

**De Advocaat**

*Uitgeverij Larcier*

1<sup>ste</sup> Druk 2012

**Orde van Advocaten te Kortrijk - departement Vorming en Beroepsopleiding,  
Philippe De Jaegere, Roger De Vos, Arnold Gits, Filip Mees, Francis Rysman,  
Frank Van Dun, Eva Van Hoorde, Dirk Vanbiervliet, Nikolas Vandelanotte, Xavier  
Vanwynsberghe**

**Reeks Permanente vorming Orde van Advocaten Kortrijk**

Dit werk bevat bijdragen in verband met het beroep en de rol van de advocaat,  
o.a. over deontologie, erelonen, organisatie, samenwerkingsverbanden, fiscale en  
sociaalrechtelijke aspecten, waardering van een advocatenkantoor,....

## **Recht en conflict in context**

*Frank van Dun*

*On ne saurait préférer une injustice à un désordre, car l'injustice est aussi un désordre,  
désordre intellectuel et moral, souvent pire que l'autre.*

Georges Ripert

Vormingsprogramma Balie Kortrijk

10 mei 2011

## Recht en conflict in context

Het recht staat voor orde in het menselijke verkeer, dus tegenover wanorde die door menselijk toedoen wordt veroorzaakt. Het instituut “gerecht” omvat activiteiten van ordehandhaving, in het bijzonder het voorkomen en vreedzaam oplossen van conflicten. Wij beschouwen dat instituut hierna in het licht van een analyse van conflicten en hun oplossing. De bedoeling is zicht te krijgen op 1) de verschillende contexten van het gerechtelijke werk en 2) de voor elke context specifieke argumentatiestructuren waar de mensen van het gerecht, inclusief de advocaten, zich van bedienen. Vooreerst volgt echter een schets van de gespannen verhouding tussen het positiefrechtelijke systeem van de staat en het recht als filosofisch begrip.<sup>1</sup> Daarbij gaat bijzondere aandacht naar de merkwaardige positie van de positiefrechtelijke opleidingen in het universitaire curriculum. Die opleidingen bepalen immers grotendeels het beeld, ook het zelfbeeld, van de jurist en de advocaat in de huidige maatschappij.

### RECHTSFILOSOFIE EN ADVOCATUUR

‘Advocatuur’ en ‘magistratuur’ staan nu voor een verzameling posities, rollen of functies in het positiefrechtelijke systeem van de ene of de andere staat. Filosofische beschouwingen over die posities hebben enkel zin wanneer zij ingebed zijn in een kritiek van het statelijke positiefrechtelijke systeem in het algemeen of van het positiefrechtelijke systeem van een bepaalde staat in het bijzonder. Dat systeem bepaalt wat advocaten en magistraten kunnen en niet kunnen doen en zeggen. De regels en gevestigde praktijken van het zogeheten positieve recht zijn voor hen belangrijker dan de grondslagen en beginselen waar het de rechtsfilosofie om te doen is.

Voor de rechtsfilosofie staat recht tegenover onrecht. Het komt er op aan correct en systematisch het ene van het andere te onderscheiden. Voor de rechtsfilosofie hebben zowel een gerechtelijk apparaat als geheel als ieder van de posities en functies die er deel van uitmaken een specifieke inherente finaliteit: *recht* en *onrecht* daadwerkelijk scheiden en daarbij zoveel mogelijk recht doen en zoveel mogelijk onrecht te niet doen. In de praktijk van het positieve recht gaat het echter om het onderscheid tussen wat al wel en wat nog niet geregeld is *hier* en *nu*, in *dit* positiefrechtelijk systeem—het onderscheid tussen *het wettige* en het *onwettige*. De tegenstelling tussen recht en onrecht is even universeel als die tussen waar en onwaar. De tegenstelling tussen wettig en onwettig is even relatief als die tussen links en rechts. Wat hier en nu wettig is hoeft het daar en dan niet te zijn. In een handomdraai kunnen de wetgevers—politici—het onwettige legaliseren, het wettige criminaliseren en zowel het ene als het andere reguleren, dereguleren of anders reguleren. De finaliteit van het gerechtelijk apparaat van de staat is de staat te dienen. Wiens brood men eet, diens woord men spreekt.

### *Recht en positief recht*

Is deze of gene wet een uitdrukking van recht? Zijn staten verschijningsvormen van recht? Voor de filosofie zijn dat altijd terechte vragen. Voor de werkers in een dergelijk systeem zijn zij niet aan de orde, tenzij op momenten van onmiskenbare crisis wanneer zelfs de meeste insiders hun geloof in het systeem verloren hebben. “Recht” en “positief recht” zijn verschillende begrippen; tussen

---

<sup>1</sup> Frank van Dun, “Rechter in gesprek of ambtenaar in functie” in Freddy Evers, *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Die Keure, Brugge, 2009, p. 183-197.

de twee is er geen noodzakelijke of logische connectie. Positief recht kan evengoed recht als onrecht zijn. Die mogelijkheid, dat positief recht onrecht is, kan echter binnen het positiefrechtelijke systeem niet geredelijk ter discussie gesteld worden. Zelfs waar dat wel lijkt te kunnen kan het toch alleen maar in de door het systeem toegestane termen, volgens de in dat systeem geldende procedures en voor de door dat systeem aangewezen autoriteiten. In de argumentaties van advocaten en magistraten spelen de grondslagen en principes van het recht dan ook geen substantiële, hoogstens een accidentele of zelfs louter decoratieve rol. Het positieve recht staat niet toe dat die beginselen en grondslagen tegen het “positieve recht” zelf worden ingeroepen. Het staat dus niet toe dat zij precies als grondslagen en beginselen een rol hebben. Fundamentele, naar grondslagen verwijzende kritiek is uit den boze; zij wordt zonder commentaar terzijde geschoven: “Dat is hier niet relevant.”

Materiële overeenkomsten tussen recht en positief recht berusten op grotendeels historisch toeval. Het hedendaagse positieve recht bevat immers nogal wat elementen die overgeërfd zijn uit vroeger tijden, toen er van een staat (in de huidige zin van het woord) nog geen sprake was. Formele overeenkomsten tussen recht en positief recht berusten dan weer op een manier van spreken die officieel erkende machtsverhoudingen voorstelt in een juridische terminologie, alsof zij rechtsverhoudingen zijn. Het gebruik van de taal van het recht verleent prestige en eerbiedwaardigheid, maar is uiteraard geen waarborg van recht. Zonder dat taalgebruik zou het positiefrechtelijke systeem van de staat formeel niet te onderscheiden zijn van het bestuurlijke, administratieve regel- en tuchtsysteem van om het even welke grote organisatie (“maatschappij”). De staat heeft behoefte aan verhullend taalgebruik omdat hij, anders dan de meeste maatschappijvormen, zichzelf boven elk al gegeven recht stelt. De emancipatie van de staat uit de beperkingen van het recht begon in de zestiende eeuw met o.a. de soevereiniteitsleer van Jean Bodin (*Les Six livres de la République*, 1576) en de verabsolutering ervan in de zeventiende eeuw (Jacobus I, *The True Law of Free Monarchies*, 1598, 1616). De voltooiing volgde in de negentiende eeuw in de combinatie van de doctrines van “nationale soevereiniteit” en “algemene volkswil” in een nieuwe doctrine die de verkozenen des volks *plena potestas* en *plenitudo potestatis* over het volk toekende. Daarmee werd het representatiebeginsel volledig uitgehold: de verkozenen vertegenwoordigden niet langer het volk bij de vorst om erop toe te zien dat die zich aan het recht hield, zij vertegenwoordigden het volk bij zichzelf.<sup>2</sup>

Bij discussies over de “rechtsgrond” van de staat valt het veelvuldig gebruik van ficties op. Het gaat dan in het bijzonder om de fictie van het “maatschappelijk verdrag”, die de staat dezelfde rechtsgrond geeft als andere maatschappijen, en de fictie van de soevereiniteit, waarin de staat zichzelf—zijn wetten en verdragen, de vonnissen van zijn gerechtelijke ambtenaren en zijn interne organisatie van machten en bevoegdheden—voorstelt als soevereine bron van recht. De zogeheten scheiding der machten en in het bijzonder de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht zijn andere handige maar per slot van rekening vrij transparante ficties. Hoe kunnen ambtenaren, functionarissen en agenten van de staat die zich onder ede verplicht hebben tot gehoorzaamheid aan diens wetten onafhankelijk van de staat zijn? Wat betekent scheiding der machten in een regime waarin de parlementaire meerderheidspartijen bijna altijd ook de regeringspartijen zijn?

Retorische verwijzingen naar “de beginselen van de democratische rechtsstaat” of “de mensenrechten” suggereren wel dat er beginselen zijn, maar geven er geen

---

<sup>2</sup> Zie o.a. J.R. Lucas, *Democracy and Participation* (Penguin Books, 1976) over het begrip “elective autocracy”.

verantwoording van. Wij leven al geruime tijd in het regime van de bestuursstaat. Het onderscheid tussen wet en beleid is vervaagd. Van het wetbegrip van Montesquieu (“les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses”<sup>3</sup>) blijft in het positieve recht niets over. Een beleidsstaat staat wordt geen rechtsstaat door het enkele feit dat hij zijn machtsuitoefening inkleedt in een dik weefsel van “juridische” formules en al dan niet omslachtige procedures met hier en daar een mogelijkheid tot het instellen van beroep bij de ene of de andere officiële instantie. Overigens is er nog de filosofische vraag, of een staat hoe dan ook een *rechtsstaat* kan zijn. Een rechtsstaat is een staat in dienst van het recht die zijn dienst vervult zonder zelf andere dan rechtmatige—dus met een beroep op het recht gerechtvaardigde—daden te stellen. De meest karakteristieke handelingen van de staat zijn echter daden die men terecht als ongeoorloofd of misdadig beschouwt wanneer iemand anders ze stelt. Zo verschijnt de staat telkens weer als een zichzelf wettigend monopolie van onrecht. Dat kan een goed idee lijken. Een monopolie wordt immers meestal geassocieerd met productiebeperkingen en buitensporig hoge prijzen voor haar product. Wat is er mis met een beperking van de productie van onrecht? In een democratische staat verliest die argumentatie veel van haar kracht. Daar geldt immers dat in beginsel iedereen de mogelijkheid moet hebben via politieke invloed zijn wil op te leggen aan anderen. Waar de Soeverein van Hobbes symbool stond voor de beteugeling van de oorlog van allen tegen allen, daar staat politieke democratie symbool voor de ritualisering ervan in permanente propaganda- en verkiezingslagen. Een onvermijdelijk bijproduct daarvan is rechtsonzekerheid.<sup>4</sup>

Eenzelfde twijfel is gerechtvaardigd ten aanzien van “de mensenrechten”. Zoals zij nu worden opgevat<sup>5</sup> zijn zij geen rechtsbeginselen, geen beginselen van orde. In tegendeel, zij zijn bronnen van wanorde omdat zij onderling onverenigbaar zijn, zodat de voor iedereen gelijke en gelijktijdige realisering ervan uitgesloten is. Politieke, administratieve en gerechtelijke overheden dienen toepassing ervan dus te rantsoeneren en te prioriteren, “rekening houdend met de organisatie en de middelen van elk land”<sup>6</sup> en uiteraard ook met de waan van de dag. “Politics trumps rights.”<sup>7</sup>

### ***Advocaten en hun opleiding***

De advocatuur is slechts een ondergeschikt deel van het positiefrechtelijke systeem. Haar rol is weliswaar belangrijk maar dan in de zin waarin smeerolie belangrijk is voor de goede werking van een machine, hoewel zij geen deel uitmaakt van het ontwerp en meestal zelfs geen vermelding krijgt in uiteenzettingen over de mechanische beginselen die de functionele structuren van de machine onderbouwen. Zoals zonder smeerolie de machine stopt, hoe onberispelijk haar ontwerp overigens ook mag zijn, zo stopt ook het gerechtelijke apparaat van de staat zonder de smeuge inbreng van de advocaten.

Zoals andere “juristen” zo worden ook advocaten tijdens hun studies ingewijd in het positiefrechtelijke systeem en het daarbij horende recht en werkelijkheid verhullende taalgebruik. Het leeuwenaandeel van de studie is voorbehouden aan de *hic et nunc* geldende positiefrechtelijke regelgeving. Zoals wie wil leren schaken of bridgen de regels van het spel moet leren beheersen (niet alleen de regels kennen maar ook weten hoe ze te combineren voor tactische en strategische doeleinden), zo vergaat het ook wie voor een rechtenstudie kiest.

<sup>3</sup> Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748, I,1, hoofdstuk 1.

<sup>4</sup> Bruno Leoni, *Freedom and The Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 1991, p.76-94

<sup>5</sup> In navolging van de *Universele verklaring van de rechten van de mens* (Parijs 1948).

<sup>6</sup> Artikel 22 van de *Universele verklaring van de rechten van de mens*.

<sup>7</sup> Frank van Dun, “Human dignity: reason or desire?”, *Journal of Libertarian Studies*, XV, 4, 2001, p.1-28.

De positiefrechtelijke opleiding heet universitair te zijn. Dat is merkwaardig omdat zij noch op het principiële vlak noch in de sfeer van de theoretische en praktische toepassing tot doel heeft een correct en systematisch onderscheid te maken tussen fundamentele oordeelscategorieën, *recht* en *onrecht*. In andere universitaire studies is de link tussen fundamentele oordeelscategorieën en toepassingsproblemen, voorlopig althans, nog wel en in ieder geval veel duidelijker aanwezig. Het onderscheid tussen *waar* en *onwaar* is grondslaggevend voor de wetenschapsfilosofie en de wetenschapsbeoefening; tussen *goed* en *kwaad* voor de ethica, de opvoedingspraktijk en de deontologie van mensen die verantwoordelijkheid dragen. Of dat ook nog geldt voor het onderscheid tussen *schoon* en *lelijk* in de esthetica en de kunsten laat ik hier in het midden.<sup>8</sup>

Het is voorlopig nog ondenkbaar dat men de wetenschap zou identificeren met nationale (of internationale) voorschriften voor het maken van het onderscheid tussen waarheid en onwaarheid. Zeker, het *Ministry of Truth*<sup>9</sup> is in een tijd van grootschalige, systematische propaganda, indoctrinatie<sup>10</sup> en subsidiering van wetenschappelijk onderzoek<sup>11</sup> geen absurde hypothese. Hebben wij nog geen politieke ministeries van het ware, het goede of het schone, wij hebben wel al ministeries van wetenschapsbeleid, opvoeding en cultuur<sup>12</sup>. Er is geen fundamentele oordeelscategorie die niet het voorwerp is van al dan niet sluipende politisering. Toch heeft de bewering dat wetenschap, ethiek en esthetica niets anders zijn dan regelsystemen die de politieke overheid uitvaardigt ter ordening van de maatschappij en haar publieke opinie<sup>13</sup> nog altijd niet de status van evident axioma verworven die haar positiefrechtelijk equivalent al meer dan anderhalve eeuw geniet. Wie fronst nog de wenkbrauwen bij het horen van een verwijzing naar een ministerie van justitie—een ministerie van rechtvaardigheid, dus van vaardigheid in het maken van het onderscheid tussen recht en onrecht?

De positiefrechtelijke opleidingen zijn bovendien lokale bedrijfsspecifieke opleidingen. In België stomen zij mensen klaar om te werken in of met het politieke bedrijf dat men “de Belgische Staat” noemt (en eventueel nog een aantal andere internationale of supranationale politieke organisaties waar de Belgische Staat deel van uitmaakt). Dat bedrijfsspecifieke karakter is uitzonderlijk voor een universitaire opleiding. Van ingenieurs en medici verwachten wij dat zij een degelijke wetenschappelijke opleiding krijgen. Daarmee moeten zij in beginsel overal ter wereld aan de slag kunnen. Dat zij na hun opleiding hier en daar nog bijzondere certificeringen moeten bekomen om voor een bepaalde werkgever met deze of gene machine te mogen werken of een risicovolle ingreep te mogen uitvoeren doet daar niets aan af. Men wordt geen ingenieur op grond van

---

<sup>8</sup> Het schone is het zuivere, vrij van wanorde of externe besmetting; het lelijke is het leedlijke, wat leed veroorzaakt, vandaar ook wat onzuiver, gecontamineerd of besmet is.

<sup>9</sup> George Orwell, *1984* (1949).

<sup>10</sup> Edward Bernays, *Propaganda* (1928), *Public Relations* (1945), *The Engineering of Consent* (1955). Een van Bernays' karakteristieke stellingen was dat de wetenschappelijke manipulatie van de publieke opinie een noodzakelijke voorwaarde is opdat een democratisch politiek systeem werkbaar zou zijn. Vergelijk met William Penn's aforisme, “Let the people think they govern and they will be governed.” (W. Penn, *Some Fruits of Solitude*, 1763, item 337)

<sup>11</sup> Dwight D. Eisenhower, *Farewell Address*, January 17, 1961: “Partly because of the huge costs involved, a government contract becomes virtually a substitute for intellectual curiosity... The prospect of domination of the nation's scholars by Federal employment, project allocations, and the power of money is ever present—and is gravely to be regarded.” Eerder was er Max Webers waarschuwing in “Wissenschaft als Beruf” (Duncker & Humboldt, München, 1919)

<sup>12</sup> Voor een internationaal perspectief, zie Frances S. Saunders, *Who Paid the Piper?: CIA and the Cultural Cold War* (1999).

<sup>13</sup> Wij leven nu al geruime tijd in kaders geschapen door wat Aldous Huxley “the Manhattan projects of the future” noemde, “vast government-sponsored enquiries into what the politicians and the participating scientists will call ‘the problem of happiness’—in other words, the problem of making people love their servitude.” (A. Huxley, *Brave New World*, Bantam Books 1953, voorwoord, p.xii)

vertrouwdheid met machines van één type, het daarop betrekking hebbende instructieboek voor monteurs en installateurs, rapporten van reparateurs en een aantal algemene handleidingen voor de eindgebruikers. Voor de afgestudeerden in het positieve recht van een staat komt het daar echter wel op neer: “Hier zijn onze wetgeving, uitvoeringsbesluiten en vonnissen, en voor eventuele verdere uitleg, overzichten en samenvattingen mag u het cursusmateriaal van onze instructeurs raadplegen.”

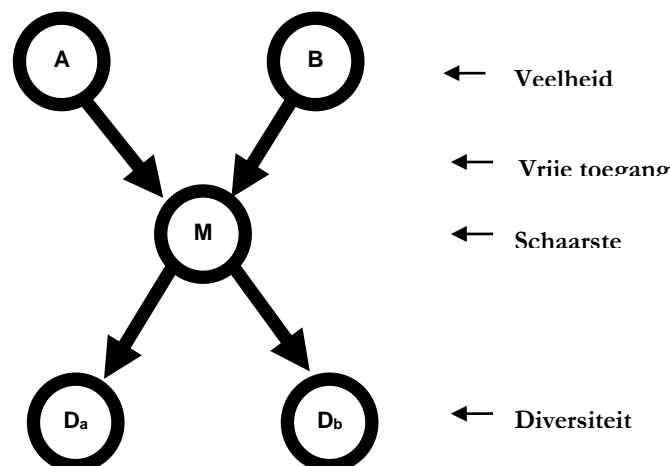
Door haar opleiding en professionele praktijk is de advocatuur volledig ingebed in het machtsgebied aan gene zijde van de conceptuele kloof die het recht scheidt van positiefrechtelijke systemen. Nochtans is de advocaat precies in zijn dagelijkse werk meer dan alleen maar een technicus van het positieve recht. Zijn rol beperkt zich niet tot het geven van adviezen aan mensen die in een gerechtelijk conflict verwickeld zijn of een dergelijk conflict willen uitlokken dan wel vermijden. Hij is meer dan een gids in de jungle van wetten, reglementen en meer of minder waarschijnlijke toepassingen daarvan. Hij is ook een bemiddelaar en raadgever die conflicten op minnelijke wijze probeert te voorkomen of op te lossen, los van enige referentie naar dit of dat positiefrechtelijke systeem. Die aspecten krijgen in de opleiding echter weinig of geen aandacht. Dat geldt trouwens voor alle vormen van conflictoplossing die, anders dan het officiële gerechtelijke circuit, niet geïntegreerd zijn in het staatsapparaat. De opleiding gaat daarmee zonder meer voorbij aan het grootste deel van het materiële object van de rechtswetenschap, de wetenschap van orde en wanorde in menselijke aangelegenheden, van interpersoonlijke conflicten en hun oplossing.

## CONFLICTEN

Interpersoonlijke conflicten zijn een universeel verschijnsel. Zij komen niet alleen overal en in alle tijden voor maar ook in de meest verscheiden vormen en zowel op kleine als op grote schaal. De betrokken partijen kunnen zowel individuen als grote collectiviteiten zijn. De volgende voorwaarden moeten echter in elk geval vervuld zijn:

- 1) *Veelheid*: er zijn ten minste twee partijen.
- 2) *Diversiteit*: de betrokken partijen hebben verschillende opvattingen, overtuigingen, preferenties, doelstellingen, waarden of normen.
- 3) *Schaarste*: de verschillen betreffen het gebruik van het ene of het andere schaarse middel, waarbij de voorgenomen toepassingen van de partijen onderling onverenigbaar zijn.
- 4) *Vrije toegang*: ieder van de partijen heeft de fysieke mogelijkheid zich toegang tot het middel te verschaffen en het voor eigen doelen, volgens eigen overtuiging, enzovoort, aan te wenden.

Het conflictdiagram vat deze voorwaarden samen:



Ieder van de genoemde factoren (“existentiële oorzaken”) is noodzakelijk opdat er een conflictsituatie zou zijn. Zonder veelheid is er uiteraard geen interpersoonlijk conflict. Zonder diversiteit is het voor alle partijen onverschillig wie van hen het middel aanwendt, aangezien de aanwending ervan dan overeenstemt met wat ieder van de partijen zelf verkiest. Zonder schaarste zijn er enkel meningsverschillen zonder inzet; geen van de partijen heeft iets te winnen of te verliezen. En zonder vrije toegang kan het niet tot een daadwerkelijk conflict komen. Samen zijn de vier genoemde kenmerken voldoende voor het bestaan van conflictsituaties. Voor het effectief uitlokken van een conflict is dan immers nog enkel een handeling nodig waarmee een van de partijen het schaarse middel inderdaad gaat gebruiken.

Het schaarse middel dat het voorwerp van het conflict is, zal vaak een materiële zaak zijn, een stuk grond, een olieveld, een collectie diamanten. Het zal vaak ook een derde persoon of een groep mensen zijn die het voorwerp is van een machtsstrijd tussen de partijen. Het kan ook een van de betrokken partijen zelf zijn: een vader wil dat zijn zoon iets doet terwijl de zoon andere ideeën heeft over hoe hij zijn tijd zal gebruiken. Het kan ook een kunstmatig schaars middel zijn, bijvoorbeeld een positie in een maatschappelijke organisatie.

Ieder van de vier genoemde oorzaken is een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van conflictsituaties. Er zijn dus vier zuivere strategieën voor het ontmijnen daarvan. Ieder van die strategieën bestaat erin een van de oorzaken te elimineren of af te zwakken. Uiteraard zijn er massa’s gecombineerde strategieën denkbaar, maar die blijven hier buiten beschouwing. De zuivere strategieën zijn:

- **Eenheid** (*maatschappij*)

De veelheid van onafhankelijk van elkaar beslissende actoren wordt herleid tot een enkel autonoom en autocratisch beslissingscentrum. De andere partijen worden herleid tot onderdanen, dus tot middelen, van die leider. Klassieke modellen zijn de monarchie (Plato’s koning-filosoof, de Soeverein van Hobbes), de dictatuur; in familieverband, het patriërchaat en het matriërchaat; en in tal van verenigingen en organisaties, de ene “bezielende” leider zonder wie de vereniging of organisatie letterlijk ter ziele gaat, of de organisator die de gehoorzaamheid van zijn onderhorigen (werknemers) koopt. Het hoeft echter niet om een eenmansbewind te gaan. Essentieel is dat er een enkel beslissingscentrum is dat bindende bevelen, voorschriften en regels uitvaardigt. Collectief leiderschap is dus niet uitgesloten. Dat impliceert dan wel dat er een procedure voor het nemen van collectieve beslissingen bestaat. Het fenomenologisch type van deze oplossing is de maatschappij (organisatie, huishouding): verenigingen, bedrijven, georganiseerde bendes, corporaties, staten, en dergelijke.

- **Consensus / conformisme** (*gemeenschap*)

De diversiteit van opvattingen over wat waar, goed en nuttig is wordt herleid tot een consensus over fundamentele, niet ter discussie staande dogma’s (stellingen, normen en waarden). Het idee is dat conflicten uitgepraat worden onder verwijzing naar de onderliggende consensus. Klassieke modellen zijn de niet-hiërarchisch gestructureerde traditionele lokale en geloofsgemeenschappen waarin geen geformaliseerde bevelsmacht bestaat, en daarvan afgeleide politieke modellen zoals de natuurlijke aristocratie van door huwelijken, traditie en cultuur verbonden “vrije burgers” van de polis (Aristoteles), en de door politieke indoctrinatie tot eenheid gesmede burgerlijke gemeenschap (Rousseau). Die politieke modellen brengen elementen van de eenheidsstructuur in het consensusmodel, maar houden toch vast aan het idee van een door alle partijen gedeelde, niet ter discussie te stellen consensus. De consensus geldt als de substantiële of materiële

constitutie of grondwet. Als iedereen zich daaraan houdt dan zijn er geen conflicten die niet in onderling overleg kunnen vermeden of opgelost worden. Het fenomenologisch type is dus de gemeenschap (taalgemeenschap, geloofsgemeenschap, lokale gemeenschap, en dergelijke), voor zover zij zich kan beroepen op een traditionele code van correct denken en doen, orthodoxie en orthopraxis. De achttiende-eeuwse idee van de constitutionele, klassiek-liberale rechtsstaat als uitdrukking van een fundamentele consensus, in casu het christendom, hoort daar ook bij.

● **Overvloed** (*utopie*)

De schaarste wordt opgeheven. Geen van de partijen hoeft iets te laten om te doen of te verkrijgen wat hij wil. Bijgevolg heeft geen enkele handeling nog een extern effect op anderen. In absolute zin is dit een irreële, utopische oplossing. Wij herkennen haar in eschatologische concepties van de “bevrijding uit het rijk van de noodzaak”. Denk bijvoorbeeld aan het marxistische idee van het voltooid communisme, waarin Mens en Natuur in elkaar opgaan,<sup>14</sup> of aan het chiliasme, het geloof in het herstel van een aards paradijselijk bestaan zonder conflicten en materiële of andere zorgen.<sup>15</sup> Voor deze oplossing is er dus geen fenomenologisch type, ofschoon sommigen voorhouden dat in de oertijd de mensen, nog niet gecorrumpeerd door enige beschaving, in een toestand van overvloed leefden.<sup>16</sup> De oplossing wordt nochtans soms wel gebruikt in maatschappijen, waar het bestuur een conflictsituatie tussen rivaliserende departementen of personen kan ontmijnen door hen tevreden te stellen met interne subsidies (middelen die ontnomen worden aan soms nietsvermoedende, soms “omwille van de lieve vrede” instemmende andere departementen binnen de organisatie). Dan gaat het uiteraard om schijnbare overvloed door herverdeling, schulden, inflatie van de geldhoeveelheid, en dergelijke.

● **Eigendom / wederzijds respect** (*samenleving*)

De vrije toegang wordt opgeheven door schaarse middelen op te nemen in de definitie van de partijen. Uitgangspunt is dat niets middel is in en uit zichzelf. Objecten worden pas middel wanneer iemand ze in gebruik neemt voor doelgericht handelen. Middelen zijn dus producten van mensen en toegang tot een middel is dan ook in eerste instantie alleen mogelijk voor de producent ervan. Klassieke modellen zijn de natuurrechtelijke orde, de vrije markt, John Lockes “state of nature” — alle gebaseerd op wederzijds respect van de relevante partijen voor elkaars persoon, werk en de vruchten daarvan. Het fenomenologisch type is de *samenleving*, zowel onder vrienden als onder vreemden, niet vertekend door hun status, rol of functie in de ene of de andere maatschappij of gemeenschap. Het klassieke internationale recht, gebaseerd op wederzijds respect voor de soevereiniteit van de staten binnen hun historisch gegeven grenzen, is een analoge toepassing van dit beginsel.

De genoemde oplossingen corresponderen een voor een met de volgende transformaties van het oorspronkelijke conflictdiagram:

---

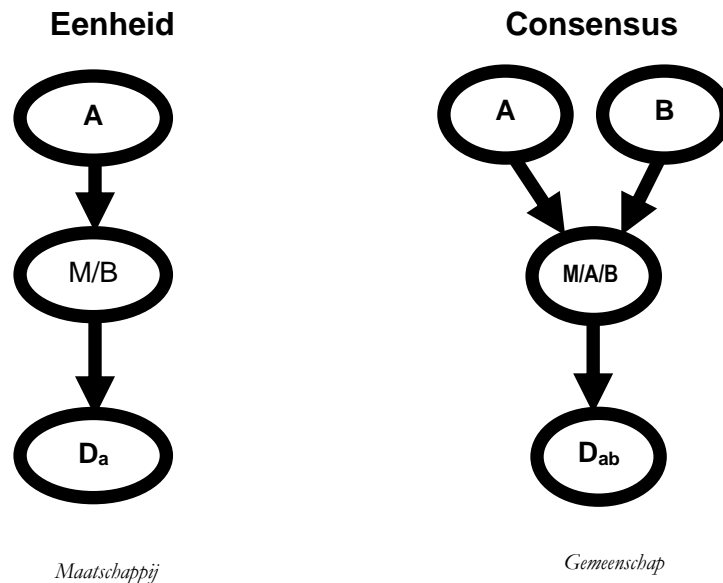
<sup>14</sup> „Erst hier ist ihm sein *natürliches* Dasein sein *menschliches* Dasein und die Natur für ihn zum Menschen geworden. Also die *Gesellschaft* ist die vollendete Wesenseinheit des Menschen mit der Natur...“ Karl Marx, „Privateigentum und Kommunismus“ (§5 in fine), *Ökonomisch-Philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844*, 3. Manuskript.

<sup>15</sup> Norman Cohn, *The Pursuit of the Millennium*, Random House, London, 1993 (Eerste uitgave 1957).

<sup>16</sup> Marshall Sahlins, *Âge de pierre, âge d'abondance, l'économie des sociétés primitives* (1976, Paris, Gallimard); vertaling van *Stone age economics* (1972). Er zijn tal van mythes over een oorspronkelijke gouden tijd of paradijs.

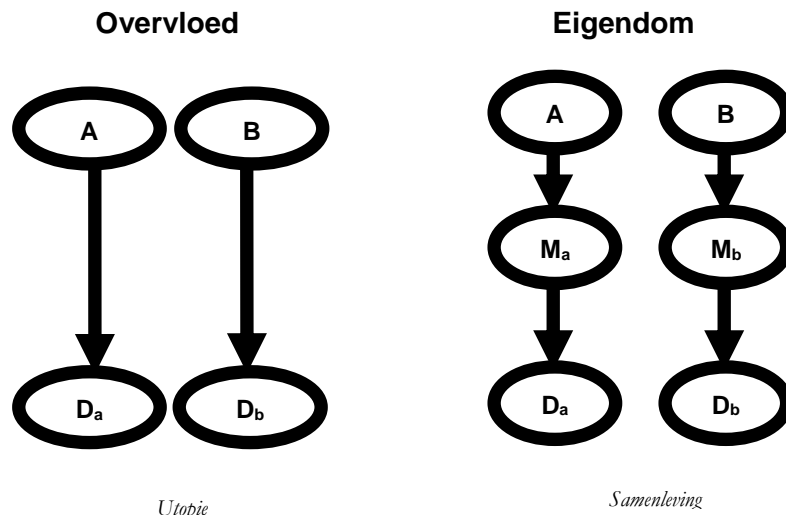


1) “Politieke” oplossingen: reductie van veelheid of diversiteit



De “politieke” oplossingen grijpen de partijen aan. Die worden ofwel in een hiërarchisch verband herschikt (eenheid, maatschappij) ofwel zodanig cultureel geconditioneerd dat zij allen over bepaalde zaken hetzelfde denken en in bepaalde omstandigheden ook hetzelfde willen doen (consensus, gemeenschap). De vrijheid van ten minste een van partijen wordt beperkt. Eenheid impliceert ook de opheffing van de formele gelijkheid van de partijen.

2) “Economische” oplossingen: reductie van schaarste of vrije toegang



De “economische” oplossingen laten de partijen ongemoeid maar werken op het niveau van de schaarse middelen. Ofwel wordt hun schaarste opgeheven (overvloed, utopie) ofwel wordt historisch gevolgd hoe zij uit handen van de oorspronkelijke producent in het bezit komen van anderen (eigendom, samenleving). De “economische” oplossingen impliceren geen vermindering van het aantal onafhankelijke actoren, maar wederzijds respect houdt wel in dat alleen die handelingen toegestaan zijn die zowel in hun uitvoering en in hun gevolgen de grenzen tussen de partijen respecteren.

Bij de bovenstaande structurele analyse dienen wij een aantal algemene kwalificaties in gedachten te houden:

1) Geen van de genoemde types van conflictoplossing is een panacee die het ontstaan van conflictsituaties voorkomt. Meer dan eens komt het tot een conflict doordat verschillende partijen verschillende opvattingen hebben over het type oplossing waar zij in gegeven omstandigheden de voorkeur aan geven. Dat heeft onder meer te maken met verschillende appreciaties van hetzij de wenselijkheid hetzij de haalbaarheid van het afzwakken c.q. elimineren van de ene of de andere existentiële conflictoorzaak. Men heeft het dan over fundamentele, constitutionele conflicten.

2) Geen van de genoemde types is geheel zelfbestendig. Alle vragen ze om specifieke invullingen van het instituut “ordehandhaving”, ofschoon in samenleving en gemeenschap spontane mechanismen van wederkerigheid gesanctioneerd door absolute of relatieve isolatie (marginalisering, excommunicatie) meestal afdoende zijn. Het minst zelfbestendig is het eenheidstype, de maatschappij, omdat daarin artificiële, louter conventionele, utilitaire of pragmatische (en bijgevolg regelmatig veranderende) discrimina veel belangrijker zijn dan natuurlijke en objectieve discrimina.<sup>17</sup> Men hoeft slechts te kijken naar de instrumenten van ordehandhaving (leger, politie, gerechtelijk apparaat, surveillance- en inspectiediensten allerhande, indoctrinatie via onderwijs en media, en maatschappelijke, medische en psychologische “begeleiding”) in de hedendaagse staat om een idee te krijgen van de kosten van ordehandhaving.

3) Individuen hebben meestal met ieder van de genoemde structuren te maken. Zij bewegen zich gemakkelijk van de samenleving onder vrienden naar de samenleving onder vreemden, naar de ene of de andere gemeenschap en de ene of de andere maatschappij. Veel mensen maken deel uit van meerdere kringen van vrienden of kennissen, en velen zijn lid van tal van gemeenschappen of maatschappijen. Daardoor raken samenlevings-, gemeenschaps- en maatschappelijke verbanden soms bijna onontwarbaar verstrengeld. Het is dus niet altijd gemakkelijk een conflictsituatie correct te omschrijven.

## ELEMENTAIRE ORDERELATIES

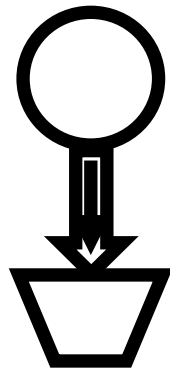
De schema's van eenheid, consensus en wederzijds respect verwijzen naar een gemeenschappelijk element: de macht of controle van een persoon over een middel. Die machtsrelatie wordt vaak als een rechtsfenomeen geduid. Dan verwijst men naar de etymologie van het woord ‘recht’, dat terug te voeren is tot het Latijnse ‘rectum’ (van het werkwoord ‘regere’, besturen, beheersen, controleren, in zijn macht hebben).<sup>18</sup> Zij wordt ook geïnterpreteerd als een legaal fenomeen, vooral wanneer het schaarse middel een persoon of groep van personen is. De Latijnse etymologische wortel van ‘legaal’ is ‘lex’ (‘lectum’, van het werkwoord ‘legere’, kiezen, verzamelen, samenroepen, in het bijzonder een gewapende macht samenstellen).<sup>19</sup> Het gaat dus om bezitsmacht (*dominium of regnum*, in handen van een *dominus* of *rex*) of bevelsmacht (*imperium*, in handen van een *imperator* of *legis lator*). De rex/lex-relatie dekt verschijnselen zoals het beheer van eigendommen door een eigenaar, en de militaire of politieke gezagvoering

<sup>17</sup> Zie verder in de tekst, p.12, over de begrippen *discrimen* en *crimen*.

<sup>18</sup> Ook Duits ‘Recht’, Engels ‘right’, Zweeds ‘rätt’. Voor het Frans (‘droit’), Italiaans (‘diritto’), Spaans (‘derecho’) en andere Romaanse talen voert de etymologie ons naar het Latijnse ‘dirigere’, dat vrijwel hetzelfde betekent als ‘regere’.

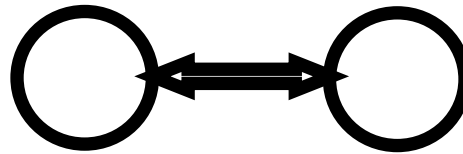
<sup>19</sup> Ook Frans ‘loi’, Italiaans ‘legge’ en Spaans ‘ley’. (Het Nederlandse ‘wet’ betekent letterlijk ‘wat geweten is’ en verwijst dus naar het natuurwetenschappelijke en natuurrechtelijke wetbegrip, niet naar enig machtswoord.) ‘Diligere’ is vrijwel synoniem met ‘legere’. Ons woord ‘lichting’ is verwant met ‘dilectus’ en heeft dezelfde betekenissen: het oproepen van mensen voor militaire dienst, of de mensen die daartoe gezamenlijk opgeroepen worden. Een ander militaire connectie is ‘legio’, legioen.

van een overheid over een groep mensen, dus fenomenen waarin een heersende of machtige wil tot uiting komt. In de lex-figuur links hieronder worden *regere* en *legere* aangeduid met een verticale pijl. Voor de klassieke rechtsfilosofie zijn die macht- en bezitrelaties echter van ondergeschikt belang voor het onderscheiden van recht en onrecht. Ofschoon macht mogelijk vrees en ontzag inboezemt, roept zij uit zichzelf geen normatief besef op.<sup>20</sup>



*regere /legere*

Lex



*iurare*

Ius

Het fenomeen recht, zoals dat in de Westerse rechtsfilosofische traditie begrepen wordt, komt tot uiting in een geheel andere relatie dan het beheer van personen of zaken, namelijk het gesprek. Daarin staan personen als partijen tegenover elkaar zonder enige vorm van onderschikking, dus in *vrijheid*. Een gesprek is uiteraard alleen mogelijk tussen natuurlijke personen. Het is een relatie tussen natuurlijke personen als zodanig, ongeacht hun status, positie, rol of functie in enige gemeenschap of maatschappij. Het is dus een relatie onder *gelijken*. Het schema rechts in de bovenstaande figuur is een voorstelling van de gespreksrelatie, haar horizontale dimensie en wederkerigheid.

In een gesprek treden de uniek menselijke eigenschappen van spreken en denken op de voorgrond. Een gesprek voeren is wat anders dan losjes babbelen, bevelen geven of aanhoren. Het veronderstelt dat de deelnemers *plechtig* spreken, dus besef hebben van het feit dat zij, precies als sprekers, zichzelf verbinden niet alleen tot wat zij zeggen of beweren maar ook tot de inherente ethiek van het gesprek.<sup>21</sup> Het veronderstelt dus bereidheid vragen te beantwoorden wanneer men aangesproken wordt. Aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid zijn essentiële voorwaarden van het gesprek.

De Latijnse term voor plechtig spreken is ‘iurare’.<sup>22</sup> De klassieke rechtstermen ‘ius’ en ‘iustitia’ zijn daarvan afgeleid. Een *ius* is wat gezegd of afgesproken werd. Rechtvaardigheid, begrepen als *iustitia*, is de vaardigheid het beginsel van het

<sup>20</sup> Dit is anders voor de fundamentele categorieën van denken en oordelen: waarheid, goedheid, schoonheid en recht (cf. p.4 in de tekst). “[T]ruth, beauty and goodness... carry with them the sense of a requirement or a demand... They have this odd, magnetic aspect — they somehow have ‘to-be-pursuedness’ built into them.” John Cottingham, “Philosophers are finding fresh meanings in truth, beauty and goodness”, *The Times*, June 17, 2006. Ook recht heeft een inherent *to-be-pursued* karakter.

<sup>21</sup> Zie Frank van Dun, “Argumentation ethics and the Philosophy of freedom”, in *Libertarian Papers*, I, 19, 2009, 1-32; Idem, *Het fundamenteel rechtsbeginsel*, Kluwer-Rechtswetenschappen, Antwerpen 1983; heruitgegeven door Murray Rothbard Instituut, Antwerpen, 2008.

<sup>22</sup> Vergelijk met Frans ‘jurer’, en ook met ons ‘jury’. Een jury bestaat uit gezworenen, die dus onder ede spreken.

gesprek, vrijheid onder gelijken, te behouden c.q. te herstellen in de verhoudingen onder mensen.

De gesprek/ius-relatie past zowel in het consensusmodel (“gemeenschap”) als in het eigendommodel (“samenleving”) en in het overvloedmodel (“utopie”). Het eenheidmodel (“maatschappij”) sluit die relatie echter uit doordat de essentie ervan precies de eliminatie van vrijheid onder gelijken is, dus van de voorwaarden van het gesprek. Het gesprek wordt vervangen door het geven van bevelen, richtlijnen, voorschriften, en dergelijke. Dat betekent dus dat er logischerwijs geen sprake is van recht (*ius*) in een maatschappij. Wat wij nu “positief recht” noemen is het regelsysteem van de ene of de andere politieke maatschappij (staat). Dat “positief recht” valt geheel onder het begrip van de lex/rex-relatie.<sup>23</sup> Maatschappelijke orde en rechtsorde zijn twee verschillende dingen. De verticale dimensie van de maatschappelijke eenheidsstructuur biedt geen ruimte voor het gesprek als constitutief element van orde. Zij staat alleen schijngesprekken toe. “O.k., u hebt uw zeg nu wel gehad; wij zullen u te gelegener tijd kennis geven van onze beslissing.”

Voor de samenleving en voor gemeenschappen zijn gesprekken wel constitutief. Uiteraard sluit de orde van samenleven (de natuurlijke rechtsorde) de vorming van gemeenschappen en maatschappijen niet uit. Evenmin is de rechtsorde van gemeenschappen een beletsel voor de vorming van maatschappijen. Gemeenschappen kunnen al dan niet in overeenstemming met de eisen van het natuurrecht zijn. Maatschappijen kunnen al dan niet passen in het kader van enige gemeenschap. Zoals echter een gemeenschap haar specifiek karakter verliest wanneer zij alleen maar samenleving of maatschappij wordt, zo verliest een maatschappij haar teleocratische eenheid wanneer zij in haar schoot autonome gemeenschaps- of samenlevingsverbanden laat ontstaan. Zij wordt dan zo goed als onbestuurbaar.

Er is dus een logisch te verklaren hiërarchie van ordeningen in het menselijke verkeer. Het natuurrecht primeert, dan volgen de vele variaties van gemeenschapsrecht (voor zover verenigbaar met het natuurrecht), en achteraan komen de ontelbare en willekeurige maatschappelijke regelingen. Die logische hiërarchie is gebaseerd op de soort en het aantal van onderscheiden die zij maken voor de ordening van menselijke betrekkingen. Zij wordt echter onttrokken aan het oog van wie fysiek of mentaal opgesloten zit in het hier en nu van een bepaalde gemeenschap of maatschappij. Dat komt vaak voor in gesloten gemeenschappen en maatschappijen die alle of bijna alle aspecten en fasen van het leven normeren of regelen, vooral wanneer zij ook nog de kinderen en de jeugd aan langdurige, alomtegenwoordige en centraal aangestuurde indoctrinatie onderwerpen.

De meest karakteristieke gespreksvorm is de argumentatie op tegenspraak. Het is niet de enige, maar wel de meest essentiële omdat alleen in de argumentatie op tegenspraak uitspraken over waar of onwaar, goed of kwaad, schoon of lelijk, recht of onrecht grondig getoetst kunnen worden. Wetenschap, esthetica, ethiek en recht zijn vruchten van het argumentatieve gesprek. In louter kwantitatieve zin is die gespreksvorm eerder zeldzaam. De meest voorkomende gespreksvorm is de onderhandeling (*negotium*). Die wordt eveneens gekenmerkt door vrijheid onder gelijken, stuurt echter aan op bindende maar overigens willekeurige en contingente afspraken onder de gesprekspartners en niet op het ontdekken of toepassen van universele beginselen of waarheden. Het bindende karakter van afspraken wordt duidelijk als het onderhandelende gesprek waaruit zij voortkomen conform de eisen van de ethiek van het gesprek verloopt. In het

---

<sup>23</sup> Voor een formeellogische analyse van de lex/rex-relaties en de ius-relatie, zie Van Dun, “The logic of law”, in *Libertarian Papers*, I, 37, 2009, 1-55.

gesprek wordt de fabuleuze kloof tussen “zijn” en “behoren” immers gedicht doordat plechtig spreken onlosmakelijk verbonden is met de verplichtingen en verantwoordelijkheden die men precies als spreker op zich neemt.

### ***Verschijningsvormen van ius***

De samenleving is de orde van natuurlijke personen, voor zover die tot wederzijds respect bereid zijn. Hun lidmaatschap, status, positie, rol of functie in enige maatschappij of gemeenschap speelt geen rol. De samenleving, die in beginsel alle mensen omvat, is de grootste denkbare gemeenschap van mensen. In tegenstelling tot andere, meer beperkte gemeenschappen is zij inclusief, niet exclusief. Zij sluit dus niemand a priori uit, maar mensen kunnen wel zichzelf buiten de samenleving plaatsen door zich systematisch te onttrekken aan de eis van wederzijds respect. Zij veronderstelt geen andere constitutieve onderscheiden (*discrimina*) dan de objectief, in de natuur der dingen gegeven onderscheiden tussen mens en niet-mens en tussen de ene mens en de andere. Het recht van de samenleving wordt daarom ook ‘natuurrecht’ genoemd. Het natuurrecht abstraheert alle artificiële, culturele en maatschappelijke onderscheiden en houdt dus alleen die natuurlijke onderscheiden over. Alleen wie die natuurlijke *discrimina* niet respecteert, verstoort de orde van samenleven, maakt zich schuldig aan natuurrechtelijk wangedrag (*crimen*).

Het inclusieve karakter van de samenleving komt verder tot uiting in het feit dat zij de vorming van gemeenschappen en maatschappijen niet uitsluit, althans voor zover die de voorrang van de natuurlijke rechtsorde aanvaarden. Criminele gemeenschappen en criminele organisaties vallen uiteraard uit de boot. Dat geldt zowel voor criminele daden tegen niet-leden als voor bijzondere praktijken binnen gemeenschappen en maatschappijen. In tal van gemeenschappen en maatschappijen bestaat er echter weinig duidelijkheid over de rechten en de plichten van de leden: “Ik wil wel lid zijn en blijven, maar ik acht mij niet gebonden door, en heb mij ook nooit verbonden tot naleving van, deze regel.” Die onduidelijkheid bemoeilijkt een natuurrechtelijke appreciatie van de interne aangelegenheden van gemeenschappen en maatschappijen.

Een exclusieve gemeenschap is ook een orde van natuurlijke personen, maar niet van natuurlijke personen per se, wel van een groep van natuurlijke personen voor wie de specifieke consensus van de relevante groep een essentieel onderdeel is van hun levensbeschouwing en levenswijze. Slechts weinig gemeenschappen krijgen het predicaat ‘rechtsorde’ mee. Dat is enkel het geval voor gemeenschappen die zwaar wegen op het leven en werken van hun leden doordat veel aspecten daarvan door gemeenschapstradities genormeerd worden. Een “lichte” gemeenschap zal niet snel als rechtsorde erkend worden. Zo heeft de gemeenschap der Nederlandssprekenden wel haar traditionele normen van aanvaardbaar taalgebruik, maar die gelden niet als rechtsnormen waar men rechten en plichten tegenover andere sprekers van de taal aan kan ontleen.

Van “zware” gemeenschappen, zoals relatief geïsoleerde lokale of geloofs-gemeenschappen, zegt men wel geredelijk dat zij een eigen rechtsorde hebben. Om de voordelen van het lidmaatschap te genieten moet men de verplichtingen erbij nemen. In beginsel berust het lidmaatschap op vrijwilligheid en wederkerigheid. Men kan de gemeenschap verlaten, maar wie verkiest te blijven of terug te keren, wordt geacht het hele pakket van gemeenschapsnormen te aanvaarden. Ordehandhaving is gedecentraliseerd (bijvoorbeeld via verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van gezinshoofden) en berust grotendeels op schadevergoeding (vergelding) en reputatieverlies. Zware sancties zijn marginalisering en excommunicatie, maar die werken alleen als [bijna] alle leden van de gemeen-

schap er effectief aan meewerken, dus als de constitutieve consensus echt diep ingeworteld is.

De rechtsorde van een exclusieve gemeenschap berust op specifieke artificiële *discrimina*, en kent bijgevolg ook specifieke *crimina*. De *discrimina* zijn veelal gebaseerd op afstamming, geslacht, leeftijd, gezondheid, intellectuele vermogens, rijkdom, beroep en dergelijke, waarbij voor elke categorie meer of minder bijzondere gedragsregels en rechten en verplichtingen gelden. Een gemeenschap is essentieel een nomocratie, een samenlevingsverband geordend volgens algemene regels van fatsoenlijk gedrag. Friedrich Hayek had het in dit verband over het recht als een “spontane orde”.<sup>24</sup> Hij veronderstelde daarbij impliciet het bestaan van een grote gemeenschap met een sterke consensus over “right conduct”—concreet, een grote religieuze gemeenschap zoals die eigenlijk alleen in het christendom (de *Civitas Christiana Maxima*), de Islam en de grote Oosterse, niet-theïstische religies heeft bestaan. De huidige Westerse cultuur is echter overwegend hedonistisch, utilitaristisch en pragmatistisch—in een woord, anomisch. Vooral in haar intellectuele kringen bestaat een aversie tegen alles wat naar een normatief geladen notie van fatsoenlijk (anders dan “politiek correct”) gedrag verwijst. Als zodanig is zij geen goede bodem voor het behoud van gemeenschappen omdat wat genot verschaft, nuttig is of werkt voor de ene persoon niet noodzakelijk voor anderen genietbaar of nuttig is of werkt. Alles is dan onverschillig, onderhandelbaar, of voorwerp van willekeurig beleid volgens de waan van de dag.

Zoals de samenleving zo heeft ook een gemeenschap geen doel. Het heeft geen zin de samenleving of een gemeenschap in substantiële zin te verpersoonlijken, haar een eigen wil, doel, beleid of handelwijze toe te schrijven. Samenleving en gemeenschap zijn essentieel omgangsvormen van natuurlijke personen. Samenleving is de *natuurlijke orde van natuurlijke personen*, een gemeenschap is een *artificiële* (in het bijzonder door tradities gedragen) *orde van natuurlijke personen*.

### ***Verschijningsvorm van lex***

Formeel beschouwd is een maatschappij een *artificiële orde van artificiële personen*, een constructie van gedifferentieerde en gepersonifieerde posities en functies. Zoals het eenheidsmodel al duidelijk maakte, zijn maatschappijen uitvergrotingen van een individuele persoon.<sup>25</sup> Zij zijn middelen die mensen aanwenden om hun doelen te bereiken. Men noemt ze daarom teleocratieën, samenwerkingsverbanden voor het bereiken van gestelde doelen via georganiseerde “collectieve” actie. Wegens hun essentieel instrumentele structuur zijn de karakteristieke *discrimina* van maatschappijen artificieel, technisch en functioneel. De ratio van de maatschappelijke *discrimina* en van de regels waarin die uitgedrukt worden is het maatschappelijke doel. Binnen een maatschappij heerst in elk geval het principe “Het doel heiligt de middelen”. Geen beperking van dat principe kan uit het concept “maatschappij” zelf afgeleid worden. Ook in dit opzicht is een maatschappij essentieel een uitvergroting van een individuele persoon—en wel van het Stirneriaanse ego dat in zichzelf geen grond vindt voor enige objectieve verplichting tegenover anderen.<sup>26</sup>

Het ligt dan voor de hand maatschappijen te verpersoonlijken, hun een eigen wil, doel, beleid of handelwijze toe te schrijven. Daarbij laat men echter hun

---

<sup>24</sup> F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1 (London, 1973); ook zijn laatste werk, *The Fatal Conceit*, Routledge, London, 1988.

<sup>25</sup> Plato's constructie van de staat als zijnde analoog met de individuele persoon (in zijn onderzoek naar het wezen van de rechtvaardigheid) is de meest markante uitdrukking van dat inzicht in de Westerse politieke filosofie. Zie Plato, *De Republiek* en in het bijzonder ook *De Staatsman*.

<sup>26</sup> Max Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum* (1844).

eigenaars of bestuurders buiten beschouwing. Dat gaat gemakkelijker naarmate de onduidelijkheid toeneemt over wie nu eigenlijk aan de touwtjes trekt, wie het in de maatschappij voor het zeggen heeft. Die onduidelijkheid wordt vaak opzettelijk georganiseerd, meestal door ingewikkelde bevoegdheidsverdelingen. Zij bereikt haar maximum in de voorstelling van een maatschappij als een persoon *sui generis* (die alleen aan zichzelf toebehoort) of als een *res publica* (die toebehoort aan een collectiviteit van anonieme, niet individueel aanspreekbare of ter verantwoording te roepen personen). Dergelijke constructies werpen een sluier (*corporate veil*) over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de natuurlijke personen die de werkelijke auteurs van maatschappelijke acties zijn.

Men mag de gepersonifieerde posities en functies in een maatschappij niet verwarren met de natuurlijke personen die eventueel nodig zijn om die posities te bekleden of die functies uit te oefenen. Zo zijn in een verzekeringsmaatschappij de rechten en de plichten van de CEO, de CFO, de chef-actuaris, enzovoort geen rechten en plichten van mensen maar van posities en functies die ofwel in de statuten bepaald zijn of volgens statutair voorgeschreven procedures gecreëerd en omschreven zijn. Zo zijn in een staat de rechten en de plichten van parlementsleden, ministers of burgers geen rechten en plichten van mensen maar van posities en functies. Wat parlementsleden, ministers of burgers zijn, kunnen of niet kunnen is volledig bepaald door de geldende regels van het maatschappelijke spel. In een maatschappij hebben mensen als zodanig bijgevolg geen rechten. Zij zijn niet meer dan *Menschenmaterial*, *human resources* die men eventueel kan vervangen door robots en andere automatische systemen zonder de maatschappelijke werking in het gedrang te brengen.<sup>27</sup>

*Human resources* moeten, zoals andere grondstoffen, gewonnen en gemanaged worden. Mensen passen immers niet vanzelf in de posities en functies waartoe zij door de maatschappelijke bestuurders en managers bestemd zijn. Voor veel maatschappijen is dat nauwelijks een probleem. Hun lidmaatschap berust op vrijwilligheid of zij leggen slechts heel beperkt beslag op het leven en werken van hun leden. Andere maatschappijen leggen echter groot beslag op hun leden, of houden hun heel specifieke functievereisten en taakomschrijvingen voor. Dat geldt in het bijzonder voor de politieke maatschappijen (staten). Omdat in beginsel geen fase of aspect van het leven en werken van mensen buiten hun zelfverklaarde, soevereine bevoegdheidssfeer valt noemt men ze totale of volmaakte maatschappijen (*societates perfectae*). Daarin zijn mensen grondstof die volgens specifieke eisen moet worden gesocialiseerd. ‘Maatschappij’ staat immers voor aangestuurd worden, voor het creëren van eenvormige cohorten van volgelingen.<sup>28</sup> Slaagt hun vermaatschappelijking onvoldoende dan worden mensen doelwitten voor tucht- en strafmaatregelen, internering, heropvoeding, demotie en achterstelling. Mensen moeten letterlijk verburgerlijkt, ingeburgerd worden. Rousseau drukte het zo uit: in de staat moeten mensen hun mens-zijn opgeven en artificiële rechtspersonen (“burgers”) worden.<sup>29</sup> Voor Hegel was

---

<sup>27</sup> Dat gebeurt op grote schaal niet alleen in industriële, commerciële en financiële maatschappijen maar ook in politieke maatschappijen (staten en interstatelijke organisaties) zowel voor administratieve als voor politieke en militaire functies. P.W. Singer, *Wired for War*, Penguin Books 2009. A.J. Lazarski, “Legal implications of the uninhabited combat aerial vehicle”, *Air & Space Power Journal* (online document dd.27 maart 2001)

<sup>28</sup> Etymologisch beschouwd betekent socialiseren (vermaatschappelijken) volgzzaam of lijdzaam maken. ‘Societas’ (maatschappij, Gesellschaft) en ‘socius’ (maat, Gesell) zijn verwant met ‘sequi’ (geleid worden, volgen, vergezellen, meelopen).

<sup>29</sup> J.-J. Rousseau, *Du Contrat social* (1762), II, hoofdstuk VII, « Celui qui ose entreprendre d’instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine ; de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en une partie d’un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être ; ... de substituer une existence partielle et morale à

burger worden zelfs een heilige plicht van de mens.<sup>30</sup> Een dergelijk programma impliceert uiteraard massale investeringen in “opvoeding” (indoctrinatie en propaganda), controlemechanismen en sanctioneringssystemen (straf- en administratiefrechtelijke maatregelen en economische *incentives* en *disincentives*).

Een staat heeft geen boodschap aan de samenleving of gemeenschap. Staten houden van maatschappelijke organisaties omdat ieder daarvan een hefboom is waarmee men tal van mensen en middelen tegelijkertijd in beweging kan brengen en omdat zij, precies omdat zij zelf administratieve centra zijn, gemakkelijk aan te sturen en te controleren zijn (bijvoorbeeld door verplichte registratie en vergunningen). Als totale maatschappij streeft de staat ernaar structuren van samenleving en gemeenschap te vernietigen door ze te vermaatschappelijken, om te vormen tot deelmaatschappijen van de staat, dus tot dingen die een adres en een door de staat aanspreekbaar bestuur hebben. Samenleving en gemeenschap worden geabsorbeerd in wat men dan maar “de civiele maatschappij” of “het maatschappelijk middenveld” noemt. Verwijzingen naar de “zeden en gewoonten” van gemeenschappen en de “natuurlijke rechten en plichten” van de samenleving kunnen hoogstens nog wel in het zogeheten privaatrecht, hoewel ook dat al lang geen autonome ontwikkeling meer kent. Dat komt enerzijds doordat alsmaar meer “publiekrechtelijke” (maatschappelijke) regelingen de status van personen en vermogenselementen bepalen, anderzijds doordat ook privaatrechtelijke geschillen beslecht worden door het gerechtelijke monopolie van de staat. Overigens hebben ook de raadslieden en pleiters die de partijen bijstaan niet geleerd hoe conflictoplossing buiten de geformaliseerde kaders van het staatsapparaat mogelijk is, ofschoon velen onder hen daarin gaandeweg wel ervaring opdoen.

## **JURISTEN EN LEGISTEN**

Het gesprek is de meest karakteristieke menselijke omgangsvorm. Het is echter niet alleen maar een vorm. Deelnemen aan een gesprek veronderstelt aanvaarding van de daarin inherente normen en waarden. De klassieke Westerse rechtsidee is dat het gesprek model staat voor de juiste omgang onder mensen en dat, in het bijzonder, conflicten dienen opgelost te worden “in gesprek”, en niet door machtsvertoon, manipulatie of intimidatie. Die idee vertolkt een diep theoretisch inzicht, namelijk dat de vooronderstellingen, normen en waarden die constitutief zijn voor het gesprek niet in een gesprek weerlegbaar zijn. Het gesprek is, zo beschouwd, een absolute waarde die geen rationeel mens kan ontkennen zonder de logische gronden van zijn ontkenning zelf onderuit te halen, dus zonder zichzelf tegen te spreken. Dat geldt in het bijzonder voor het beginsel van vrijheid onder gelijken, de essentiële voorwaarde voor het voeren van een gesprek. Het geldt ook voor het beginsel dat machtsaanwending alleen dan toegestaan is wanneer men in conflict komt met mensen die weigeren een gesprek te voeren of slechts voorwenden tot een gesprek bereid te zijn, dus met mensen die anderen (en misschien ook zichzelf) als objecten beschouwen waarmee alleen fysieke, geen intelligente interactie mogelijk is.

De inherente gespreksnorm van vrijheid onder gelijken onderscheidt *juridisch* redeneren in termen van objectieve beginselen van *legistisch* redeneren in termen van willekeurige regels. De naar *regere* en *legere* verwijzende rex/lex-relatie bevat essentieel een element van willekeur: de wil van de eigenaar of gezagdrager. Zijn

---

l'existence physique et indépendante que nous avons reçue de la nature. Il faut, en un mot, qu'il ôte à l'homme ses forces propres pour lui en donner qui lui soient étrangères... »

<sup>30</sup> G.W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), III, afdeling 3, §258, „[D]ieser Endzweck [des Staates hat] das höchste Recht gegen die Einzelnen... deren *höchste Pflicht* es ist, Mitglieder des Staats zu sein.“



wil bepaalt de ratio van de regels, bevelen en handelingen waarin hij zich uitdrukt. *Legistiek* kan daarom geen wetenschap zijn. Door het willekeurige als voorwerp van studie te nemen wordt zijzelf willekeurig. Zoals Julius von Kirchmann schreef, “Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.”<sup>31</sup> Kirchmann had uiteraard de legistische vorm van “jurisprudentie” in het vizier, niet de klassieke juridische, natuurrechtelijke vorm waar hij een voorstander van was.

In brede kring bestaat er al lang grote twijfel over het wetenschappelijke karakter van de studie van de positiefrechtelijke regelingen van de moderne staat. Die twijfel wordt niet weggenomen door te stellen dat de rechtspositivistische “rechtswetenschap” geen empirische maar een hermeneutische wetenschap is.<sup>32</sup> Het is immers een drogreden interpretatie van teksten voor te stellen als wetenschap van het ogenschijnlijke onderwerp van die teksten. De rechtspositivistische “hermeneutiek” is geen juridische hermeneutiek van rechtswaarden maar een legistische hermeneutiek van machtswoorden. De bewering dat men het recht vindt in de woorden van machthebbers, gezagvoerders, hun agenten en “intellectuele lijfwachten” is niet meer dan een uitdrukking van de ideologie van het rechtspositivisme die zelf een onderdeel is van de anti-intellectualistische *religie van de macht* (de absolute en almachtige willekeur van wat sommigen ‘God’ en anderen ‘de natuur’ noemen). Onder de vlag van die religie hebben eerst de vorsten en daarna de staten hun machtige wil uitgeroepen tot soeverein orderingsbeginsel.

De pregnantste implicatie van de religie van de macht is echter dat de rationele en intelligente aspecten van het mens-zijn hoe dan ook volslagen impotent zijn en waarschijnlijk zelfs niet meer dan illusies. “Reason is and ought to be the slave of the passions.”<sup>33</sup> De passies zijn blinde, niet rationele krachten; de rede heeft geen andere functie dan de bevrediging ervan efficiënter te maken. Die opvatting heeft verstrekkende implicaties. Nemen we bijvoorbeeld aan dat de passies collectief tot uiting komen in de politiek en de rede geïnstitutionaliseerd is in het onderwijs en de universitaire vorming, dan houdt zij in: “De universiteit is een dienstmaagd van de politiek, en hoort dat ook te zijn.” Of, zoals men het nu eufemistisch uitdrukt, “De universiteit hoort maatschappelijk relevant te zijn.”

De impotentie van de rede is een in geen enkel gesprek te rechtvaardigen extrapolatie van de mechanisering van het wereldbeeld<sup>34</sup> naar een mechanisering van het mensbeeld—van de stomme, niet aanspreekbare en onverantwoordelijke natuur zoals de fysica die opvat naar de natuur van eminent aanspreekbare en ter verantwoording te roepen mensen. Dat gemechaniseerde mensbeeld laat alleen nog de niet-rationele, fysische en fysieke aspecten van het menselijke toe. Soms rekent men daarbij ook psychologische en psychische aspecten, althans voor zover men die als niet-rationele (uiteindelijk fysisch of chemisch te verklaren) fenomenen kan beschouwen. Daardoor ontstaat de illusie dat mensen niet meer zijn dan objecten, middelen die beschikbaar zijn voor wie over voldoende kennis en macht beschikt om ze te manipuleren. Kennis is macht, en macht verwerven is de zin van kennis. “Om de natuur meester te worden moeten we hem gehoorzamen.”<sup>35</sup>

De toepassing van die slagzin op de menselijke natuur verschilt wezenlijk al naargelang men de menselijke natuur opvat als een louter empirisch fenomeen

<sup>31</sup> Julius von Kirchmann, "Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (1847)

<sup>32</sup> Mark van Hoecke, *Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap?* (Boom Juridische Uitgevers, 2010)

<sup>33</sup> David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1739-40, 2.3.3.4.

<sup>34</sup> Zie de klassieke studie van E.J. Dijksterhuis, *De mechanisering van het wereldbeeld* (1950).

<sup>35</sup> “Nature to be commanded must be obeyed”. Dat was de grondgedachte van de inductieve, empiristische wetenschapsfilosofie van Francis Bacon (*Novum Organum*, 1620).

(dus als statistisch te behandelen studieobject van empirische sociologie, criminologie, psychologie, economie, neurologie, en dergelijke) dan wel als een fenomeen van sprekende rationaliteit. Wij “gehoorzamen” de fysische natuur immers niet; wij trachten te achterhalen hoe wij delen ervan technologisch kunnen manipuleren. Dat is ook de inzet van “maatschappelijk relevant”, beleidsondersteunend empirisch onderzoek naar het gedrag van mensen. Dat soort onderzoek is nu prominent aanwezig in de positiefrechtelijke opleidingen, waar het beslag legt op het grootste deel van de ruimte voorbehouden aan “wetenschappelijke omkadering van het recht”. De andere, traditionele interpretatie van de bovengenoemde slagzin was, dat gezag over mensen alleen rechtmatig kan zijn als het zich houdt aan de natuurrechtelijke beginselen die eigen zijn aan de mens als sprekend, denkend wezen. Die interpretatie krijgt hoogstens nog een plaats in de sectie “academisch antiquariaat”, voorbehouden aan niet langer relevante maar nog altijd enigszins prestigieuze onderwerpen—de kers op de taart die men ofwel opzij van het bord legt ofwel in een keer doorslikt alvorens aan het “echte werk”, de taart zelf, te beginnen.

Anders dan legistiek is *juristiek* een wetenschappelijke discipline in de volle zin van het woord. Haar voorwerp is precies de gespreksrelatie die overal en altijd waar er mensen zijn dezelfde fundamentele kenmerken heeft. Zij heeft een vaste grondslag in de waarheden, normen en waarden die in geen enkel gesprek (argumentatie, discussie, debat) weerlegbaar zijn, precies omdat zij verondersteld moeten worden opdat er een gesprek zou kunnen zijn. Elke miskenning, a fortiori ontkenning, van die waarheden, normen en waarden ondermijnt of vernietigt het gesprek als specifieke omgangsvorm en meteen ook de bewijskracht van argumenten die op een dergelijke miskenning of ontkenning berusten. In feite berust het gehele intellectuele leven, alle filosofie en elke wetenschap, op het primaat van het gesprek. Ook de meest empirische wetenschap krijgt haar wetenschappelijk karakter pas in de argumentaties die haar bevindingen en waarheidsaanspraken kritisch beoordelen.

Het specifieke onderwerp van de klassieke menswetenschappen, inclusief de juristiek, is echter het menselijke verkeer. Die wetenschappen beschouwen hun onderwerp niet louter empirisch, als een waarneembaar spektakel, maar participierend, dus “van binnen uit”. Anders dan de natuurwetenschapper die moleculen of mosselen bestudeert zonder zelf molecuul of mossel te zijn kan de beoefenaar van de menswetenschappen niets anders zijn dan mens onder de mensen. Het specifieke onderwerp van de juristiek, van de rechtsfilosofie, de rechtswetenschap en de praktische toepassing daarvan in concrete gevallen, is de vraag hoe mensen conflicten kunnen oplossen binnen de perken van hun specifiek mens-zijn, dus zonder opheffing van de vrijheid onder gelijken die de voorwaarde is waaronder zij hun zaak in gesprek met elkaar kunnen bepleiten.

De gesprekswaarheden zijn niet alleen descriptief maar ook normatief significant. Er is geen gesprek mogelijk met iemand die niet aanvaardt dat men *behoort* te geloven wat waar is, de logica te respecteren en rekening te houden met beschikbaar bewijsmateriaal. Er is geen gesprek mogelijk met iemand die niet aanvaardt dat de tegenpartij het recht heeft gehoord te worden, vragen te stellen en tegenargumenten aan te voeren. Daarnaast zijn er vermoedens die weliswaar in concrete gevallen weerlegbaar zijn maar toch essentieel opdat een gesprek mogelijk zou zijn. Denk bijvoorbeeld aan het vermoeden dat de tegenpartij is wie zij beweert te zijn, dat zij bekwaam, oprecht, en onschuldig is, en dergelijke. Er is geen gesprek mogelijk met iemand die u op voorhand al als een leugenaar, bedrieger of onmens beschouwt (ongeacht of ‘u’ onderwerp of lijdend voorwerp is van de bijzin).

De normen en waarden van het gesprek zitten diep ingebakken in de Westerse idee van rechtspraak.<sup>36</sup> Voor de meeste is er wel een Latijns maxime dat er een memorabele uitdrukking aan geeft. Wij stellen ons voor dat recht gesproken wordt in een proces waarin er strikte waarborgen zijn dat de betrokken partijen gehoord worden, dat er geen censuur, geweld of intimidatie aangewend wordt, dat de rechter onpartijdig, zonder vooringenomenheid of vooroordeel luistert en oordeelt, en dat hij onafhankelijk optreedt, dus niet als agent van een van de partijen of van enige derde persoon of instantie. Advocaten passen in dat proces, niet als kenners van “de regels en procedures” maar als borgen voor een van de peilers van het gesprek: de gelijkheid van de partijen bij het naar voor brengen, verwoorden en beantwoorden van relevante argumenten. De daarvoor vereiste kwaliteiten, zoals afstandelijkheid, zelfbeheersing, luisterbereidheid en argumentatieve intelligentie, zijn immers niet bij alle in een conflict betrokken partijen in gelijke mate aanwezig.

In de hedendaagse praktijk van de procesvoering voor de rechtbanken vindt men ongetwijfeld nog tal van sporen van de gesprekscultuur waarin het begrip van het recht als *ius* (in tegenstelling tot *imperium* of *dominium*) zijn wortels heeft. Daartegenover staat echter dat die rechtbanken nu volledig ingekapseld zijn in de maatschappelijke structuur van de staat, dus in een hiërarchisch verband waar niet de vrijheid onder gelijken maar de gehoorzaamheid aan de geldende voorschriften en procedures centraal staat. Zij zijn onderdeel van een monopoliemacht die soms wel, soms minder, soms helemaal niet geneigd is het gesprek als bron van recht te erkennen.

De nationalisering (en monopolisering) van gerechtelijke instanties is een wezenlijk onderdeel van het staatsvormingsproces. Zij werd ingezet onder de impuls van naar absolute macht strevende vorsten en afgerond in de nasleep van de Franse revolutie.<sup>37</sup> Zij gaf de doodsteek aan het regime van juridisch pluralisme dat een veelheid van elkaar geografisch overlappende, rivaliserende gerechtelijke systemen omvatte. Rechtzoekende partijen konden niet langer rechters en procedures kiezen uit een aanbod dat niet door een enkele instantie gemonopoliseerd werd. Op het strafrechtelijke vlak uitte de nationaliseringtendens zich in de uitbouw van een nationaal gevangeniswezen en in een nationale penale code. Gevangenispenalen zijn het symbool bij uitstek van de staatsmacht. In gemeenschaps- en samenlevingsverbanden komen zij zelden voor, tenzij voor kortstondige tuchtmaatregelen of voorhechtenis. Zij zijn immers ongemeen duur, en nauwelijks nuttig voor het vergoeden van slachtoffers van misdrijven. De penale codes creëerden dan weer een nationaal systeem van strafvorken (*minima* en *maxima*) dat niet de beoogde “gelijkheid” waarborgde (onder meer door variaties in het vervolging- en bestraffingsbeleid) maar wel voor lange tijd alternatieve vormen van omgaan met misdrijfflegers uitbande.

De vermaatschappelijking van de mens en zijn rechten en plichten is de werkelijke context van wat Georges Ripert *le déclin du droit* noemde.<sup>38</sup> Aspecten van het vermaatschappelijkingsproces zijn vaak beschreven en geanalyseerd. Evenwel dringen slechts weinig van die analyses door in de opleidingen aan de rechtsfaculteiten. Die leveren vooral legisten af, kenners van de hier en nu geldende regels (wat die ook mogen zijn), maar blijven zich wel tooien met de

---

<sup>36</sup> Frank Fleerackers, “Grondslagen van rechtspreken : anders vormen”, in Freddy Evers, *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, op.cit., p.59-78; René Foqué, “De rechter is het sprekende recht”, *ibid.*, p.79-91.

<sup>37</sup> « La subordination de la magistrature au gouvernement est une des conquêtes de la Révolution. En même temps qu'elle proclamait les Droits de l'homme, elle en supprimait le dépositaire et elle en paralysait le défenseur. » Emile Faguet, *Le Libéralisme* (Paris, 1903) p.183

<sup>38</sup> Georges Ripert, *Le Déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949).

prestigieuze veren van een lange, eerbiedwaardige juridische traditie. Zij zijn inderdaad gefixeerd op de maatschappij en haar structuren en regelingen, die zij als de hoogst ontwikkelde vorm van recht beschouwen. In dat opzicht zijn zij veeleer ideologische indoctrinatievehikels dan wetenschappelijk georiënteerde studies.