

## IS ER EEN TYPISCHE JURIDISCHE WIJZE VAN DENKEN ?\*

*Klaas Tindemans*

Wie zich wel eens de vraag stelt of iemand die in de gevangenis is opgesloten, mag ontsnappen en zich daarbij eerder laat inspireren door een herinnering aan Steve MacQueen dan door specialistische kennis van het Strafwetboek, zoals ikzelf, is geneigd te zeggen dat dit mag. Maar de directeur van het gevangeniswezen zal een subtiel onderscheid maken. Ontsnappen uit de gevangenis is geen strafbaar feit. De naïeve rechtspositivist zegt dan dat het mag. Immers: geen straf zonder wet. Anderzijds echter komt de ontsnapte gevangene, éénmaal buiten de gevangenis muren, in een toestand van illegaliteit terecht. Hij bevindt zich op een plaats waar hij zich niet mag bevinden: de buitenwereld. Niemand kan het recht opeisen om zich blijvend en ongestoord in de illegaliteit te bevinden. Dit onderscheid, namelijk tussen de garanties die een bepaalde rechtspositie (van ontsnapte gevangene) al dan niet verschaft en de juridische gevolgen van handelingen die naar de totstandkoming van die rechtspositie hebben geleid (de ontsnapping zelf), illustreert mooi de juridische wijze van denken. Een wijze van denken die autonomie opeist – geen straf zonder wet – maar tegelijk haar maatschappelijke legitimatie probeert te behouden – het recht onderdrukt, verdringt elke toestand van illegaliteit. Anders uitgedrukt: het recht en het staatsgezag staan borg voor de orde in de samenleving, door middel van regels die soms niet meer zijn dan logische operatoren, maar die soms arbitrair lijken in te grijpen in de logica van de maatschappij zelf. Zo kan de ontsnapte gevangene, als hij lang genoeg onderduikt, zijn straf laten verjaren.

### **Contractueel naturalisme**

De zekerheid van de positieve regel en de behoefte aan sociale, zo men wil politieke, legitimatie: dat is het spanningsveld waarin het juridisch denken zich beweegt, en dat wellicht het best geïllustreerd wordt door wat Bert van Roermund het *contractueel naturalisme* noemt. Hij definieert dit als volgt: "Het *contractueel naturalisme* tracht de rechtsorde te gronden op het staatsgezag of de overheid, het staatsgezag op de globale overeenstemming omtrent elementaire eisen van samenleving en de eisen van samenleving op de natuurlijke behoeften van de mensen als individuen. De omslagen van individuen naar samenleving, van samenleving naar overheid zijn contractueel gestructureerd."<sup>1</sup> Als we de redenering van onderuit bekijken, levert dat een merkwaardig beeld op. Een eenzaam, radeloos mens, zoekt medemensen op omdat hij zich door diezelfde medemensen bedreigd voelt in zijn zelfbehoud. Hij maakt afspraken over het gedrag en wil dat die gerespecteerd wor-

den, hij creëert dus normen. Maar om ervoor te zorgen dat steeds de meest juiste norm afgedwongen wordt, is er daarboven nog een instantie nodig die de machtsinstanties op de legitimiteit van hun optreden toetst. De eenzame, radeloze mensen en medemensen onderwerpen zich, vrijwillig, aan de autoriteit van deze hoogste macht, die hun vrijheid en hun behoud garandeert. Deze denkwijze, die in één of andere vorm terugkeert in bijna alle 'inleidingen tot het recht' voor kandidaat-juristen, bevat twee fundamentele vooronderstellingen. Ten eerste: de behoeften die de mens bij zichzelf vaststelt en die hem zouden dwingen tot geordend samenleven zijn *natuurlijke* behoeften, die als zodanig ondubbelzinnig kenbaar zijn. Ten tweede: de sprong naar de inrichting van een staatsorde en vervolgens naar onderwerping aan die orde is een *contractueel* gebeuren, waarin de vrijheid van de partijen het motief én het perspectief voor het contractueel handelen uitmaakt.

Het contractueel naturalisme roept minstens drie tegenwerpingen op: twijfel aan de rechtlijnigheid van de getrapte legitimatiestructuur, twijfel aan de natuurlijkheid van de geponeerde behoeften, en twijfel aan het contractuele karakter van de relatie tussen burger, samenleving en overheid.

Volgens de contractueel-naturalistische logica zou de overheid, dat wil zeggen de instantie die contractueel tot stand is gekomen om normen af te dwingen, nooit kunnen toelaten dat juridische regels geformuleerd én gevalideerd worden op een ander niveau dan het hare – dat van de overheid dus. Zonder juridische goedkeuring, zonder rechtsgrond, bijvoorbeeld in het kader van een petitierecht of een toelating tot betogen, kan niemand protesteren tegen het optreden van de overheid. Die exclusiviteit laat echter ook toe dat de (gecontesteerde) overheid arbitrair de grenzen van die rechtsgronden vergroot of, wat meestal dreigt te gebeuren, verkleint – denk aan de Duitse Berufsverbote in de jaren zeventig en hun begrip van 'burgerlijke betrouwbaarheid'. Niet de contractanten (de burgers dus) bepalen immers wie er mee mag doen met het contract, maar de juridische constructies die door het contract in het leven zijn geroepen – de overheid dus. Dit 'totalitair' aspect van het contractualisme is juridisch niet houdbaar, want er is altijd een moment waarop de burger zichzelf definieert, als drager van 'subjectieve rechten', en niet meer exclusief gedefinieerd wordt door zijn rechtspersoonlijkheid. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer politieke overtuigingen een afweging vormen bij repressie – zoals bij burgerlijke ongehoorzaamheid – of wanneer de overheid gedwongen wordt, bij de garantie van een recht, politiek niet-neutrale keuzes te maken, zoals bij een afdwingbaar recht op tewerkstelling. In beide gevallen dwingt de burger de staat tot een interpretatie van de samenleving waarover die overheid niet als enige meester is. Dat is dus een eerste denkfout in het contractualisme: het is juridisch inconsequent.

Het contract van het contractualisme is, zo zal ook elke rechtstheoreticus toegeven, een metafoor. Wat is de kern van die metafoor? Dat een contractuele structuur mensen posities doet innemen die gelijkheid en wilsvrijheid suggereren én dit op een wijze die gemakkelijk voorstelbaar en bovendien behartenswaardig

is. Maar een contract veronderstelt ook een normatief kader waarin iedereen weet wat die gelijkheid en die wilsvrijheid betekenen én hoe die kunnen afgedwongen worden, nog vóór het contract zelf definitief tot stand is gekomen. Anders gezegd: elk contract veronderstelt een geheel van normatieve, juridische afspraken (het verbintenissenrecht, boek III, titel III-IV van ons Burgerlijk Wetboek) die voorafgaan aan de concrete, nieuwe afspraak. Hoe kan dan een contract het recht zélf – en de ‘dwangorde’ die ermee samenhangt – legitimeren, als er reeds een juridische achtergrond verondersteld wordt? De metafoor van het contract krijgt enkel betekenis door de verwijzing naar de specifiek juridische veronderstellingen die begrippen als ‘afspraak’, ‘vertrouwen’ en ‘vrijheid’ oproepen. Als we het recht met een beroep op een initiële overeenkomst willen verklaren, dan verklaren we dus niets, want het begrip contract heeft zélf recht nodig. Voor we een contract kunnen sluiten moeten we immers bepalen wie er het ‘recht’ heeft om contractspartij te zijn. Ofwel gelden daarvoor juridische criteria, ofwel hoogst speculatieve normen zoals afkomst, veronderstelde rationaliteit of ergere uitsluitingscriteria.

De overstap van behoefte naar contract is een probleem, het contract is een probleem, maar ook de ‘natuurlijke behoefte’ waarop het denkschema van het contractueel naturalisme gebaseerd is, is geen evident concept. Zelfs wie niet accepteert dat de menselijke natuur het recht fundeert, wie dus sceptisch is tegenover het ‘natuurrecht’, lijkt te moeten aanvaarden dat er zoiets bestaat als een ‘minimum content of natural law’, zoals de analytische rechtsfilosoof H.L.A. Hart het formuleert.<sup>2</sup> Elke definitie van levensbehoeften, elke consensus over het elementaire karakter van die behoeften, impliceert echter een notie van vrijheid. In de eerste plaats de vrijheid om die behoeften juist *niet* als elementair te beschouwen en, bijvoorbeeld in het geval van de hongerstaker, door het opeisen van die vrijheid de rechtsorde te provoceren. Niet het zelfbehoud als zodanig is dus de inzet van de samenleving en van de debatten (of zelfs oorlogen) over de politieke vormgeving van die samenleving, maar de *wil* om dat zelfbehoud al dan niet een centrale plaats te geven en om de concrete politieke inhoud van dat zelfbehoud op een specifieke manier te bepalen. De rechtsstaat en de democratie die wij kennen gaan er echter van uit dat zelfbehoud en samenleving als elementair *sociale* gegevens moeten beschouwd worden. Het is zeer de vraag of deze filosofische premisse – de mens als sociaal wezen, dat gezelschap boven eenzaamheid prefereert – wel ergens op gebaseerd is. Als deze behoefte zo natuurlijk zou zijn, hoe komt het dan dat we zo’n moeite hebben met de totstandkoming en de toepassing van *sociale* normen, en a fortiori wanneer ze met het aura van de wet omkranst zijn?

Het contractueel naturalisme, als poging om de kloof te dichten tussen maatschappelijke intuïties over het functioneren van normen enerzijds, en de vaak vastgestelde arbitrariteit waarmee in theorie én praktijk die toepassing ge-

paard gaat anderzijds, die poging is blijkbaar mislukt. Het verlangen om de wanorde te herstellen door illegaliteit uit te wissen, namelijk door de ontsnapte gevangene op te pakken, blijft botsen op het willekeurige gegeven dat ontsnappen op zichzelf niet strafbaar is. Het contractueel naturalisme slaagt er immers niet in om het zogenaamde *interpretatief geweld* dat met elke overheidsbeslissing die zich op een rechtsgrond beroept gepaard gaat te compenseren met een *suspension of disbelief*, met een poging om de interpretatie als 'naakte werkelijkheid' te doen overkomen. Rechters en rechtsgeleerden (en politici) blijven nog altijd kwistig termen als 'letterlijke betekenis' of 'wil van de wetgever' hanteren. Terwijl juridische betekenis bij uitstek contextuele betekenis is en elke poging om een 'harde kern' in die betekenis te ontdekken spaak loopt. Het meest nuchter in dit opzicht is het belastingrecht, dat wanneer het spreekt over 'economische realiteit' eigenlijk precies naar het omgekeerde verwijst, namelijk naar 'juridische kunstmatigheid'. Elke juridische oplossing is meteen en per definitie een fictie. Wanneer de fictie van de juridische interpretatie niet kan verdrongen worden, wanneer geen burger, ondanks de contractueel-naturalistische pedagogiek aan de rechtsfaculteiten, in de werkelijkheid van de rechtsorde geloofd, kunnen de grondslagen van de juridische wijze van denken enkel binnen het juridisch discours zélf gevonden worden. De autonomie van het recht dient, in zo'n benadering, af te hangen van de definitie van een specifiek juridisch *norm*begrip. Twee ambitieuze pogingen in die richting werden deze eeuw ondernomen door resp. H.L.A. Hart en Hans Kelsen.

### Wezensvraag

Hart splitst de vraag naar de 'essentie' van het recht op in drie deelvragen.<sup>3</sup> Wat is het verschil tussen recht en andere afgedwongen bevelen en wat is de relatie tussen beide? In welk opzicht verschilt een juridische verplichting van een morele verplichting en wat is, opnieuw, de relatie tussen beide? Wat zijn regels en in welke mate is recht een kwestie van regels? Het resultaat van deze analyse moet zijn: een zelfstandig *juridisch* regelbegrip. Wat de eerste kwestie betreft, stelt Hart vast dat moderne juridisch-politieke structuren inderdaad afdwingbare bevelen bevatten, maar dat elke instantie die bevelen aflevert zijn legitimiteit ontleent aan een hogere instantie. De hoogste instantie in de staat wordt gekenmerkt door *sovereiniteit* en door *onafhankelijkheid* en bovendien is het steeds mogelijk die instantie politiek te identificeren. Het is dus niet een historische traditie van gehoorzaamheid of van respect voor regels en voor de instanties die deze belichamen die voor juridische gelding zorgt, maar de erkenning van de soevereiniteit waarnaar de 'bevelhebbers' verwijzen. In een democratische constellatie kan dit 'soevereine lichaam' niets anders zijn dan het volk, nauwkeuriger nog: het electoraat dat de wetgever mandateert. Deze structuur van het 'recht van

de rechtsstaat' is eigenlijk een autoreferentiële structuur: het volk verwijst naar zichzelf, de onderdaan *is* de wetgever in een andere gedaante. Die eigenschap heeft gevolgen voor het juridisch regelbegrip zelf. Hart maakt het fundamentele onderscheid tussen 'primary rules' en 'secondary rules'. *Primaire regels* leggen verplichtingen op aan rechtssubjecten, ze creëren een directe band tussen bevelhebber (wetgever, rechter) en onderdaan. De onderdaan accepteert deze regels, gehoorzaamt deze omdat ze passen in de systematiek van *secundaire regels*. Deze regels bepalen op hun beurt wie op welk moment welke (juridische) macht bezit om verplichtingen en rechten tot stand te brengen en over de toepassing ervan te oordelen. Voor het recht als structuur zijn, binnen dit concept van secundaire regels, de 'rules of recognition' de belangrijkste. De erkenning van de structuur waarbinnen het recht functioneert, dat wil zeggen ingrijpt in het dagelijks leven van de rechtssubjecten, is immers essentieel voor de legitimiteit van dit recht. 'Rules of recognition' leggen vast hoe de machtsinstanties binnen het geheel van een staat zich ten opzichte van elkaar verhouden, in welke mate de ene aan de andere gebonden is en hoe die ene instantie daardoor precies rechtsgeldigheid verleent aan de (rechts)handelingen die ze stelt. De 'rules of recognition' belichamen bovendien de dualiteit die Hart vaststelt in het regelsysteem van een rechtsstaat: de afgedwongen gehoorzaamheid aan de (primaire) regels, vanwege de burgers, is pas legitiem in de mate dat de met macht beklede instanties de (secundaire) regels accepteren en loyaal toepassen. Voor Hart maakt het bestaan van 'rules of recognition' een essentiële historische verworvenheid uit, hoewel rechtshistorici er al lang niet meer zeker van zijn dat 'naakte' verplichtingen historisch vooraf zijn gegaan aan procedurele regels: het omgekeerde is wellicht correcter. Wat tenslotte Harts overblijvende vraag betreft, namelijk het verschil tussen juridische en morele verplichtingen, daar is het antwoord vager en onzekerder. De erkenning en de geldigheid van een juridisch-politiek systeem zeggen inderdaad niets over de ethische waarde ervan – het klassieke voorbeeld is Nazi-Duitsland. Maar anderzijds blijken dergelijke diabolische systemen vaak de test van juridische geldigheid – dat wil zeggen een test die de verhoudingen tussen de regeltypes toetst, die met name voor elke opgelegde verplichting een overeenkomstige bevoegdheid vereist – niet te doorstaan: dat is een feitelijke vaststelling die voor enige gemoedsrust kan zorgen. Maar uiteindelijk komen we terecht bij een problematiek waar Hart niet uitgebreid op ingaat, namelijk de notie van *soevereiniteit*, die in zijn denken toch de hoeksteen vormt van elk begrip van juridische geldigheid.

## Grondslag

De vraag naar de *juridische* grondslag van het recht wordt nog radicaler ge-

steld door Hans Kelsen, die elk spoor van 'sociologisme' uit het juridisch denken wil verwijderen.<sup>4</sup> Nochtans is hij, minstens even sterk als Hart, gehecht aan de *democratische* rechtsstaat. Kelsen bestrijdt de gedacht dat het recht een voorgegeven werkelijkheid zo adequaat mogelijk tracht af te beelden. Kennis van een rechtsnorm is altijd *juridische* kennis van die norm, gelding van een rechtsnorm betekent uitsluitend en alleen *juridische* gelding. Een rechtsnorm is geldig: dat is het uitgangspunt. Die gelding impliceert een aantal stappen. Eerst wordt een norm gesteld: een bevoegde instantie spreekt een bevel uit. Vervolgens kan over die norm een (normatieve) uitspraak worden gedaan: de norm is geldig of niet geldig. Daar houdt de rechtswetenschap op, namelijk bij de systematische beschrijving van de geldigheid van rechtsnormen. Of de logica van rechtsnormen overeenstemt met een maatschappelijke logica die sociale verschijnselen tracht te verklaren in termen van oorzaak en gevolg, dat is, strikt gezien, geen juridische uitspraak meer, hoewel zo'n uitspraak waar of onwaar kan zijn. Dit is nog veel meer het geval bij waardeoordelen over normen, die noch geldig, noch ongeldig, noch waar, noch onwaar zijn. Waarop berust nu die gelding (geldigheid) van een rechtsnorm? Een rechtsnorm is, in de analyse van Kelsen, een *wilsact* die een objectief element (de verplichting) verbindt met een rechtssubject. De bevoegdheid om die verbinding tot stand te brengen kan niet in de handeling zelf aangetroffen worden – dat zou puur geweld zijn – maar enkel in een hogere norm die de bevoegdheid op zijn beurt juridisch legitimeert. Dit moet ergens eindigen, en bij Kelsen is dit eindpunt de *Grundnorm*. Die 'Grundnorm' is geen bovennatuurlijk, zelfs geen supra-juridisch gegeven, enkel een hypothese omtrent een mogelijke grondslag van het juridisch stelsel van normen. Die vooronderstelling moet volstaan om te kunnen zeggen: 'Normen gelden'. Daarmee lijkt Kelsen het tautologische karakter van de geldigheidsaanpakken van juridische normen te erkennen ('de wet is de wet') én met enige goede wil zelfs de fundamentele contingentie van rechtsregels. Hij erkent, net zoals Hart maar dan zonder sociologische connotaties in het regelbegrip toe te laten, de elementaire dualiteit die erin bestaat dat het recht alleen aan zichzelf gelding kan ontleen, maar tegelijk een *politieke* theorie nodig heeft om zich tegenover een samenleving te verantwoorden. Daartoe ontwikkelt Kelsen een 'zwevend' begrip van soevereiniteit, een notie die niet verwijst naar grootheden zoals het volk, het territorium of een bepaalde historische continuïteit (traditie), maar wel naar radicale 'veranderbaarheid' en voorlopigheid. Een rechtsnorm geldt enkel wanneer deze haar voorlopigheid incalculeert en zichzelf niet in een perspectief van eeuwigheid opvat. Dit kan ook niet anders, zolang een norm als *wilsact* gedefinieerd is. Dat is een door en door 'liberale' opvatting van recht en rechtsstaat, waarin bij burger én samenleving het bestaan van een autonome wil wordt verondersteld. Het antwoord van de directeur van het gevangeniswezen is eigenlijk typisch 'kelseniaans': ontsnapping is geen strafbaar feit, maar de rechtsgevolgen ervan (het verblijf in de

illegaliteit dus) dienen desondanks door een rechtsnorm gevat te worden. De wijze echter waarop de samenleving met die illegale toestand omgaat, bijvoorbeeld welke middelen worden ingezet om de gevangene op te sporen, dat is een politieke vraag die het recht in principe niet interesseert, zolang de opsporingsdiensten binnen hun wettelijk kader optreden.

### Kritische bedenkingen

Precies tegen deze liberale opvatting van het recht als pure, voluntaristische 'instrumentaliteit', tegen het veronderstelde optimisme van het recht-als-technologie, is door sommige rechtstheoretici gereageerd, vanuit zeer verschillende hoek. Twee types van kritiek wil ik kort situeren, omdat ze de hoekstenen van dit paradigma ter discussie stellen: de rationaliteit van de juridische interpretatie van de werkelijkheid, en de autonomie die het juridisch mensbeeld (zowel bij de burger als bij de samenleving) voor zichzelf opeist. De kritiek op de juridische rationaliteit is het scherpst verwoord door de beweging van de Critical Legal Studies, de kritiek op de autonome mens-van-het-recht is het meest origineel door Pierre Legendre naar voren gebracht.

De (voornamelijk Amerikaanse) aanhangers van de Critical Legal Studies Movement<sup>5</sup> reageren tegen de ambitie van de juridische dogmatiek dat om politieke systemen via een éénduidig talig instrumentarium (een systeem van rechtsregels) in een objectief discours om te zetten: het valse *objectivisme* van het recht. Daartoe trachten ze aan te tonen hoe de elementaire juridische concepten die met 'markt' en 'democratie' samenhangen, zoals contract, eigendom, vrijheid en dergelijke, ontstaan zijn uit een specifieke historische context – voornamelijk de 'burgerlijke' negentiende eeuw. Die contingentie van de juridische begrippen heeft tot gevolg dat deze concepten principieel onbepaald zijn en dat er geen enkele 'objectieve' betekenis aan kan gehecht worden. Elke toepassing van die concepten is bijgevolg een ideologische operatie, hoe keurig die ook in formele procedures wordt ondergebracht. Dat is de tweede kritiek van de Critical Legal Studies: het *formalisme*. Juridische redeneervormen hanteren volgens hen een goedkope analogie tussen schema's over 'reëel' menselijk gedrag en de juridische vertaling van menselijk handelen. Rationele vooronderstellingen, zoals het bestaan van een vrije wil, zouden altijd leiden tot bepaalbare, juridisch voorspelbare resultaten, resultaten die bovendien als gewenst kunnen worden beschouwd. Zo weet de ontsnapte gevangene dat hij zich in de illegaliteit bevindt, en hij zal zijn gedrag daaraan aanpassen. De opsporingsdienst weet vervolgens hoe die aanpassing verloopt en kan daarop efficiënt inspelen. Het recht kan de onbepaaldheid, als onvermijdelijk neveneffect van deze formalistische ingreep, onder controle brengen door een technische verfijning van de regels en de concepten. Het theoretisch alternatief van de Critical Legal Studies bestaat echter in de vol-

waardige erkenning van deze onbepaaldheid. Elk juridisch concept roept volgens hen zijn tegendeel, zijn tegen-concept in het leven, elke juridische rechtvaardiging van een handeling impliceert, paradoxaal genoeg, dat het tegendeel van die handeling eveneens gerechtvaardigd kan worden. Zo kan een liberaal juridisch concept, zoals het 'absoluut meesterschap' van de eigenaar van een zaak over die zaak, net zo goed geïnterpreteerd worden als een afgeleide bevoegdheid, toegekend aan de eigenaar door een almachtige overheid. Dat heeft ingrijpende (rechts)gevolgen voor de relatie tussen eigenaars en overheden, bijvoorbeeld bij onteigening. De Amerikaanse rechtstheorie is, in tegenstelling tot de meeste Europese (continentale) theorie, sneller geneigd het *politieke* karakter van juridische ingrepen in menselijke relaties te erkennen. Maar meestal leidt dit ertoe, bijvoorbeeld bij auteurs als Ronald Dworkin<sup>6</sup>, dat politieke keuzes slechts beschouwd worden als varianten op een stelsel van fundamentele *ethische* normen. De abstracte idee van wilsvrijheid blijft met andere woorden overeen, van ideologische bepaaldheid is nauwelijks sprake. De Critical Legal Studies willen dit schimmenspel aan het licht brengen: enkel door politiek-juridische concepten als zodanig tegen elkaar uit te spelen – heel concreet: bij het toepassen van de wet – komt het contingent karakter van die politiek-juridische orde bloot te liggen en zijn veranderingen mogelijk.

De meeste rechtstheoretici, liberaal of 'critical', situeren de oorsprong van het moderne juridische denken in het ontstaan van de zogenaamde burgerlijke samenleving: het sociaal contract bij Hobbes en Rousseau, de verzakelijking van de sociale verhoudingen bij de auteurs van de Code Napoléon. Pierre Legendre<sup>7</sup>, rechtshistoricus en psychoanalyticus, ziet deze omslag veel eerder gebeuren, namelijk in de twaalfde eeuw, bij de herontdekking en vervolgens de receptie van het Romeins recht in een juridisch denken dat geënt is op het kerkelijk recht. De Romeinsrechtelijke concepten werden ingepast in een systeem dat in de eerste plaats sociale netwerken moest benoemen, vastleggen en onderhouden. Door de inbreng van abstracte begrippen als persoon, verbintenis en staat kon de feodale chaos geordend worden. Elke sociale positie die een mens inneemt kan, dankzij wat Legendre 'referenties' noemt, ingepast worden in een samenhangend verhaal over macht, machtsverdeling en legitimatie van de macht. Modern recht heeft geen materiële garanties nodig om de identiteit van personen vast te leggen: de besnijdenis kan vervangen worden door een geboortebewijs, door een genealogie, door een stamboom in een register. Het model voor deze 'abstrahering' van sociale verhoudingen wordt, zegt Legendre, gevormd door de bureaucratie, waarin elk menselijk subject idealiter herleid is tot zijn institutionele positie. De fundamentele fout die een liberaal rechtsdenken in zijn ogen maakt, is dat het de illusie creëert dat met de concepten – de referenties naar 'het reële' – die de juridische dogmatiek hanteert, volledig vrij kan omgesprongen worden. Dat bijvoorbeeld begrippen als 'vaderschap' losgemaakt kunnen worden van het complexe,



historisch-genealogische verhaal over verwantschappen, verlangens, verdringen, kortom het verhaal van Oedipus. De bureaucratische praktijk is in essentie een operatie van *historisering*, waarmee Legendre ingaat tegen de vaak gehoorde kritiek, dat bureaucratieën als vervreemdingsapparaten functioneren. In de instituties krijgt het subject een stamboom, een vader, en aan die (narratieve) identiteit worden rechtsgevolgen verbonden. Legendre wijst er dus op dat, alhoewel de toekenning van een referentiële betekenis aan een rechtssubject volstrekt arbitrair verloopt – want er is geen enkele boven-historische grond om iemand in een welbepaalde positie vast te zetten – die toekenning als ‘levensfeit’ van onwaarschijnlijk groot belang is. De bureaucratie, het staatsapparaat (of, ruimer opgevat: het weefsel van institutionele verplichtingen, waarvan bijvoorbeeld ook iemands economische positie deel uitmaakt) is de achtergrond waartegen iemand zijn eigen zelfbeeld, als sociaal wezen, tekent. Wie deze achtergrond ‘volkladt’ met juridische spitstechnologie, ontnemt de burger de mogelijkheid om zichzelf politiek en institutioneel te denken. De burger gaat dan zoeken naar modellen die dit onbevredigd verlangen naar ‘verwantschap’ sublimeren – bijvoorbeeld in de idee van een nationale identiteit.

\*

Uit de parabel van de ontsnapte gevangene leerden we het bestaan van een spanningsveld tussen de positiviteit van de regel – ontsnappen is niet strafbaar – en de fundamentele behoefte van het recht om evenwichten te herstellen – de gevangene moet opnieuw opgesloten worden. Aan de vervulling van die laatste behoefte ontleent het recht haar legitimiteit. We stelden vast dat de meest populaire verklaring voor deze spanning, het *contractueel naturalisme*, niet houdbaar is. Moderne rechtstheorieën trachten, elk met hun eigen agenda en hun specifieke invalshoek, antwoord te geven op deze mislukking. Het probleem van de getrapte legitimiteit – het individu machtigt de samenleving, de samenleving machtigt de staat, de staat machtigt een ‘hoogste wetgever’ – wordt ‘opgelost’ door het positivisme van Hart en Kelsen. Het recht dient alleen zichzelf te rechtvaardigen, de samenleving kan zich niet op het recht beroepen om haar sociale ‘wetmatigheid’ als algemeen geldend op te leggen. Het probleem van de contractuele structuur van inter-menselijke verhoudingen wordt, door de Critical Legal Studies, beschouwd als een ideologisch schijnprobleem: als juridische oplossingen ontstaan uit een spel van logisch contradictoire concepten, dan is het risico van ideologische monopolievorming minstens intellectueel onder controle gebracht. Het probleem van de ‘natuurlijkheid’ van het beeld van de mens als behoeftig wezen krijgt bij Legendre een antwoord, waar hij pleit voor een ondubbelzinnige erkenning van het referentieel karakter van de sociale posities die het recht aan de mens oplegt – een erkenning van het juridisch bestaan als *metaforisch* bestaan.

Met al deze verklaringsmodellen en de kritiek erop is de vraag of een gevangene al dan niet mag ontsnappen niet echt beantwoord: het blijft logisch moeilijk te verklaren waarom een gevangene, die een niet-strafbaar feit pleegt, in een toestand van illegaliteit terecht komt. Maar precies de grove manier waarop het recht, met zijn typische wijze van denken, logisch incompatibele concepten in één verhaal weet onder te brengen, is verhelderend. Nu eens staat een objectieve handeling (ontsnapping) centraal als toetssteen voor de juridische interpretatie, dan weer is het de juridische kwalificatie van het subject (gevangene) die naar een interpretatie leidt. In het spanningsveld van beide alternatieven moet een juridisch geldige beslissing genomen worden, die zal luiden: 'Dat mag niet !' Die beslissing kan niet anders dan arbitrair zijn, maar omdat ze juridisch geldig is, lijkt ze ook legitiem te zijn. Tot een niet-jurist, bijvoorbeeld een compromisloze fan van Steve MacQueen, aan die legitimiteit begint te twijfelen.

## Noten

<sup>1</sup>Bert Van Roermund, *Themis' terzijde: omtrekken van rechtsfilosofie*, Nijmegen, 1990.

<sup>2</sup>Herbert L.A. Hart, *The concept of law* (2<sup>nd</sup> Ed.), Oxford, 1994.

<sup>3</sup>Hart, *o.c.*

<sup>4</sup>Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wenen, 1960.

<sup>5</sup>Róbert M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.), 1986.

<sup>6</sup>Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Londen, 1986.

<sup>7</sup>Pierre Legendre, *L'ineestimable object de la transmission: étude sur le principe généalogique en Occident*, Parijs, 1985.