kollektive Rechte“, in: *Juridikum*, H. 3, 321-325.

Schmitt, Carl (1934), *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Souveränität*, München.

Schöndorf, Harald (2014), *Erkenntnistheorie*, Stuttgart.

Seelmann, Kurt/ Demko, Daniela (2014), *Rechtsphilosophie*, München.

Sieder, Rachel/ Schjolden, Line/ Angell, Alan (Hg.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York.

Sobrevilla, David (2007), „La concepción habermasiana del derecho“, in: *DOXA*, Nr. 30, 563-579.

Sobrevilla, David (2013), *La filosofía del derecho en el Perú*, Lima.

Sprenger, Gerhard (2009), „100 Jahre Rechtsphilosophie“, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Nr. 116, 9-35.

Steward, Julian (1972), „Development of complex societies: cultural causality and law: a trial formulation of the development of early civilizations“, in: Steward, Julian, *Theory of Culture Change*, Illinois, 178-209.

Strecker, David (2015), „Theorie der Gesellschaft“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina/ Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas Handbuch*, Stuttgart, 220-233.

Tabosa, Francisco/ Castelar, Pablo/ Irffi, Guilherme (2016), „Brasil, 1981-2013: efectos del crecimiento económico y de la desigualdad de los ingresos en la pobreza“, in: *Revista CEPAL*, Nr. 120, 163-180.

Tamanaha, Brian (2000), „A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism“, in: *Journal of Law und Society*, H. 2, 296-321.

Tamayo, Juan José (2011), „Boaventura de Sousa Santos: Hacia una sociología de las ausencias y las emergencias“, in: *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Nr. 54, 41-49.

Teubner, Gunther (1986), „After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law“, in: Teubner, Günther (Hg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 299-326.

Teubner, Gunther (1995), „Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne“, in: Schmidt, Eike, *Liber amicorum. Josef Esser. Zum 85. Geburtstag am 12. März 1995*, Heidelberg, 191-215.

Teubner, Gunther (2000), „Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts“, in: Brunkhorst, Hauke/ Kettner, Matthias (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main, 240-273.

Thome, Joseph (2000), „Dirigiéndose al sur pero mirando al norte: globalización y reforma del Derecho en América Latina“, in: *Derecho PUCP*, Nr. 53, 451-473.

Toranzo, Carlos (Hg.) (1999), *Las paradojas de la participación: ¿más estado o más sociedad?*, La Paz.

Toulmin, Stephen (1990), *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, New York.

Trimborn, Hermann (1936), „El Derecho Penal en las Altas Culturas de la América Precolombina“, in: *Boletín de la Real Academia de la Historia*, H. 1, 323-372.

Truyol y Serra, Antonio (1986), *Historia de la filosofía del derecho y del estado* 2, Madrid.

Twining, William (2000), *Globalisation and Legal Theory*, London.

Unger, Roberto Mangabeira (1976), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York.

Uprimny, Rodrigo (2011), „Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos“, in: Rodríguez, César (Hg.), *El derecho en América Latina*, 109-137.

Valerius, Brian (2017), „Globalisierung“, in: Hilgendorf, Eric/ Joerden, Jan (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 437-441.

Vázquez, Rodolfo (2012), „Filosofía del derecho en Latinoamérica“, in: *Doxa*, Nr. 35, 833-856.

Velasco, Juan Carlos (2016), „La política en la constelación postnacional“, in: *Pensamiento*, Nr. 272, 523-543.

Villey, Michel (2001), *Philosophie du droit*, Paris.

Villoro, Luis (1999), *Estado plural, pluralidad de culturas*, Mexiko-Stadt.

Von Braun, Joachim (2013), „Den Hunger überwinden und die Ernährung für alle sichern“, in: Wallacher, Johannes/ Müller, Johannes/ Reder, Michael (Hg.), *Weltprobleme*, München, 191-211.

Von der Pfordten, Dietmar (2000), *Rechtsethische Rechtfertigung - material oder prozedural?*, online im Internet: <<http://www.rechtsphilosophie.uni-goettingen.de/Volltexte/Rechtfertigung.pdf/>> (28-05-19).

Von der Pfordten, Dietmar (2002), *Rechtsphilosophie. Texte*, Freiburg.

Von der Pfordten, Dietmar (2010), „Recht/Gesetz“, in: Sandkühler, Hans Jörg (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie 3*, Hamburg, 2230-2245.

Von der Pfordten, Dietmar (2011), „Begriff des Rechts“, in: Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR – Deutsche Sektion), *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, online im Internet: <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/104-begriff-des-rechts/>> (28-05-19).

Von der Pfordten, Dietmar (2013), *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, München.

Vorländer, Hans (2001), „Demokratie ohne Grenzen und die Grenzen der Demokratie - Gibt es einen Weg zur globalen Demokratie?“, in: Opitz, Peter (Hg.), *Weltprobleme im 21. Jahrhundert*, München, 215-226.

Walzer, Michael (1990), „Two Kinds of Universalism“, in: Peterson, Grethe (Hg.), *The Tanner Lectures on Human Value XI*, Salt Lake City, 509-532.

Weiß, Ulrich (1998), „Positivismus“, in: Nohlen, Dieter/ Schultze, Rainer-Olaf/ Schüttemeyer, Suzanne (Hg.), *Lexikon der Politik, Politische Begriffe*, München, 515-516.

Wesel, Uwe (2014), *Geschichte des Rechts*, München.

Weber, Max (1956), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie 1-2*, Tübingen.

Weber, Max (1988), „Zwischenbetrachtung: Theorie der Stufen und Richtungen religiöser Weltablehnung“ [1920], in: Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I*, Tübingen, 536-573.

Weinberger, Ota (1994), „Habermas on democracy and justice. Limits of a sound conception“, in: *Ratio Juris*, H. 2, 239-253.

Weinmann, Nico (2012): „Exklusive Sozialpolitik? Alte Muster und neue Trends in Lateinamerika“, in: Burchardt, Hans-Jürgen/ Tittor, Anne / Weinmann, Nico (Hg.), *Sozialpolitik in globaler Perspektive*, Frankfurt am Main, 141-167.

Wolkmer, Antonio Carlos (2001), *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 3. Auflage, São Paulo.

Wolkmer, Antonio Carlos (2003), *História do direito no Brasil*, 3. Auflage, Rio de Janeiro.

Wolkmer, Antonio Carlos (2006), *Síntese de uma história das idéias jurídicas, da Antigüidade Clásica à Modernidade*, Florianópolis.

Wolkmer, Antonio Carlos (2011), „*Filosofía del Derecho*“, in: Dussel, Enrique/ Mendieta, Eduardo/ Bohórquez, Carmen (Hg.), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y „latino“*, Mexiko-Stadt, 471-478.

Yrigoyen, Raquel (2010), „Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus: Vom Multikulturalismus zur Dekolonisierung“, in: *Juridikum*, H. 3, 326- 332.