

Rechtstheorie en Rechtsfilosofie

Het Vel van de Rechter en het Recht van de Filosoof¹

Frank FLEERACKERS

Decaan van de rechtenfaculteit aan de KU Brussel
en visiting scholar aan Harvard Law School en MIT, Cambridge, MA.

¹ Flerackers, F., *Het Recht van de Filosoof. Juridisch Glossarium voor Geschillenregeling*, Larcier, Gent, 2006, 302 p., i.c. 29-48.

1. Dat het verschil of onderscheid tussen mensen onderling bepalend is voor het overleven en welslagen van een samenleving, heeft niet enkel repercussies op politiek en filosofisch vlak. Bovenal genereert deze prozaïsche vaststelling belangwekkende gevolgen als vormend paradigma van recht en juridische effectiviteit. In een illusoire gemeenschap met eenheidsmoraal, aanvaard door elke ingezetene, rust de werking en effectiviteit van een rechtssysteem als bovenhuid op een uniforme morele onderhuid, waarbij voor juridische toepassingen telkens zonder contradictie doorverwezen kan worden naar de gemeenschapsmoraal en dito gedragscode. De rechtstheoretische en -filosofische ideeengeschiedenis van West-Europa weerspiegelt een aanhoudende bevraging van de juridische onderhuid. De stabiliteit van deze onderhuid, hetzij als uniforme moraal of als gemeenschappelijke rede, voert in die bevraging de hoofdtoon,¹ als voorbode van een gegeerde juridische zekerheid. Zelfs het rechtsfilosofische thema *par excellence*, de verhouding tussen recht en moraal, valt terug op deze onderhuidsbevraging, waarbij de menselijke gave tot rationaliteit, de capaciteit tot rede centraal staat.²

De opvoering van een uniforme moraal, religie of rede als onderhuid is van alle tijden. Voor zover een samenleving een homogene structuur vooropstelt en in ideële zin over een homogene onderhuid beschikt, al dan niet van agrarische aard³, blijkt de effectiviteit van het lokale rechtssysteem geworteld in de affectieve impact van dergelijke gedeelde subtext.⁴ De rechtsnorm wordt om effectiviteitsredenen in die subtext geschraagd door onderliggende waarden. De juridische omschrijving van moord als misdaad is dan een rechtstreekse afspiegeling van de morele norm.

2. In deze bijdrage wordt de positie van het recht geanalyseerd tegen de achtergrond van een gewijzigde maatschappelijke context, die uniformiteit ontbeert. Dergelijke analyse is pregnant, complex, gevaarlijk zelfs, en wordt enkel gevoerd door rechtswetenschappers wiens werk in en door praxis bepaald wordt. Praxis of praktijkervaring geldt hier als noodzakelijk onderzoekscriterium, omdat het onderzoeksveld zelf buiten deze praxis onbestaand is: recht komt slechts tot stand in en door de juridische praktijk. Meer nog, er is geen recht buiten de praxis, buiten de casus, buiten het geval. Het perspectief van de externe analist, hoe interessant ook voor de buitenstaander, is van weinig nut voor de rechtspracticus, die het recht tot recht laat komen. De externe rechts-

¹ Fleerackers, F., *Het Vel van de Rechter. Van oordeelsvorming tot conflictregeling*, Larcier, Gent, 2002, 274 p.

² Inderdaad, zelfs de weg tot natuurrechtelijke inzicht werd en wordt steevast aan de hand van deze capaciteit bewandeld. Zoals het de rede is die de mens tot het sociaal contract brengt, is het ook de rede die de mens toelaat het natuurrecht te kennen. Cfr. reeds Aquinas, *Summa Theologica*, art. 1, ad 3um.

³ Zo ook de voorkeur van enkele communitaristen voor kleine, agrarische gemeenschappen, cfr. Sandel, M., *Democracy's Discontent, America in Search of a Public Philosophy*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 123-167. Zie evenwel de kritische bemerkingen van Rorty in Allen, A. en Regan, M., *Debating Democracy's Discontent*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 123.

⁴ In die zin is het misschien betekenisvoller te spreken van "il n'y a pas de hors-subtexte" dan "il n'y a pas de hors-texte" (Derrida) of zelfs "il n'y a pas de hors-contexte" (Oger).

theoreticus of rechtsfilosoof verhoudt zich tot het recht en de juristen zoals een ornitholoog tot een vogel: wat onder theoretici van belang lijkt, raakt doorgaans de practicus niet. Tenzij indien een theoreticus de praktijk in zich draagt, beleeft en ondergaat. Hier dient overigens bevestigd dat geen enkele rechtstheoreticus of –filosoof een exclusief-externe positie bekleedt jegens het recht, waarvan hij als rechtssubject deel uitmaakt.⁵ Doch dit lidmaatschap ontslaat hem geenszins van de plicht tot inname van een praxisgedreven positie, indien hij wenst dat zijn analyse en inzichten enige repercussie zouden hebben op het wezen van zijn onderzoeksveld: de rechtspraktijk.

De singulariteit, maar tevens multipliciteit van de werkelijkheid uiten zich haast letterlijk in de casus. Deleuze omschrijft *l'événement* als toonbeeld van de niet-catalogeerbare realiteit, door *différence* gekenmerkt.⁶ De klassieke wetenschappelijke en wijsgerige blik, die de realiteit in herkenbare en herkende entiteiten opdeelt, druist regelrecht in tegen dit verschil-denken. Begrijpelijk is dit wel, haast letterlijk: de mens wil zijn omgeving be-grijpen, kwalificeren en classificeren zodat de werkelijkheid hanteerbaar wordt. Indien deze realiteit echter aan pogingen tot kwalificatie en classificatie blijkt te ontsnappen, letterlijk on-grijpbaar is, dan dient de denkattitude, die aan de kwalificatiepogingen ten grondslag ligt, in vraag gesteld. Hoe begrijpelijk de heersende denkattitude ook is, vermits *herkenbaar* en *overzichtelijk* hand in hand gaan en aldus onze omgeving inderdaad aan hanteerbaarheid lijkt te winnen, is het de perversie van dit denken die de mens verder van zijn doel brengt dan ooit tevoren. De fixatie op zekerheid door kwalificatie van wat zich niet laat kwalificeren is gedoemd te mislukken. De door deze generationaliseerde kwalificatie en classificatie artificieel gecreëerde zekerheid en hanteerbaarheid sommeert vooreerst de mythe van de ideale, gekwalificeerde en geclassificeerde wereld en roept op tot aanbidding, geïnstitutionaliseerd door de creatie van professionele deelwerelden en hun beambten zoals juristen en economen, met eigen deelvocabularium en rituelen. Hier ontmoeten institutie en deelwereld elkaar volgens steeds dezelfde machtspatronen, die de onzekerheid en de onleefbaarheid van een vliedende werkelijkheid aan banden moeten leggen.⁷ Voorwaar, een waardevolle queeste.

⁵ Hieraan dient toegevoegd dat de strategische positieprong van participant tot waarnemer, dus van intern naar extern perspectief, als onwezenlijk wordt ervaren indien niet omkaderd door onderzoek en attitudevorming. Een uitzonderlijke gebeurtenis van 21 september 2005 leidt tot die vaststelling. Toen een vliegtuig van JetBlue boven Los Angeles een noodlanding uitvoerde, konden de passagiers het nieuwsrelaas live volgen op de cabineschermen en deelden ze in real time de paradoxale ervaring van het interne én het externe perspectief. Vraag is overigens of aldus betekenisvol gesproken kan worden over een duidelijk onderscheid tussen beide. Vooral dient betwijfeld of de positieprong van intern naar extern, en het eraan gerelateerde positionele amalgaam, de onvoorbereide passagiers in hun (zelf)analyse dienstig was.

⁶ DELEUZE, G., *Différence et répétition*, Seuil, Paris, 1969, rééd. Puf, 1997; id. en Guattari, F., *Qu'est-ce que la philosophie?*, Minuit, Paris, 1991.

⁷ Foucault, M., *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Paris, 1966, rééd. 1990. Zie ook: id., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, p. 261-299.

Deze fixatie op zekerheid lijkt echter aan een dubbel falen, het ene met ernstigere gevolgen dan het andere. In eerste instantie staat buiten kijf dat de apologie voor een zekerheidsfilter in een wereld, waarop die filter geen impact heeft, vrij zinloos is. Toch kan zoals hierboven begrip opgebracht worden voor dergelijke pogingen. In tweede en belangrijker instantie, echter, dient onderschreven dat deze pogingen zonder de nodige relativering de mens in stijgende mate afhankelijk maken van een zekerheidsstreven, dat niet alleen onrealiseerbaar is, doch haaks staat op de werkelijkheid en in die zin de mens van de werkelijkheid vervreemdt. Hooguit is het dan ook nog verdedigbaar de zekerheidswens van de actuele mens aan een zekerheidsinstrumentarium te verbinden, waarvan de essentie meteen wordt gerelativeerd én gekoppeld aan een streefdoel dat de mens in staat brengt de dynamische realiteit te begrijpen zonder ze te kwalificeren en classificeren, tenzij vanuit het inzicht dat deze kwalificatie en classificatie op geen enkele wijze afbreuk (kunnen) doen aan de differentieële eigenheid van de werkelijkheid.

3. En dat is in het bestaande rechtsdenken en rechtsonderwijs nu net onmogelijk. Eerder werd reeds uiteengezet op welke wijze ons rechtsonderwijs node als multiplicator voor het geldend juridisch denken fungeert en waarom dit rechtsdenken jammerlijk faalt in zijn vereiste congruentie met de gewijzigde en wijzigende realiteit.⁸ De specificiteit van deze realiteit wordt door Derrida onder meer in het begrip *différance*⁹ verwoord. Letterlijk verwoord, want door de substitutie van een enkele letter ontstaat een verwoording van de werkelijkheid, die veeleer dynamisch dan statisch is en in die zin de realiteit toepasselijk en toe-passend verbeeldt. De samenvoeging van kernbegrippen *verschil* en *uitstel* in eenzelfde lemma toont aan hoezeer beide in onderling verband de werkelijkheidsdynamiek weergeven. Hoe complex deze verhouding ook is, de jurist dient uit de samenhang tussen beide concepten te begrijpen dat de realiteit (van de casus) nooit definitief tot stand wordt gebracht of gebracht kan worden; dat deze realiteit nooit *als* dusdanig *gedefinieerd* kan worden: afgeleidend, vastgezet, vastgesteld; dat realiteit en casus hun dynamiek en hun diversiteit *per definitie* behouden (indien dan toch gedefinieerd dient te worden). Zulks betekent ook dat juristen in hun kwalificatiehonger de casus niet enkel doordenken doch ook dooddenken omdat ze vastankeren wat niet verankerd kan worden. En dus sluiten ze in hun zekerheidsqueeste de weg af naar datgene, wat ze zoeken: de *waarheid* van de casus, die zich pas openbaart wanneer ruimte en tijd worden gelaten aan de evolutieve context.¹⁰ Die waarheid is dan node dynamisch, zoals enkel een dynamische rechtszekerheid als concept enige kans op slagen heeft. Dit vergt een resolute *Umwertung* van het juridisch discours. De vaststelling dat het streven naar een statische zekerheid van ons rechtsdenken noodzakelijk strandt op de wezenlijke volatiliteit van de realiteit

⁸ FLEERACKERS, F., *o.c.*, p. 155-201.

⁹ DERRIDA, J., *Marges de la philosophie*, Minuit, Paris, 1972.

¹⁰ In die zin luidt de titel van de boekenreeks *De Iure Ferenda* (“wat over het recht gebracht/verzameld moet worden”) niet *De Iure Ferendo* (“over het recht zoals het zou moeten zijn”). Opnieuw betreft dit slechts een verschil van één letter, doch meteen een wereld van verschil, waarbij het Latijnse ‘ferre’ verwijst naar conferre (aandragen, verzamelen in een reeks) én differre (uitstellen, niet meteen willen vastleggen, tot zich laten komen).

en de casus, kan slechts aanleiding geven tot een denkhouding, die de veranderlijkheid en evolutieve aard van die werkelijkheid aanvaardt.

4. Opnieuw is Derrida visionair, waar hij *différent* (verschil) en *différend* (geschil) aan elkaar verbindt.¹¹ Indien concepten als verschil en differentie de structureel dynamische werkelijkheid verwoorden, dan zijn de spiegelbegrippen conflict en geschil evenzeer constitutief voor de wijze waarop die werkelijkheid inzichtelijk kan worden benaderd. En de relatie tussen *différance* en *différend* brengt het begrippenkoppel verschil-geschil dichter bij het uitstelconcept,¹² zodat conflicten niet enkel als niet-negatief¹³ en in die zin neutraal dienen te worden beschouwd doch bovendien als bepalend voor elk realiteitsbeeld. Indien verschillen niet reduceerbaar blijken en geschillen bijgevolg evenmin (weg)rationaliseerbaar zijn, dan moeten juristen node hun als kwalificatie vermomde *découpage* van de werkelijkheid toegeven. Juristen dienen zich te realiseren dat de werkelijkheid *zich* continu *realiseert*: immer wordend, nimmer klaar.¹⁴ Conflicten of geschillen dienen dan ook niet tot oplossing gebracht, doch als uiting van niet-rationaliseerbare verschillen geregisseerd te worden door juristen die in de praxis het klassieke rechtsdenken ontstijgen, een denkvorm die al te zeer op rationalisering stoelt. Toch neigt het menselijk verlangen naar zekerheid, waarheid en oplossingen haast logischerwijze naar rationalisering en reductie. Op zich mag zulk verlangen niet op zijn beurt weggerationaliseerd worden in een soort radicalisme, waarvan Deleuze en Derrida soms terecht beschuldigd werden.¹⁵ De menselijke aard valt op dit vlak louter de facto niet te ontkennen of eenvoudigweg te verwerpen.¹⁶

Hier is enkel een denken van de paradox (para-doxa) op zijn plaats en een verwelkoming of omarming van de onherleidbare spanning tussen tegengestelden en tegenstellingen. Enerzijds geschraagd door de aanvaarding en kennis van de eigen zekerheidshongerige aard en anderzijds gestuwd door de weten-

11 Zie hierover ook: FLEERACKERS, Frank, *Affective Legal Analysis. On the Resolution of Conflict*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, 212 p.

12 Dit is een goed voorbeeld van het creatieve effect van filosofische concepten zoals aangegeven in: DELEUZE, G., en GUATTARI, F., *o.c.*, waar de taak van de wijsbegeerte net wordt omschreven als gericht op conceptuele creatie.

13 Hier wordt niet-negatief geconcipieerd als dubbele negatie, in plaats van als synoniem voor het antoniem positief, leidend tot functionele neutraliteit.

14 Zoals de boom niet groen is, maar *groent* (verdoeyer). Dus geenszins op Hegelianaanse wijze. Cfr. Deleuze, G., en Guattari, F., *o.c.*, waar de dynamiek van wording tegenover de discontinuïteit van het statische moment geldt.

15 Dat onterecht als anti-humanisme werd geduid. Cfr. Ferry, L. et Renaut, A., *La pensée 68. Essai sur l'anti-humanisme contemporain*, Gallimard, Paris, 1985, p. 266. Men kan eerder stellen dat Derrida en Deleuze in hun deconstructie en conceptuele creatie veeleer het humanisme hoopten te redden van de uitwassen van een te ver gedreven rationalisering. Er is geen retour au sujet (Ferry) mogelijk in een gefixeerde, gerationaliseerde wereld. Het denken van de paradox vergt vermoedelijk niet enkel een andere attitude, maar ook een ander mens(wording). Het denken van Derrida en Deleuze is dan om die reden niet toegankelijk voor Ferry, doch evenmin voor Habermas, niettegenstaande diens vooruitgangsgeloof in de kracht van communicatie en taal middels gedeeld begrip. De stelling van Wittgenstein over *ähnliche Gedanken* wint ook hier aan belang.

16 Dat de mens zekerheid als hoofdstreven beschouwt is aantoonbaar: zekerheid inzake werk, recht, leven en liefde staat hierbij centraal.

schap van de onmacht en het falen van de rationaliseringsdrang. Streven naar zekerheid en aanvaarding van onzekerheid gaan dan gepaard als betekenaars én koppel van betekenis: zij zijn de sleutel tot de waarheidsdynamiek van een samenleving die concepten als zekerheid, waarheid, zin en betekenis als niet-statisch invult. De notie dynamische zekerheid of waarheid lijkt in eerste instantie hopeloos postmodern en vooral onhoudbaar, doch blijkt de enig mogelijke uitweg voor de statische fixatie, waartoe de ongebreidelde rationalisering ons gebracht heeft en die uitmondde in het —toegegeven— onhoudbare postmoderne waarheidsbeeld van “chacun pour soi”: ieder een eigen waarheid in het zog van de eigen overtuiging; waarheid als uitwisselbaar goed; waarheid als handelswaar; waarheid als summum van zelfexpressie en zelfwording. Het hoeft geen betoog dat dergelijk waarheidsbeeld meteen ook zelfvernietigend is. Een postmoderne waarheid is geen waarheid, zoals een postmoderne zekerheid evenmin als zekerheid kan aanschouwd worden.

5. Maar hoe kunnen waarheid en zekerheid dan uit de klauwen van een klaarblijkelijk nihilistisch postmodernisme gered worden? Is er überhaupt nog ruimte voor een waarheids- of zekerheidsbegrip in een multiculturele, multimorele, multi-individuele samenleving? Dient deze wereld niet node ter verzaken aan gedeelde waarden, waarheden, zekerheden? Of nog, indien deze uit rationeel oogpunt geponeerd en gelegaliseerd worden in het kader van internationale verdragen, hebben grondwettelijke teksten dan enige band met een door verschillende individuen en volkeren gedeelde onderheid of kan eenvoudigweg verwezen worden naar de publieke rede¹⁷ of naar de dwangloze dwang van het betere argument,¹⁸ dus naar de menselijke capaciteit tot rede en tot ratio, om de effectiviteit van dergelijke teksten te bewerkstelligen? Is de mens, in essentie of in wording, een rationeel wezen waarop deze verdragen gevestigd kunnen worden met het oog op effectieve naleving?

Terecht hekelt Derrida het logocentrisme van ons denken. De nadruk op ratio en taal (want het Griekse ‘logos’ dekt hier beide) is nefast, waar de mens een vermogen wordt toegedicht, dat hem in staat zou stellen zich te ontmenselijken. Ook hier worden niet de verwezenlijkingen van de Verlichting in vraag gesteld, doch de excessen. De kritiek op dit logocentrisme spoort met de bemerking dat het rationaliseringsdenken van Rawls en Habermas, hoezeer ook de vrucht van een sociale vooruitgangsgedachte, on-menselijk is omdat het de menselijke aard op metafysische wijze vervormt. Vanzelfsprekend is het de ratio, die de mens toelaat zijn leefwereld te ontstijgen en een brug te slaan naar het denkkader van de ander. En even vanzelfsprekend is het diezelfde ratio, geholpen door de taal als communicatievorm, die de meeste conflicten en cassussen in een samenlevingscontext tot een door partijen gedeelde oplossing, tot een overlapping consensus¹⁹ brengt. Doch bovenal blijken logos en ratio klaar

17 RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 172-179.

18 HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, sed ook: id., *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992.

19 Dit centraal concept uit: RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972, kan grosso modo beschouwd worden als paradigma van geldend rechtsden-

en duidelijk te falen wanneer het om zogenaamde *hard cases* gaat, conflicten waarbij partijen geen afstand kunnen nemen van de eigen overtuiging en eenvoudigweg *niet tot rede komen*. Conflicten rond abortus, euthanasie, vrije meningsuiting. En wanneer we vervolgens nagaan hoezeer bij de *gewone* casussen sprake kan zijn van daadwerkelijk begrip en aanvaarding middels rede en argumentatie, dan blijkt dat de belofte van ratio en logos ook daar niet waargemaakt wordt, vermits onderhuids de hunker naar afwijkende eigen overtuigingen en dito handelen voortleeft. De rede is, wanneer ze dermate gerationaliseerd wordt, niet meer dan een laag vernis over een schilderij, waarvan de kleuren bij de minste beweging door elkaar lopen.

In feite kunnen Habermas en Rawls ten gronde verweten worden dat ze de rede, dat beloftevolle maar frêle instrument, vernietigen door rationalisering en ontmenselijking. Of, zoals Derrida schrijft: “ce sont les soi-disant philosophes, théoriciens et idéologues de la communication, du dialogue, du consensus, de l’univocité ou de la transparence, ... de la discussion et de l’échange, ce sont ceux qui le plus souvent se dispensent de lire et d’écouter attentivement l’autre, qui font preuve de précipitation et de dogmatisme” Het zijn de dogmatici van de rationalisering, hun teksten vol van rede en communicatie, zonder enige voeling met de praxis, die deze rede en communicatie bezwaren én bepalen. Derrida verklaart hen en Habermas in het bijzonder dan ook schuldig aan “contradiction performative”.²⁰ Dit verwijt is ten aanzien van vele rechtstheoretici van toepassing en meer bepaald op het vlak van een haast blinde idolatrie van het communicatieve. Rede en communicatie bekleden in het dogmatisch rechtsdenken de rol van skelet en ruggemerg. Bij vaststelling van performatieve contradictie kan en moet gewezen worden op de desastreuze gevaren van dergelijke fictieve fixatie.

Het (weg)rationaliseren van het onredelijke door een sublimatie en fixatie van de rede, hoezeer ook met het oog op lovenswaardige doelen zoals rechtszekerheid, is destructiever dan de omgang met onzekerheid. Deze omgang houdt geen loutere aanvaarding in, maar vergt een attitudewijziging jegens de werkelijkheid: “le problème n’est pas celui de dépasser les frontières de la raison, c’est de traverser vainqueur celles de la déraison: alors on peut parler de bonne santé mentale, même si tout finit mal.”²¹ Er is geen andere uitweg. De veelvuldigheid én veranderlijkheid van de wereld rond ons dient zich te vertalen in onze attitude tot die realiteit. En een fixatie op de rationalisering van het logocentrisme leidt enkel tot waanzin.

6. Voor het recht betekent dit een hele ommekeer, gericht op de verwerving van een attitude, die de ratio nog steeds als instrument hanteert, doch vanuit de

ken. Hoe begrijpelijk en verdedigbaar ook, geldt het eveneens als conceptueel voorbeeld van verregaande rationalisering en logocentrisme.

20 DERRIDA, J., *Limited Inc.*, Galilée, Paris, 1990, p. 246-247. Later zou Derrida zich met Habermas verzoenen, doch niet verbatim, rond de Europa-kwestie.

21 DELEUZE, G., *Critique et Clinique*, Minuit, Paris, 1993. Voor Deleuze staan de concepten *multiplicité* en *devenir* model voor een effectieve omgang met de werkelijkheid of *l'événement*. Zie reeds DELEUZE, G., *Différence et répétition*, supra. Dank aan Frédéric Streicher voor zijn fascinerende toelichting.

wetenschap dat dit instrument complex, contradictorisch en contrafactisch is. De rede, zoals we die kennen en gebruiken, heeft de neiging de verhouding tussen mens en wereld, zelfs tussen rechtssubject en rechtsfeit, te vervormen en te fixeren. Hieruit concluderen dat de rede afgedaan heeft is dan ook onzin. Doch met het behoud van de realisaties van de Verlichting dient de mens, en bovenal de mens van het recht, zich over de grenzen van zijn instrumentarium te buigen. Hij dient te beseffen dat een gerationaliseerde en vooral rationaliserende visie op recht, realiteit en samenleving tot meer waanzin leidt en hem geen stap dichterbij de zo gegeerde (rechts)zekerheid brengt. Vervolgens zal hij inzien dat enkel een bijgestuurde visie op zekerheid, in lijn met de dynamisch-wordende werkelijkheid, zijn samenleving en zijn rechtsbestel kan schragen. En tenslotte vergt dit inzicht eveneens een ander zelfbeeld, een andere identiteit, een ander ik. Een inzicht dat, met Deleuze, de voorkeur geeft aan dynamiek boven stabiliteit, aan veelvuldigheid boven uniciteit, aan wat verschillend is boven wat identiek is. Geen voorkeur omwille van de voorkeur, maar uit noodzaak. Omdat de realiteit is wat ze is. En een omgang met die realiteit vereist een attitude, die deze omgang kan *realiseren*.

Om diezelfde reden mag de rechtsdenker zich niet louter onledig houden met algemeenheden of generaliteiten, zoals de filosoof ook zijn tijd verliest met representatiedenken.²² Middels generaliserende representatie trachten filosoof én rechtsdenker vergeefs aan de vliedende werkelijkheid te ontkomen. Doch waar de wijsgeer aldus weinig of geen slachtoffers maakt, een dwalende doctorandus niet te na gesproken, is het voor de mens van het recht onaanvaardbaar om dergelijke attitude aan te houden, vermits de effectiviteit van zijn werkveld er van afhangt. Waar juridische effectiviteit als hoofddoel van rechtstheoreticus én rechtspracticus gehuldigd wordt, zal de jurist node zijn attitude aanpassen aan de werkelijkheid rondom hem. En bijgevolg aan de dynamische, veranderlijke, wijzigende, veelvuldige, meervoudige, dus de niet-vereenvoudigbare, de niet-veralgemeenbare, de niet-rationaliseerbare realiteit.

7. Deze andere omgang met de werkelijkheid leidt dus tot een zeer ongewone, vernieuwende juridische attitude. Indien de jurist enige *greep* of *vat* op de werkelijkheid wenst te krijgen (om nog eenmaal het oude vocabularium te gebruiken), dan zal hij zijn attitude zo goed mogelijk in lijn met die werkelijkheid moeten brengen. Vooreerst zal hij in zijn opleiding zo dicht mogelijk op de *huid* van die werkelijkheid moeten geraken, wil hij de multipliciteit en dynamiek van een conflict of casus aanvoelen of zelfs doorgronden, alvorens *recht te doen* of recht na te streven. Deze attitude staat haaks op de klassieke representatie, vermits niet de fixatie van de werkelijkheid wordt beoogd, noch de generalisatie, maar een dynamisch inzicht in de wijze waarop menselijke interactie zich ontwikkelt en evolueert. Dat de jurist deze menselijke interactie catalogueert aan de hand van dogmatisch systeemdenken is niet eens problematisch voor zover hij zich deze dogmatische ingrepen realiseert en ze de procesuele plaats geeft die hen toekomt, niet meer en niet minder. Dogmatiek is niet gevaarlijk indien de bedienaar ervan meester is en blijft. Mogelijk kan dogmatiek als toonbeeld van generaliserend representatiedenken zelfs bijdragen tot

²² Zie ook: FLEERACKERS, F., *Recht en Representatie: het (post)modernisme voorbij*, *AdVocare* 13.1, *Representatie en Vertegenwoordiging*, Larcier, Gent, 2005, p. 49-56.

beter recht, op voorwaarde dat de jurist zich van het rationaliseringsgevaar bewust is en de werkelijkheidsvervormende ingrepen als dusdanig erkent. In die zin zal hij dogmatische constructies slechts zodanig beschouwen: als temporele, artificiële simplificaties van de werkelijkheid. Het actuele rechtsdenken propageert de rechtsdogmatiek echter als een descriptief-performatief representatiemodel zonder weerga en de doorsnee-jurist hanteert dat model alsof het de realiteit omvat: hem vergaat alle besef van context en subtext, verblind als hij is door de *découpage*, die door de dogmatiek wordt aangereikt. Een statische, eenvormige wereld is zijn deel. Geen wonder dat hij die wereld meent te *vatten*, terwijl de echte, buiten-wereld hem ontgaat.

8. In dit kader loont het de moeite opnieuw de haalbaarheid van een waarheids- of zekerheidsconcept te onderzoeken, gelet op de onbetwistbare, reële verzuchting van menig rechtszoekende. Is er na de postmoderne kaalslag nog ruimte voor dergelijk concept? Is de gelijkstelling van waarheid met (eigen) overtuiging niet meteen als conceptuele zelfdoding te beschouwen? Niet noodzakelijk. In het zog van de affectieve rede²³, als enig valabel alternatief voor een aan rationalisering wegwijnende ratio, is er ruimte voor hoop op een interactief en affectief waarheids- en zekerheidsbegrip. Met de overtuiging deelt deze waarheid het affectieve effect, dat evenwel onontbeerlijk het individuele overstijgt. Met de *onzekerheid* deelt de affectieve zekerheid de dynamiek van het onbesliste, van wat niet of nòg niet geworden is. En dus van wat altijd wordend is. Dit denken en omarmen van de paradox is de unieke weg en beweging tot behoud of begrip van waarheid en zekerheid in een vliedende wereld. Een aanvaarding van zekerheid als dynamisch concept is enkel mogelijk indien degene die dergelijk denkbeeld hanteert in staat is de paradox tussen rust en beweging te incorporeren zodat beweging rust brengt en rust tot beweging aanzet, maar rust en beweging nimmer in elkaar verdwijnen. De spanning wordt nooit opgeheven, zoals ook intermenselijke verschillen en geschillen nooit worden *opgelost* maar hooguit *geregeld*, in afwachting van eeuwig volgende ontwikkelingen zonder einde of slotakkoord. Het dynamisch gegeven zelf zal evenmin als *gegeven* gelden, en met name in de binaire verhouding ten opzichte van zijn statisch tegenbeeld tot *recht* komen. Recht, effectief recht, ontstaat dan in de paradoxale spanning tussen rust en beweging, tussen stabiliteit en dynamiek, tussen waarheid en overtuiging, tussen zekerheid en twijfel. De mogelijkhedenvoorwaarden van deze contradictorische denkhouding zijn menig: ze vergen een interactieve praxis en een plek, plaats of ruimte (*locus*) waar deze praxis tot beweging komt; ze vergen een bewegingsmatrix of –grid (*processus*) die de praxis een dynamische structuur en een spanningskader voorhoudt.²⁴ Doch bovenal vergen ze een handelend subject, waarvan de subjectiviteit niet geobjectiveerd wordt. Dus toch een *retour au sujet*, maar in alle

²³ FLEERACKERS, F., *Het Vel van de Rechter. Van oordeelsvorming tot conflictregeling*, Larcier, Gent, 2002, p. 211-215.

²⁴ Een *processus*, die de mens van het recht ook in staat moet stellen om de multipliteit van de werkelijkheid te benaderen. Vgl. le texte-rhizome van Deleuze: “Nous écrivons ce livre comme un rhizome. Nous l’avons composé de plateaux. ... Chaque plateau peut être lu à n’importe quelle place et mis en rapport avec n’importe quel autre.” Cfr. Deleuze, G. en Guattari, F., *Mille Plateaux*, Minuit, Paris, 1980, rééd. 1997.

paradoxaal realiteit. De mens van het recht is immer zoekend en aanvoelt die status als het noodzakelijke gevolg van een paradoxaal bestaan, waarin hij stabiliteit nastreeft, wetend dat hij ze nooit zal bereiken. Meer nog, hij realiseert zich uiteindelijk dat de enige stabiliteit die hij naar waarde weet te schatten, node dynamisch is.

9. Een attitude, dus. Een denkattitude, in en door de praxis, is wat de mens van het recht zich eigen dient te maken. Een denkhouding ten opzichte van de werkelijkheid als werkelijkheid, zoals ze is. Of beter, zoals ze wordt. Zoals ze *wordend* is. Een attitude, die haaks staat op de heersende fixatie tot representatie. Een attitude, gericht op effectiviteit, en om deze reden affectief. Een affectieve attitude is in die zin een attitude met oog voor de wijze waarop mensen door hun overtuigingen, instituties en andere affectoren geraakt worden en aangezet worden tot het innemen of verlaten van casusposities. Waar bij Derrida het verschil tussen *différence* en *différance*²⁵ om één letter draait, wordt de onlosmakelijke band tussen effectiviteit en affectiviteit op dezelfde wijze uitgelicht. Juridische effectiviteit gaat hand in hand met interactieve affectiviteit. Inzicht en kennis op het vlak van deze affectiviteit leidt tot hogere rechtseffectiviteit. De aangewezen, inzichtelijke schrijfwijze wordt dan: *affectiviteit*. Het gebruik van de “æ” (ligatuur) wijst op de verwevenheid tussen beide noties en hun paradoxaal bestaan. Zelfs in relatie tot de rede schemert zulks door, zoals het concept *affectieve rede* aantoont.²⁶ Het begrip affectiviteit is in dit verband slechts bruikbaar indien de affectieve effecten van de rede, en dus ook van argumenten, er deel van uitmaken. Het door Habermas onderschreven denkbeeld van *de dwangloze dwang van het betere argument* wordt net gedragen en mogelijk gerealiseerd door dergelijk affectief effect. De realisatie van de publieke rede hangt dus, indien überhaupt realiseerbaar, af van de affectieve analyse. Van de *affectiviteit*. Ook voor Deleuze is *raken en geraakt worden* de kern van het menselijk bestaan. En ook voor het recht is de aanvaarding van uitstel in het oordeel en de beslissing (zelfs de adjudicatie) wezenlijk voor een begrip van de intermenselijke verschillen en geschillen. Op dit rechtsveld zijn *différence* en *répétition* haast voelbaar aanwezig. En op dat zelfde juridische forum ontmoeten *différence* en *différance* elkaar. Het is overigens Derrida die strategisch zijn deconstructie niet als een methode aanzag, doch als een *posture*, een attitude, een houding. Een subversieve houding, maar niettemin een houding waarvan hij aan het eind stellig beweerde dat ze de jurist toebehoorde, vermits deze de filosoof van de toekomst is.²⁷ Het uitstel omvat als concept de paradox, die de jurist zich eigen dient te maken middels een affectieve attitude, die hem toelaat een dynamische zekerheid te realiseren. Het uitstel geldt dan als paradoxaal denkbeeld voor een zekerheid, die nooit *vastligt*, maar steeds *verlegd* wordt. En zo kan de eeuwige terugkeer van de differentie, van het verschil, van het geschil en conflict als essentie van het menselijk bestaan bevestigd worden. Gerationaliseerde stabiliteit is dan terecht een fictie en de casus kan onmogelijk gereduceerd worden tot de regel. Niet enkel is die casus uniek,

²⁵ DERRIDA, J., *Marges de la philosophie*, Minituit, Paris, 1972, cfr. supra.

²⁶ FLEERACKERS, F., *o.c.*, p. 212.

²⁷ Cfr. www.indymedia.be/news/2004/04/83119.php. Zie ook, voor een eerdere versie van deze tekst: FLEERACKERS, F., ed., *De Huid van het Recht. Juristen in bevraging*, Larcier, Gent, 2005, in fine.

maar tegelijk veelvuldig én immer wordend. In de herhaling herkennen we bijgevolg niet meer dat wat identiek is, in de herhaling herhaalt zich de differentie zelf. We herkennen en erkennen uiteindelijk wat ons onderscheidt. Zodra juristen dan als prinsen van de differentie, van het verschil, van het geschil, zich over de juridische æffectiviteit van conflicten buigen, analyseren ze de differentie-affectoren van conflictposities, die partijen in hun positiebepaling beïnvloeden, en toetsen ze de mogelijke juridische interventies op hun æffectieve kwaliteit door na te gaan in hoeverre die interventies de geanalyseerde affectoren een antwoord bieden. Zulks in het volle besef dat verschil noch geschil reduceerbaar zijn. Dergelijke attitude kan enkel in een interactieve praxis ontwikkeld worden. Indien verschil en differentie onherleidbaar zijn, is een denkhouding slechts zinvol voor zover deze de dynamiek van interactie voluit laat spelen. Spelen, inderdaad, want in dit spel worden zin en betekenis gecreëerd, komt waarheid (tijdelijk) tot stand. In en door de interactie blijkt de mens in staat om waarheid, met name een waarheid die de postmoderne relativisering overstijgt, zinvol tot ontwikkeling te laten komen. Het is dan ook de interactie zelf, die deze waarheid en zekerheid realiseert. Het is de interactie zelf, die tot æffectief recht komt, hiertoe bewogen door de jurist, die als conflictregisseur zijn nieuwe attitude ten volle uitspeelt. De jurist regisseert de interactie van de conflictpartijen met het oog op de ontwikkeling van interactieve, dynamische waarheden en zekerheden. Of, om het met Deleuze te zeggen: “il n’y a que des mots inexactes pour désigner des choses exactement”²⁸ en dus ook: regels zijn zelfs conceptueel niet verzoenbaar met gevallen. De toepassing van een rechtsnorm op een casus is geen complexe maar een onmogelijke daad. Enkel in en door de interactie tussen partijen kan de jurist met de omschreven attitude een dynamiek van affectoren regisseren en realiseren zodat juridische betekenis, waarheid en zelfs zekerheid gegenereerd kunnen worden. Die juridische waarheid en zekerheid hebben dan geen uitstaans meer met de (weg-)generationaliseerde constructies van het klassieke rechtsdenken. De weg is open voor een herdefiniëring van juridisch zinvol handelen als reflectie (spiegel én denken) van de interactie.

28 DELEUZE, G. en PARNET, C., *Dialogues*, Flammarion, Paris, 1977. Er bestaat sinds 1991 een mooie vertaling van dit werk bij Kok Agora. In zijn boek stelt Deleuze liever straatveger te zijn dan rechter, vermits rechtspraak juist moet zijn. En juiste ideeën zijn slechte ideeën. (p. 26-27). Deleuzes colleges over het affect bij Spinoza bieden een interessante verkenning van affectieve analyse. Cfr. Spinoza, B. de, *Ethica*, Wereldbibliotheek, Amsterdam, 1979, p. 125-199; id., *Korte Geschriften*, Wereldbibliotheek, Amsterdam, 1982, p. 349-362. En zie ook: Deleuze, G., *Spinoza et le problème de l’expression*, Minuit, 1968: “Si nous avons une connaissance des corps extérieurs, de notre propre corps, de notre âme elle-même, c’est uniquement par ces idées d’affections. Elles seules nous sont données: nous ne percevons les corps extérieurs qu’en tant qu’ils nous affectent, nous ne percevons notre corps qu’en tant qu’il est affecté, nous percevons notre âme par l’idée de l’affection. Ce que nous appelons ‘objet’, c’est seulement l’effet qu’un objet a sur notre corps; ce que nous appelons ‘moi’, c’est seulement l’idée que nous avons de notre corps et de notre âme en tant qu’ils subissent un effet.” (p. 131).