

‘Juridische correctheid’ is nodig

SERGE GUTWIRTH^a



Panopticon, 36 (5), 425-432

© 2015 Maklu | ISSN 0771-1409 | September 2015

^a Faculteit Recht en Criminologie, Vrije Universiteit Brussel (Corresp.: serge.gutwirth@vub.ac.be).

HET POLITIEKE STICHTINGSVERHAAL

Westerse democratische rechtsstaten koesteren een hardnekkig stichtingsverhaal dat door hun grondwetten wordt uitgedrukt. Bovendien werden de basisingrediënten van dit verhaal (via kolonisatie en dekolonisatie) geëxporteerd in zowat alle constituties ter wereld en zijn ze overgenomen in de verdragen van hedendaagse internationale en supranationale organisaties. De Westerse staatsvorm werd zo verheven tot universele maatstaf van politieke organisatie en institutionalisering.

Het verhaal is gekend: tussen de chaos van het ‘ieder voor zich’ en de absolute macht van de soeverein ontvouwt zich – in een wisselspel tussen politieke bewegingen en filosofische ideeënontwikkeling – een tussenweg waarin een legitieme staatsmacht wordt geconcipieerd, die ervoor moet zorgen dat individuen hun fundamentele (‘natuurlijke’) vrijheden en rechten misschien niet onbeperkt, maar toch maximaal en substantieel, kunnen genieten. Met andere woorden wordt een orde ingericht die, paradoxaal genoeg, vrijheid garandeert. Vanzelfsprekend sluit dit verhaal naadloos aan bij de belangen van de zich in de 17de-18de eeuw ontwikkelende *tiers état*, die vanuit de rijkdom verworven door handel en productie, macht en invloed op de adel en clerus verwerven: vrijheid van handelen, veiligstelling van eigendom en investeringen, bescherming tegen de willekeur van de machthebbers en tegen het onvoorspelbare plebs.

PLURALITEIT EN DIVERSITEIT

In alle versies van het verhaal worden én fundamentele vrijheden (grondrechten) én het evenwicht van machten voorzien als buffers tegen overdreven en vrijheidsdodende machtsuitoefening. De grondrechten en fundamentele vrijheden functioneren niet alleen als begrenzers van de macht uitgeoefend op individuen (dat is hun ‘negatieve’ of afwerende kant), maar ook als grondslag voor de participatie en emancipatie van de individuen in het collectieve en politieke gebeuren (dat is hun ‘positieve’ of emancipatorische kant). De *checks en balances* maken dan weer dat legitieme machtsuitoefening alleen kan bestaan wanneer ze pluricentrisch is of wanneer *par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*, zoals MONTESQUIEU het formuleerde. Tevens nog is het bestuur gebonden aan zijn eigen spelregels, en kan het slechts politiek legitiem blijven als het kan worden gereconstrueerd als de spreekwoordelijke ‘emanatie van de wil van het volk’ (verkiezingen, representatie, etc.)

Westerse democratische rechtsstaten presenteren zich dan ook graag als uitvinders en hoeders van de bestuursvorm die dictators en autocraten heeft uitgebannen. Maar het ver-

haal gaat nog een stap verder: het beweert ook komaf te maken met de tirannie van de meerderheid, zoals J.S. MILL dat noemde. Dit heeft tot noodzakelijk gevolg dat democratische rechtsstaten kleurrijk *moeten* zijn, want het betekent niets anders dan dat diversiteit van gedachten, visies, opinies, gedrag, relaties, 'opvattingen over het goede leven' en 'levensbeschouwingen' er een wezenskenmerk van zijn. Homogeniteit, monofonie en identiteit behoren te wijken voor heterogeniteit, polyfonie en diversiteit. De gedachten, de woorden en het gedrag zijn vrij: de eerste absoluut, de tweede een beetje minder absoluut, en het derde maximaal, tot het botst met gedrag van anderen, het algemeen belang of de publieke zaak. Althans, dat is *in principe* zo, t.w. zoals het in de politieke architectuur van de mensen-rechtenverdragen en de grondwetten geboekstaafd staat.

DE ROL VAN HET RECHT: TRANCHEREN EN STABILISEREN (RECHTSZEKERHEID BIEDEN)

Toch is het al bij al onmogelijk om vooraf te bepalen of een voorgenomen bestuurshandeling, individuele actie of situatie beantwoordt aan het *in abstracto* vooropgestelde juiste evenwicht. Dat kan alleen later *in concreto* door een gerechtelijke instantie worden vastgesteld. De wetgever, het bestuur, de rechtspersonen en de individuen behoren dat bijgevolg te anticiperen, desnoods met de hulp van consultants en advocaten, maar 100% zeker kunnen ze daarover hier en nu niet zijn.

Ergo: geen persoon of bestuursinstantie kan de juridische legitimiteit van zijn/haar handelingen of beslissingen met zekerheid claimen alvorens er een gerechtelijke beslissing over is gevallen. Op deze laatste kan hooguit worden vooruitgelopen of gespeculeerd. Dat geldt niet minder voor wetgevende en regulerende bestuursorganen, want ook voor wetten en besluiten is het nooit helemaal zeker hoe ze vanuit juridisch oogpunt effect zullen genereren. Wetgeving is inderdaad nog geen recht, het is een rechtsbron. Vandaar overigens de voorziene tussenkomst in het wetgevingsproces van de afdeling wetgeving van de Raad van State: die moet inderdaad zo goed mogelijk anticiperen hoe het met de voorgenomen wetgeving zal vergaan in de handen van de rechters.

Hierdoor is er eigenlijk heel wat speling, en dus vrijheid en discretie, op het moment zelf van het handelen en het besturen. Die speelruimte is bovendien de facto groter bij gerechtelijke achterstand, bij een hoogdrempelige, gewantrouwde en kostelijke justitie, al dan niet zelf het gevolg van een tekortschietend justitieel beleid. Maar hoe dan ook komt censuur of confirmatie door de rechter *altijd* later, echter alleen in voorkomend geval.

Maar als, *als* het zover komt, dan *moet* de rechter beslissen en trancheren. En hij/zij zal dat moeten doen met de riemen – het feitenbestek, de formele rechtsbronnen en de juridische hermeneutiek – die hij/zij dan ter beschikking heeft. Kortom: zelfs al gebeurt het eerder zelden, dan is het toch niet minder zo dat over de legitimiteit van handelingen, gedrag, beslissingen en beleid, finaal en definitief *enkel en alleen* door de rechter kan worden beslist. Alleen gerechtelijke instanties kunnen gezag en kracht van gewijsde, *res iudicata pro veritate habetur* en *ne bis in idem* invoeren en produceren. Juist het gegeven dat er altijd en in alle gevallen een rechter is die *closure* kan en moet bieden, is precies wat we 'rechtszekerheid' noemen: er kan steeds een finale en stabiliserende beslissing komen.

JURIDISCHE CREATIVITEIT EN ONZEKERHEID (OVER DE INHOUD VAN DE JURIDISCHE BESLISSING)

De wetgever noch enige andere 'formele bron van het recht' kunnen de rechterlijke interventie volledig leiden of determineren. Zowel het feitenbestek en zijn context, als de juridische hermeneutiek zelf, kunnen steeds een aanknopingspunt bieden dat een juridisch-herme-

neutische wissel net een beetje anders plaatst, met mogelijke gevolgen voor de eindbeslissing. De weg van de normen naar de rechterlijke vastlegging van de rechtsbetrekking zoals ze door de uitspraak wordt geproduceerd, is geen directe en voorspelbare deductieve lijn. Dat er een beslissing komt, is zeker; wat ze zal inhouden, is dat niet, of alvast veel minder.

De juridische praktijk is immers creatief (in de zin van 'scheppend'). Als rechters daartoe worden geroepen omdat het contentieux niet via een andere (niet-gerechtelijke) weg opgelost geraakt, dan produceren zij de rechtsbetrekking die ontbeert. Zij doen dat *precies* omdat dat recht daar nog niet was en het gebrek eraan zich zo deed voelen dat de zaak ahangig werd gemaakt. M.a.w., en zoals reeds gesteld, kunnen individuen, rechtspersonen of bestuursorganen op het moment van hun handelen ter inschatting van de juridische geldigheid daarvan, alleen maar anticiperen hoe een rechter zou beslissen. Zij kunnen trachten dat anticipatief te sturen (bv. door contracten, door bewijs op te stapelen, door zelf creatieve juridische wegen te bedenken en voor te leggen, ...), maar er blijft steeds een niet te controleren hiaat.

Daarom is er een schrijnend verschil tussen het recht als het geheel van afdwingbare, uit de formele rechtsbronnen afgeleide, abstracte normen, en het concrete door rechters *gemaakte* recht. Wat het recht kenschetst als praktijk (in de zin die I. STENGERS aan dat concept geeft) is precies wat er moet gebeuren om van het ene naar het andere te gaan. Hier, juist in die modus, zit de singulariteit van het recht (en niet in iets volstrekt ononderscheidends als 'normativiteit'). Wordt bijgevolg jurist, elkeen die vanuit de *constraints* van het tot niets anders reduceerbare juridische regime denkt en handelt. Het recht 'passeert' dan ook telkens wanneer iemand *zoals een rechter* naar een *issue* kijkt: via kwalificatie, onderscheiding, identificatie van uitzonderingen, imputatie, enz. in het licht van de vigerende formele rechtsbronnen.

MINDING THE GAP

Het voorgaande impliceert dat een formele gerechtelijke vaststelling van de juridische legitimiteit van het huidige handelen of besturen, op basis van de abstracte normen van gisteren, altijd een zaak van morgen is. Zolang geen rechter zich erover uitsprak, hebben handelingen en bestuursdaden een 'hangende' juridische geldigheid, die helemaal niet tot zeer sterk kan zijn afgetoetst, afhankelijk van het al dan niet geleverde anticipatieve juridische werk ter zake. Daarom zijn dat handelen en besturen evenwel niet minder geldig in het licht van andere soorten van legitimatie dan de juridische, zoals bijvoorbeeld de politieke beslissing, de administratieve maatregel, de ethische voorkeur, de religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging, het expert advies, de economische aanspraak, het eigen voordeel, de stakeholders vergadering, de traditie, *whatever*. Blijft dat handelen echter betwist, om welke reden ook, dan gaat het recht 'passeren', eerst via meer expliciete juridische anticipaties van de protagonisten aangaande wat de rechter zou beslissen, daarna misschien door tussenkomst van specialisten, en ten slotte, als het helemaal vastzit, als er niet op een andere wijze wordt uitgeraakt, door een gerechtelijk verdict (of 'veridictie').

Hoe sterk ook de politieke wetgever, die zelf wordt gedreven door een myriade aan belangen (economische, morele, wetenschappelijke, 'levensbeschouwelijke', etc.), het recht in actie probeert te determineren, stroomlijnen en sturen, lukken kan dat nooit helemaal. Tussen de formele rechtsbronnen waar de jurist mee moet werken en de vastlegging van de concrete rechtsbetrekking passeert immers de creatieve praktijk van het recht. Met andere woorden bestaan er altijd én een temporele kloof én een inhoudelijke kloof tussen het vooraf bestaande normatieve en abstracte recht en de achteraf, door de rechter geproduceerde concrete rechtsbetrekkingen, het concrete recht.

Het zal politici, economen, 'experts', ethici en religieuze leiders, bestuurders en andere actoren wellicht tegensteken, maar een juridische betwisting van de legitimiteit van hun handelen is nooit uitgesloten. Niets, geen daad, geen handeling, geen situatie is immuun voor de doortocht van het recht, en als die uitmondt in het verdict van een rechterlijke instantie, dan zal die uitspraak, zelfs al druist hij in tegen een politiek streven, een ethische voorkeur, een manageriale doelstelling of een wetenschappelijk advies, *toch* 'voor waarheid genomen worden' en gelden. Staat die beslissing sommigen om wat dan ook voor redenen niet aan, dan kan hun reactie daarop alleen maar gericht zijn op de toekomst, en, belangrijk, op de aanpassing en wijziging van de formele bronnen van het recht. In het bijzonder geschieden zulke interventies op wetgevend vlak: politieke cenakels en bestuursorganen zullen dan nieuwe normerende beslissingen treffen over aangelegenheden die te maken hebben met wat juristen de 'materiële bronnen van het recht' noemen, t.w. economie, geschiedenis, ethiek, techniek, wetenschap, organisatie, en ga zo maar door. Ook dat ligt in het verlengstuk van de democratische rechtsstaat want het is wel degelijk de politieke vertegenwoordiging of wetgever die de richting bepaalt in het licht van het gewicht dat hij wenst te geven aan bijvoorbeeld economie, lobbying, wetenschap of ethiek¹. Kortom: van de materiële naar de formele bronnen en ten slotte naar het recht zelf, het gaat om een reeks complexe articulaties.

RUIMTE VOOR ONTSPORINGEN

De kloof tussen het handelen of besturen van nu, en de vaststelling van hun juridische legitimiteit morgen, schept uiteraard een groot gevaar voor ontsporingen. Die liggen voor de hand want het is niet moeilijk om gedreven door allerlei andere motoren en legitimaties na te laten om de juridische geldigheid van dat handelen te anticiperen. Politiek, religie, economie, bestuur, management, eigenbelang, innovatie en het overal gemetastaseerde motto van de competitie, zijn vooral gericht op de verwezenlijking van hun eigen doelstellingen of 'kpi's'. Uiteraard wordt daarbij in sommige organisaties zelfs streng gekeken naar het abstracte recht en zijn normen, al dan niet met behulp van juridische diensten, consultancy-bureaus en juridisch spitstechnologisch afweergeschut, maar mijn punt is dat de ruimte voor onachtzaamheid en misbruik bestaat, gaapt en lonkt. Voorbeelden zijn legio, zowel wat betreft het bestuur als het private handelen.

ONTSPORINGEN BIJ DE VLEET: 'CRISIS', U WEEET WEL

Wat het wetgevingsproces zelf betreft, valt meteen op dat, al is de tussenkomst van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State in principe vereist, die in de praktijk wordt omzeild of onder (tijds)druk gezet. Voeg daaraan toe dat al sinds de jaren 80 een permanente staat van 'crisis'² wordt gecultiveerd die volmachten, spoedprocedures of allerlei delegaties naar de uitvoerende macht legitimeert. De crisis of de uitzonderingstoestand zijn de regel geworden. *Merry crisis and happy new fear*, stond er in 2008 op een Atheense muur geschreven, en

¹ Daarbij wordt die wetgever mogelijks ook nog zelf gecontroleerd door constitutionele rechtspraak, zowel nationaal als inter- en supranationaal. Constitutionele gerechtshoven nemen een bijzondere plaats in, zeker wanneer zij de bevoegdheid hebben om wetgeving aan de grondwet te toetsen: zij bevinden zich dan op een zeer particulier kruispunt van twee regimes van enunciatie, het politieke en het juridische. Dat ze op juridische beslissingen nemen die een politieke draagwijdte hebben, heeft dan ook niets verontwaardigends.

² Politieke en communautaire crisissen, de eindeloze reeks economische crisissen (sinds de oliecrisis), de opeenvolgende financiële en monetaire crisissen; de crisis van de veiligheid, de zware misdaad en het terrorisme sinds de 'loden jaren' in Duitsland, de kippen- en koeien crisissen, de hoofddoeken- en nikabcrisissen, de verkeerscrisis, de crisis van de voorsteden, de energiecrisis, de klimaatcrisis, en noem maar op, tot en met de crisissen in de sport (doping en omkoping). Waar is er geen crisis?

inderdaad, het lijkt er wel op dat alles wat het bestuur wenst aan te pakken eerst een crisis moet worden genoemd, juist opdat dringend en doortastend bestuur dat op de geconstrueerde noodsituatie berekend is, zou worden mogelijk gemaakt en aanvaard. Dat leidt in elk geval niet tot een ernstige juridische anticipatie en evaluatie van de voorgenomen maatregelen en beslissingen, maar eerder tot het perfecte tegendeel daarvan.

DE BIJZONDER BREDE RUG VAN HET TERRORISME

Neem bijvoorbeeld de anti-terrorisme strategie, zoals we die na de *SNOWDEN revelations* beginnen te voorzien. Wanneer het gaat om de vrijheden van expressie, vergadering, geweten, godsdienst, gedachten en om privacy, weten juristen hoe complex het wel is het 'juiste evenwicht' te vinden tussen de vrijheden en rechten van de enen, die van de anderen, de prerogatieven van de staat en het algemeen belang. In het licht van het stichtingsverhaal veronderstelt het tornen aan die rechten dat de overheid zou handelen in het perspectief van een bijzonder streng regime van juridische voorzorg. Het gaat tenslotte om vrijheden en rechten die cruciaal zijn voor de eigenheid van de pluralistische democratische rechtsstaat.

Toch kunnen we vaststellen dat het arsenaal van interventies juridisch volledig uit de bocht is gegaan. Zo blijkt dat het basisprincipe van het vermoeden van onschuld omgeturnd werd in zijn tegendeel, als gevolg van quasi ongelimiteerde en een allesomvattende surveillance, online en offline, altijd en overal, waarin de overheid samenwerkt met privé-actoren, wat leidt tot een angstaanjagende verzameling van gegevens – *big data* – over wat wij dag in dag uit doen en zeggen. Hieruit wordt bovendien door allerlei *smart technologies* en *apps* ook nog afgeleid hoe wij zouden denken, met daaropvolgende mogelijke beïnvloedende interventies. Op zich staat deze evolutie al schrijnend haaks op alles waarvoor het verhaal van de democratische rechtsstaat staat: hoe kan men nog vrij zijn als elke stap wordt gemonitord, en mogelijks ofwel een censurerende interventie *triggert*, dan wel dat ze twee suggesties voor de volgende stappen en vier gepersonaliseerde advertenties genereert ... 'Smart' zal het wel zijn, maar wat met de vrijheid?

Dat een reeks genomen drastische maatregelen zoals de data-retentieverplichting reeds door verschillende constitutionele gerechtshoven ongrondwettelijk werden verklaard, toont het punt genoegzaam aan. Maar zijn die uitspraken meer dan een maat voor niets? De Googles, Facebooks, financiële instellingen en geheime diensten van deze wereld doen gewoon jolig verder.

Juridische voorzichtigheid zien we niet echt, alhoewel er genoeg luide en duidelijke stemmen zijn geweest (onder wie die van Caspar BOWDEN, de net overleden onvermoeibare privacyactivist, die ik hiermee wens te huldigen). Wat we wel zien is een onstuitbare ontwikkeling van *surveillance studies* die het gebeuren objectief wetenschappelijk als een soort natuurlijk fenomeen willen bestuderen, en het zo dus legitimeren (zoals de 19de-eeuwse criminologie dat met de gevangenis deed). We stellen ook een *boom* vast in de industrie van technologische controletechnieken met militaire en civiele toepassingen. En we zijn tenslotte, laten we dat niet vergeten, 'in oorlog', wat natuurlijk ook weer uitzonderingsmaatregelen toelaat (zelfs al zijn een belangrijk deel van de terroristen, dat vergeten we zo graag, jongens en meisjes van bij ons).

NIKABS EN RADICALISERING

Maar het terrorismeverhaal reikt verder juist omdat het nu gaat om religieuze fanaten. Zo'n soort extremisme waren we in de Westerse wereld stilaan vergeten, omdat de katholieken en protestanten zich (mits privileges, zelfs in 'het secularistische' Frankrijk) accommodeer-

den aan het rechtsstatelijke verhaal van de diversiteit aan levensbeschouwingen³. Maatregelen zien thans het licht die, het stichtingsverhaal ten spijt, de vrijheden van geweten, religie en expressie aan banden proberen te leggen ten aanzien van islamitische medeburgers. Het verhaal van het verbod op het vrijwillig dragen van burka's en nikabs is daar een perfect voorbeeld van: geen jurist die er niet aan twijfelt of dit verbod wel te rijmen valt met de religieuze vrijheid van de betrokkenen. En dan maar andere legitimaties zoeken, tot in het absurde, met name in zoiets als de schending van de 'menselijke waardigheid' via de ontkenning van 'het beginsel van de wederkerigheid' wanneer een persoon wordt aangesproken door een ander met bedekt gezicht ... met als uitzonderingen de skimuts en -bril, de helm, de zonnebril⁴, het petje, de chapka, de carnavalmaskers, stofmaskers, de brandweer op interventie, de politie in gevechtskledij, ... Je moet al serieus te kwader trouw zijn om niet in te zien dat het hier om een puur anti-islamitische maatregel gaat, een daad van een radicale seculiere religie, eerder dan van een pluralistische democratische rechtsstaat.

En als klap op de vuurpijl, de strijd die tegen 'radicalisering' wordt gevoerd, uiteraard niet tegen die van de integristische predikers van de marktgodsdienst met zijn ontelbare slachtoffers (toch ook monomanen met één enkel verschroeiend motto, of niet?); of tegen de extremisten van fort Europa ('laat ons de bootjes bombarderen zodat ze ten minste in andere landen creperen'). Neen, het gaat om precies die ene radicalisering die, 'volgens de experts', van islamitische (hang)jongeren terroristen zou maken waardoor alleen zij worden uitgezonderd en geviséerd, soms met allerlei zeer concrete beperkende gevolgen (intrekking paspoort, opvoeding tot burgerschap, toezicht, etc.).

Voorbij het feit dat 'radicalisering' op zich zo ongedetermineerd is dat het een open uitnodiging tot arbitrariteit inhoudt, lijkt elke juridische anticipatie terzake huiveringwekkend: de democratische rechtsstaat heeft absoluut niets te zoeken in de gedachten van de burgers, en dat zelfs als die zouden *zeggen* of *schrijven* dat het kalifaat in Europa moet geïnstalleerd worden. Dat is wellicht radicaal, maar dat mogen niet minder extreme rechtse, linkse, kapitalistische, nationalistische, anarchistische, en andere religieuze ideologieën ook zijn. De gedachten waren toch vrij, en de woorden, toch bijna absoluut, en het privéleven in ruime mate⁵, en dat voor iedereen, niet? Laat de *thought police* maar aan Pol POT, PINOCHET en andere *big brothers* over.

CENSUUR

Maar de uitwassen zijn niet alleen bij de overheid te vinden. Toen de anti-negationisme strafwet in de steigers lag, mochten we ons nog uitspreken tegen zulke censuur, juist in naam van de vrijheid van expressie, en angst dat de rechter, en niet de historici zouden moeten gaan bepalen wat de geschiedenis is geweest. Het debat was hevig en lag natuurlijk zeer gevoelig, maar het moest gevoerd, want waar gaan we naartoe als de vrijheid van meningsuiting niet toelaat idiote, storende of zelfs schokkende gedachten te uiten. Dat lijkt nu op het spel te staan, *vooral* in de privésfeer.

Toen een decaan niet zo lang geleden de kans liet liggen om zijn grote mond op Facebook te houden, en een juridisch niet weerlegde hypothese opperde over de zaak STEVAERT, weliswaar met een dubieuze genderincorrecte insinuatie, dan was het kot ineens te klein.

³ Alhoewel, het aantal aanslagen door niet-islamitische fanaten, die dikwijls inspiratie puren uit 'onze' godsdiensten, vooral in de VSA maar ook in Europa (BREJVIK) is ook groot, ware het niet dat ze toch heel anders worden bestreden.

⁴ Is het overigens niet vooral via de ogen en de blik dat mensen buiten de taal om communiceren?

⁵ Ook dat laatste staat onder druk: als het aan VAN EETVELD ligt moeten de werkgevers, onder het motto 'werkbaar werk' het privéleven van hun werknemers gaan controleren en begeleiden. Werk werkbaar maken moet dus gebeuren door inmenging in het privéleven van de werkenden ... Gaat het zo een beetje?

De pers kreeg er een dagenlang orgasme van, en hij werd, ook omdat hij niet snel genoeg openbaar tot inkeer, boete en zelfgeseling was gekomen door zowat iedereen afgevalen: hij moest aftreden als decaan en in de academie, en weet ik wat nog allemaal. Het geval was nog niet koud, of hetzelfde overkwam een 72-jarige genobeliseerde biochemicus die in een toespraak een flauw grapje had gemaakt over de nadelen van vrouwelijke collega's in labo's. Zo ook kreeg een Brusselse leraar recentelijk ontslag omdat hij in 2012, ook op Facebook, volgens de moeder van een islamitische scholier ongepaste uitspraken over die godsdienst had gemaakt ...

Hoe zouden rechters met die zaken omspringen?

ANTI-JURIDISCHE MAAR OOK ANTI-POLITIEKE SLUIPWEGEN

De hier aangekaarte erosie van de juridische voorzorg komt overigens sterk tot uiting in het licht van de ijver waarmee talloze andersoortige legitimatiekanalen worden gepromoot geïnstitutionaliseerd. Het lijkt wel dat allerlei *softe* (niet-juridische en niet gerechtelijke) fora worden opgetrokken om de genoemde 'passage' van het recht juist te bemoeilijken of uit te stellen, en die de weg naar de rechter zwaarder en langer maken. Soms is dat expliciet, zoals bv. in de *restorative justice* ideologie en maatregelen, soms is het eerder collaterale schade, zoals bij de *Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer*.

Zulke instanties kortsluiten overigens niet zelden ook het politieke proces, en met name het open en participatieve debat dat het veronderstelt. Dat geldt uiteraard voor de Staat, waarvan de regelgeving tot stand dient te komen dus via procedures die garant staan voor informatie, betrokkenheid, controversen en ideologische clashes. Maar het geldt eigenlijk niet minder voor andere openbare instellingen en zelfs voor niet statelijke entiteiten, waarin een bestuur in naam van de gemeenschap moet of beweert te spreken en te handelen.

Tegen deze achtergrond is het welig tieren van intermediaire advies en legitimatie-instanties sprekend. 'Experts' en 'expertpanels' geven advies met een wetenschappelijke of ervaringsdeskundige aanspraak. 'Ethische comités' geven meningen over van alles en nog wat (tot en met het gebruik van kussens bij gedwongen repatriëring van 'illegalen'). Opmerkelijk is dat dit in beide gevallen gebeurt met een loodzware waarheidsaanspraak die alle andere pretendeert te overschaduwen (omdat het wetenschap is, omdat het ethiek is), en dus met een aanspraak die zowel politiek als recht zou binden. Veel ethici verdedigen overigens de rare stelling dat het recht en de politiek ondergeschikt zijn aan ethiek, alsof daar dan wél een absoluut criterium zou liggen. Dat doen overigens ook nog erg veel wetenschappers als zich inschakelen in 'evidence based policy making' of 'ELSA' in innovatieprojecten ('ethical, legal and social aspects'). En dan zijn er nog de 'stakeholders'-fora, de vergaderingen van geselecteerde (hoe?) belanghebbenden, die een politiek proces in scène zetten, dat het voorziene lijkt te kunnen vervangen. En uiteraard, *last but not least*, zijn er de talloze economen en hun instellingen, die met onwaarschijnlijk succes doen gelden dat de markteconomie een onontkoombare realiteit is waaraan alles en iedereen zich moet onderwerpen, terwijl zij er eigenlijk de uitvinders, woordvoerders en torenwachters van zijn.

DE RULE OF POLITICS EN DE ROLE OF LAW

Zo de democratische rechtsstaat als een systeem van fijne articulaties zou moeten functioneren om diversiteit en vrijheid levend te houden, grijpt vandaag de ondergraving daarvan voor onze ogen plaats. Het primaat van de politieke besluitvorming en regelgeving is nochtans duidelijk: binnen het politieke stichtingsverhaal dat orde en vrijheid samen wenst te verwezenlijken, worden de economische, ethische, sociale, culturele, wetenschappelijke,

technische en andere krijtlijnen eerst en vooral op legislatief vlak uitgetekend. Daarom ook dat deze wetgeving, die het sluitstuk is van politiek werk, de primordiale formele bron van het recht is.

Op basis van die wetgeving (en de andere formele bronnen) zal recht worden geproduceerd, teneinde, waar nodig, stabiliteit te genereren, desnoods via de vastlegging van een rechtsbetrekking door een gerechtelijke instantie. Of men dat wil of niet, of dat ethisch, wetenschappelijk, religieus, cultureel of sociaal niet in de smaak valt, of daartegen driehonderdduizend personen komen betogen: zo zal het in concreto zijn. *Res iudicata*.

WAT 'JURIDISCHE CORRECTHEID' ZOU GEEN KWAAD KUNNEN

Aangezien het recht, en alleen het recht, de ultieme concrete beslissing of stabilisatie zal produceren, zijn het besturen en het handelen in een democratische rechtsstaat steeds 'juridisch hangende'. Dat betekent dat het tot de verantwoordelijkheid van elk bestuur, elk individu en elke rechtspersoon behoort om juridisch vooruitziend te handelen, in anticipatie van wat een rechterlijke instantie zou beslissen, desnoods ten nadele van de onmiddellijke realisatie van andersoortige doelstellingen, belangen en ambities.

Aan zulke 'juridische correctheid' (of juridische voorzorg) is vandaag de dag dramatisch gebrek. De weg van het recht en die naar de rechter worden belemmerd en bezet door andersoortige en snellere – economische, 'manageriale', veiligheidspolitieke en ethische – regimes van legitimatie en verantwoording. Bovendien lijken er steeds meer hindernissen te worden opgetrokken die het juridische traject moeilijker en uitzichtloos maken, of die er het zicht van verduisteren en afleiden. Dat is een erg ongezonde situatie, want het door de democratische rechtsstaat gezochte evenwicht wordt precies mede gegenereerd door de concrete rol die het recht erin speelt. Een omkering lijkt bijgevolg dringend aan de orde. Onze politieke verantwoordelijken moeten bij prioriteit de dagelijkse praktijk van juridische voorzorg en de weg naar de gerechtelijke instanties weer gaan stimuleren, vergemakkelijken en ondersteunen. Dat is inderdaad van ver terugkomen.