

RECHT EN ACTIE-DENKEN

Een essay

door

Johan VERBEKE

Aspirant N.F.W.O.

„Legal systems, unlike scientific and philosophical systems, are not institutions whose goal is truth. Rather their goal is the resolution of disputes in a manageable amount of time. To put it bluntly: getting it over with instead of getting it right“.

J. G. MURPHY

(*Law logic*, in: *Ethics*, 1966-1967, blz. 199)

1. Men zou kunnen stellen dat de taak van het theoretische denken erin bestaat een probleem te zoeken voor elke oplossing ons door het praktische denken geboden. Zo bijvoorbeeld is het niet onwaarschijnlijk dat een filosoof zoekt naar vragen nadat de antwoorden zijn gegeven en naar problemen nadat de oplossingen zijn gevonden. Men zou overigens kunnen poneren dat deze beschrijving karakteristiek is voor de hedendaagse wetenschapsfilosofie (1). Wetenschapsfilosofen van de neopositivistische traditie beschouwen het als hun taak een 'logische reconstructie' van de wetenschappelijke kennis te betrachten. Dit was met name de basisopzet van bekende filosofen zoals Carnap en Reichenbach. Het reflectieve theoretische denken is wezenlijk reconstructivistisch ten aanzien van het praktische actie-denken.

Ook de wetenschapsgeschiedenis levert significante voorbeelden van het *vooruitlopen van de actie op het denken*, van het kunnen op het kennen. De ontdekking van de infinitesimaalrekening door Leibniz en Newton is een voorbeeld van een wetenschappelijke ontwikkeling waarvoor het meer dan een eeuw geduurd heeft vooraleer men erin slaagde een duidelijke en exacte formulering te geven van wat precies ontdekt was. Nog dichterbij ons ligt de uitdaging die erin bestaat dat wij allen op een vrij behoorlijke manier onze taal gebruiken zonder diepgaande noties van het geheel van complexe regels dat dit taal-

(1) DE MEY, M., *Philosophy of science and science of science: an introduction*, *Communication and Cognition*, Vol. 7, nr. 1, 1974, blz. 3-12.

gebruik regelt. Wij weten *hoe* een taal te gebruiken, doch weten nauwelijks *welke* taalregels daarbij in het gedrang zijn. Dit voorlopen van het *kunnen* op het *kennen* sluit aan bij het door Ryle gemaakte onderscheid tussen „*knowing how*” en „*knowing that*”. Men wist al vrij lang hoe een taal te gebruiken, of hoe geldig te redeneren, vóór aler men een taaltheorie of logica ontwikkelde. Wat taal en denken betreft is het zonder meer duidelijk dat het „*knowing how*” veel sneller ontwikkelt dan het „*knowing that*”. Na zovele duizenden jaren dat de mens reeds een taal gebruikt, is de bewuste kennis over het „*knowing that*” van de taal nog altijd relatief beperkt. Men kan dit trachten biologisch te verklaren nl. als een gevolg van de natuurlijke selectie. Het pragmatische op de '*praxis*' betrokken „*knowing how*” is veel belangrijker dan het meer vrijblijvende in de '*theoria*' huizende „*knowing that*”.

Meteen zijn twee basisnoties onthuld: actie enerzijds, theorie anderzijds; het pragmatische aan deze aardse wereld gebonden handelen t.o.v. het speculatieve naar een ideële wereld refererende theoretische schouwen. Actie-denken en theoretisch denken verschillen grondig van elkaar. Een nadere bezinning op dit onderscheid kan ons helpen in een betere localisatie en daardoor evaluatie van het denken *in* en *over* het recht. Het denken in het recht is het *actie-denken* van rechters, advocaten, juridische adviseurs en andere probleemoplossers *in* het recht. Het denken over het recht is het *theoretische denken* van universiteitsprofessoren, wetenschappelijke vorsers, kortom van hen die zich bezighouden met rechtswetenschap. Rechtswetenschappelijk denken is verwant aan het denken van fysici, biologen, psychologen enz... Weliswaar verschilt hun onderzoeksobject, doch niet de aan hun wetenschappelijke activiteit ten grondslag liggende methodologie. In wat volgt zullen wij dan ook, voor zover het theoretische denken aan de orde is, globaal naar deze gemeenschappelijke wetenschapsmethodologie verwijzen (1).

(1) In hetgeen volgt is, om duidelijkheidsredenen, een wellicht te gepolariseerd model van actie- en theoretisch denken ontworpen. Wat laatstgenoemd denken betreft gaan we uit van de klassieke, en daarom door sommigen als gedateerd beschouwde, wetenschapsmethodologie. We baseren ons hoofdzakelijk op: POPPER, K. R., *La logique de la découverte scientifique*, Paris, 1973. Verder onderzoek zou mede rekening moeten houden met de wisselvalligheden die de wetenschapsfilosofie de laatste jaren te beurt zijn gevallen (o.a.: KUHN, T. S., *The structure of scientific revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago, 1962; FEYERABEND, P. K., *Against method: outline of an anarchistic theory of knowledge*, Minnesota studies in the philosophy of science, Vol. IV, 1970, pp. 17-130) evenals met de gegevens van de psychologie en sociologie van de wetenschap (zie: DE MEY, M., *Methodologie en wetenschap*, Gent, 1969, blz. 39-42).

2. Dat het recht, zoals de moraal, op het handelen van de mens betrekking heeft, staat vast. Het recht tracht de handelingen van de mensen in een gemeenschap zodanig te kanaliseren dat daardoor een minimum-orde gehandhaafd blijft. Binnen deze te handhaven basis-orde is ons handelen aldus normaliter door regelen geregeerd. Doch er kunnen twijfels ontstaan over de al dan niet toepasselijkheid van regelen op voorgenomen handelingen en dus over de al dan niet toelaatbaarheid van welbepaalde handelingen. De problemen die alsdan rijzen dienen vlug tot een oplossing gebracht, want ons handelen verdraagt geen uitstel. Dit zgn. *urgentievraagstuk* is ongetwijfeld één van de meest centrale karakteristieken van het actie-denken. Reeds Descartes zag zich, ondanks zijn doorgedreven en op absolute waarheden gevestigde rationalisme, genoodzaakt het onderscheid tussen een actie- en een theoretische wetenschap o.g.v. het urgentieprobleem te stellen:

„les actions de la vie ne souffrant souvent aucun délai, c'est une vérité très certaine que, lorsqu'il n'est pas encore en notre pouvoir de discerner les plus vraies opinions, nous devons suivre les plus probables" (1).

Waar het wetenschappelijke denken zich rustig de tijd kan veroorloven om haar kennis over de wereld uit te breiden en de haar voorgelegde problemen op te lossen, daar is de situatie anders voor het recht en de moraal. Het handelen duldt immers geen uitstel. *Hic et nunc* moet beslist worden welke handeling moet of mag gesteld worden. Dit brengt evenwel meer bepaaldelijk met zich mee dat de rechter (2), gezien het urgentievraagstuk, in zijn actie-denken essentieel deze problemen dient op te lossen die in het theoretische denken niet — want 'nog' niet — oplosbaar zijn. Het urgentievraagstuk, gebonden als het is aan ons handelen in deze wereld, illustreert aldus een eerste belangrijk onderscheid tussen actie- en theoretisch denken: omdat ons handelen geen uitstel verdraagt dient het actie-denken *hic et nunc* binnen een bepaalde tijdslimiet problemen op te lossen die, omdat zij slechts op lange termijn door het theoretisch denken kunnen opgelost worden, door laatstgenoemd denken slechts worden opgelost als ze zich niet meer stellen. De actie loopt vooruit op het denken, zo heette het hoger. Het kunnen prefigureert het kennen.

(1) DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, Parijs, 1966, blz. 51.

(2) Wat wij nu en verder zullen zeggen over de rechter geldt doorgaans ook voor andere rechtspractici.

Dit eerste kenmerk van het juridische denken, als paradigma van het actie-denken, laat ons toe te begrijpen dat de oplossingen geboden door het juridische denken slechts zeer zelden kunnen genieten van het geprivilegieerde statuut van wetenschappelijke waarheden en zekerheden, zoals gegenereerd door het theoretische denken. Vragen naar het wetenschappelijke statuut van een juridische bewering, naar het waarheidsgehalte van een juridische oplossing is dus kennis-theoretisch misplaatst.

3. Een tweede kenmerk van het actie-denken, overigens in nauwe samenhang met het voorafgaande, is het feit dat in dit denken, en dus ook in het praktische rechtsdenken, *beslissingen* genomen, of beter nog geveld worden. Deze bevinding lijkt *prima facie* bijzonder triviaal, maar is desniettemin belangrijk. Het nemen van een beslissing vooronderstelt het bestaan van een keuze tussen diverse oplossingen en het bestaan zelf van deze keuzemogelijkheid bewijst de principiële, d. i. wetenschappelijke, onbeslisbaarheid van het keuzelternatief. De rechter *moet* nochtans *beslissen* op gevaar af zich aan rechtswijgering schuldig te maken (1). De wetenschapper daarentegen, geconfronteerd met een op grond van het theoretische denken niet te beslechten keuzelternatief, *mag niet beslissen* op gevaar af zich schuldig te maken aan een tegen de wetenschappelijke deontologie — nl. de heersende wetenschapsmethodologie — indruisende gedraging. Integendeel, het theoretische denken is pas dan methodologisch gezond als het erin slaagt de keuzemogelijkheid zo breed mogelijk te houden door een zo groot mogelijk aantal rivaliserende alternatieven te genereren (2). Dit is één van de basisgedachten van Popper: de wetenschappelijke bedrijvigheid zo pluralistisch mogelijk houden door systematisch elke beslissing in de vorm van een niet justifyerbare keuze te weigeren en zo mogelijk de alternatieven van mogelijke oplossingen voor een probleem in aantal te doen toenemen.

Het actie-denken zoals dit in de rechterlijke bedrijvigheid tot uiting komt, is daaraan totaal tegengesteld. De kenmerken van dit denken laten zich alweer het best begrijpen vanuit de eigenschappen van het handelen zelf.

Voorafgaand nog aan de bevinding dat ons handelen geen uitstel verdraagt staat het feit dat *de facto* gehandeld wordt, zelfs zo dit

(1) PERELMAN, Ch., *Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance*, in: *Justice et Raison*, Brussel, 1972, blz. 121-132.

(2) BATENS, D., *De rol van ontische factoren in de kennisverzameling*, *Communication and Cognition*, Vol. 6, nr. 1, 1973, blz. 51-69.

handelen door geen regel wordt beheerst (hypothese 1) en dat ons handelen uniek is (d.w.z. dat niet tegelijkertijd meer dan één handeling kan worden voltrokken), zelfs zo dit handelen door meerdere regels wordt beheerst (hypothese 2). Uitgaande van deze triviale bevinding is het bestaan zelf van de rechterlijke beslissing in twee opzichten aan het theoretische denken tegengesteld, want

- a) een rechter moet beslissen ook daar waar op grond van het voorradige normatieve systeem geen beslissing mogelijk is (hypothese 1). De regel van het verbod van rechtsweigering poneert aldus — hoe paradoxaal ook — de principiële d.i. normatieve beslisbaarheid van alle problemen die feitelijk onbeslisbaar zijn (1);
- b) een rechter moet een 'unieke' beslissing vellen ook daar waar op grond van het voorradige normatieve systeem twee of meerdere even plausibele oplossingen mogelijk zijn (hypothese 2).

In het theoretische denken daarentegen moet in het eerste geval nl. daar waar het betrokken rechtssysteem onvolledig is m.a.w. leemten vertoont (2) eenvoudigweg tot de onbeslisbaarheid van het voorliggende geval besloten worden omdat, in acht genomen het principe van identiteit, wat logisch-deductief niet uit het (geaxiomatiseerd) systeem afleidbaar is, überhaupt niet beslisbaar is. In het tweede geval nl. daar waar het systeem inconsistent is m.a.w. antinomiën vertoont (3), beperkt het theoretische denken zich ertoe alle van de inconsistente en even plausibele oplossingen te verwerpen omdat, gezien het principe van niet-contradictie, niets tegelijkertijd zijn eigen ontkenning kan zijn (4).

(1) Hierbij wordt de geldigheid van het legaliteitsbeginsel in één van zijn mogelijke varianten voorondersteld. Zie in dit verband: CONTE, A. G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turijn, 1962, blz. 76-79; RADBRUCH, G., *Rechtswissenschaft als Rechtschöpfung*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialphilosophie, 1906, blz. 355-370, blz. 359: „Die Gewaltenteilungslehre, das Rechtsverweigerungsverbot und die Unvollkommenheit der Gesetze vertragen sich nicht miteinander”.

(2) Zie: PERELMAN, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Brussel, 1968 en de werken gemeld in de vorige noot.

(3) Zie: PERELMAN, Ch. (ed.), *Les antinomies en droit*, Brussel, 1965; ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1975, blz. 156-167; GAVAZZI, G., *Delle antinomie*, Turijn, 1959, vooral blz. 142-135.

(4) De houding van de rechtswetenschap t.a.v. het probleem der leemten en antinomiën verschilt aldus grondig van de houding van de rechtspraktijk. Zeer verhelderend in dit opzicht: ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E., *Normative systems*, Wenen-New York, 1971, vooral blz. 144-180. Zie verder: WILDER, R. L., *Introduction to the foundations of mathematics*, New York-London-Sydney, 1965, blz. 23-53; PERELMAN, Ch., *Le problème des lacunes en droit. Essai de synthèse*, in: PERELMAN, Ch. (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Brussel, 1968, blz. 538: „Dès que le juge se rend compte de l'existence d'une lacune, il est obligé de la combler. Or, par définition, dans un système incomplet, il n'existe pas de technique relevant de la logique formelle permettant de rattacher à ce système une proposition qui en est indépendante”.

4. De rechter daarentegen beslist, onafgezien van het feit dat de betrokken rechtsorde onvolledig en inconsistent is. Daarbij komt dan nog — en dit mag wellicht ijdel lijken in de ogen van het theoretische denken — dat zijn beslissing bekleed wordt met het gezag van gewijsde m.a.w. dat niettegenstaande het zeer precaire karakter van de grondslag van de juridische beslissing — want de rechter beslist het onbeslisbare — zijn beslissing „*pro veritate habetur*” (1). De rol van deze fictie is alweer te begrijpen vanuit de materiële contingenties van ons handelen. Zo het waar is dat ons handelen geen uitstel verdraagt, zo is het evenzeer waar dat ons handelen niet steeds opnieuw 'in Frage' kan worden gesteld. Een rechterlijke beslissing, als uitdrukking van het actie-denken, heeft daarom een definitief karakter. Want alleen dan is de door het recht nagestreefde orde en rust gegarandeerd. In twee opzichten wijkt het theoretische denken hiervan af.

Vooreerst is de gedachte alleen reeds aan 'definitieve' waarheden totaal onwetenschappelijk. Popper's doorgedreven eis van voortdurende en nooit tot rust komende falsificatiepogingen illustreert dit vrij duidelijk. Theoretisch denken stelt zich essentieel tot doel bereikte resultaten opnieuw in vraag te stellen. Vandaar dat in de wetenschapsmethodologie gesteld wordt dat zelfs theorieën slechts voorlopige oplossingen zijn die het statuut van — al weze het vooralsnog geconfirmeerde — hypothesen niet te boven gaan. Definitieve waarheden en *a fortiori* hypothesen die voor definitief waar moeten gehouden worden treft men in het theoretische denken uiterst zeldzaam aan:

„Il est tout à fait exceptionnel qu'intervienne formellement en matière scientifique, une décision ayant l'autorité de la chose jugée. Qui aurait la compétence, le droit et le pouvoir, en cette matière, d'interdire l'examen de certaines questions?” (1)

Doch ook in een ander opzicht is het actie-denken zoals dit tot uiting komt in het recht totaal tegengesteld aan het theoretische denken. In het actie-denken bedient men zich van *ficties*. Ficties zijn op louter

(1) ZIEMBINSKI, Z., *La vérification des faits dans un procès judiciaire*, Logique et Analyse, 1963, blz. 385-396, blz. 388: *Le but du procès est de résoudre un conflit social une fois pour toutes et c'est pourquoi en principe 'res judicata pro veritate habetur'*. Le savant peut finir ses recherches par la conclusion que ni la thèse en question ni sa négation ne peuvent être prouvées sur base des informations disponibles au moment donné. Le juge est obligé de donner une réponse ferme.

(2) PERELMAN, Ch., *La spécificité de la preuve juridique*, in: *Justice et Raison*, Brussel, 1972, blz. 212.

conventionele basis tot stand gebrachte aannamen, die op geen enkele manier mogen worden beschouwd als voorlopige en dus te verifiëren uitspraken over een bepaalde stand van zaken. Ficties hebben omwille van hun absolutistisch (ze mogen niet betwist worden) en conventionalistisch (ze zijn ook onbetwistbaar) karakter een anti-wetenschappelijk statuut. Hun rol in het praktische handelen is nochtans nauwelijks miskenbaar. Ficties maken het handelen grotendeels mogelijk en spelen daarom juist in het actie-denken zo'n prominente rol. In het theoretische denken daarentegen ontmoet men geen ficties doch *hypothesen* wier statuut volkomen tegengesteld is aan eerstgenoemde ficties. Ficties zijn, zo zeiden we, louter conventionalistisch en bewerden geen uitspraken over een welbepaalde stand van zaken te zijn. Integendeel, de reden zelf van hun bestaan is meestal hierin gelegen dat zij op geen enkele wijze met een welbepaalde stand van zaken overeenkomen. Indien men deze ficties dus aan de wetenschappelijke falsificatietest zou onderwerpen, dan is er veel kans dat alle ficties systematisch en succesvol zouden gefalsificeerd worden. Denken we bijvoorbeeld aan de belangrijke fictie die men in quasi alle rechtsorden ontmoet nl. de zgn. fictie van de rationaliteit van de wetgever die stelt dat de rechter bij de interpretatie en toepassing van het recht de betrokken rechtsorde moet beschouwen als zijnde helder (duidelijkheid der begrippen), volledig (afwezigheid van leemten) en coherent (afwezigheid van antinomiën). Deze fictie druist manifest tegen de feiten in en vindt daarin precies haar bestaansreden. Eigen aan ficties is dat naar hun waarheid of valsheid niet wordt gevraagd omdat zij, vals zijnde, voor waar moeten gehouden worden (1). Tegenover het fictiebegrip in het actiedenken staat het hypothesebegrip in het theoretische denken. Een hypothese is steeds een uitspraak over een bepaalde stand van zaken en daarom ten alle tijde voor verificatie (confirmatie) of falsificatie vatbaar. Hypothesen zijn voorlopige formuleringen waarvan de waarheid tijdelijk verondersteld wordt doch m.b.t. dewelke het tegenbewijs niet alleen is toegelaten doch zelfs bewust en actief gezocht wordt.

5. Daardoor komt ook duidelijk te staan, zoals hoger reeds terloops genoteerd, dat de beslissingen die in het actie-denken genomen worden

(1) PECZENIK, A., *Empirical foundations of legal dogmatics*, in: PERELMAN, Ch. (ed.), *Contributions polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique*, Études de Logique Juridique, Vol. III, Brussel, 1969, blz. 43-53. Zie verder: FORIERS, P. (eds.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Brussel, 1974, blz. 17: „Alors que les présomptions se fondent sur l'ordre normal des choses, la fiction, elle, contredit la vérité: elle en prend le contrepied. C'est un mensonge: ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat convenable”.

geen absolute waarheidsaanspraak hebben. Waar de *rationaliteit* van het theoretische denken gegarandeerd wordt door het zgn. verificatiecriterium dat stelt dat een uitspraak pas dan wetenschappelijk significant is wanneer haar waarheid of valsheid kan worden aangetoond, daar wordt de *redelijkheid* van het actie-denken bepaald door de plausibiliteit en de pragmatische relevantie van de beslissing die ons handelen in deze wereld mogelijk maakt (1).

In het theoretische denken is een oplossing waar of vals. In het praktische actie-denken is een oplossing meer of min plausibel, meer of min overtuigend, meer of min aanvaardbaar (2). Dit onderscheid vindt zijn grondslag in het feit dat het theoretische denken *descriptief* is zodat de waar/vals dichotomie daar centraal staat. Het actie-denken is daarentegen *prescriptief*:

„Looked at from a practical angle, action theories are richer than the theories of science in that — far from being limited to accounting for what may or does, did or will happen regardless of what the decision-maker does — they are concerned with finding out what ought to be done in order to bring about, prevent, or just change the paces of events or their course in a preassigned way” (3).

De normativiteit van dit denken impliceert dat, gezien normen noch waar noch vals zijn, haar uitspraken niet aan de verificatietest — de opperste rechter in het theoretische denken — kunnen onderworpen worden. De rechterlijke beslissing is zelf een normatieve act. Dit maakt begrijpelijk dat in het recht het 'voor' en het 'tegen' kan gepleit worden door partijen aan wie bij middel van het contradictoire karakter van de rechtspleging een gelijkberechtigde positie wordt gegarandeerd. In het theoretische denken daarentegen is de gedachte zelf aan een pleidooi totaal ondenkbaar want feiten — in tegenstelling tot normen — spreken voor zichzelf en de waarheid of valsheid van wetenschappelijke beweringen is niet datgene dat wij er van maken, doch datgene dat door de feiten als dusdanig wordt bevonden.

(1) RECASENS SICHES, L., *The logic of the reasonable as differentiated from the logic of the rational*, in: *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, blz. 192-221.

(2) Zeer verhelderend: GIULIANI, A., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, vooral blz. 81-95.

(3) BUNGE, M., *Toward a philosophy of technology*, in: MITCHAM, C., MACKEY, R. (eds.), *Philosophy and technology. Reading in the philosophy of technology*, New York-London, 1972, blz. 63. Het technologische denken staat tegenover het wetenschappelijke denken, zoals het denken in het recht staat tegenover het denken over het recht. Zie verder: RECASENS SICHES, L., *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1962, pp. 409-446, blz. 419: „La funzione giudiziale comporta valutazioni e la sentenza di conseguenza è essa stessa un giudizio assiologico”.

Want het actie-denken heeft tot object het *bediscussieerbare*, terwijl het theoretische denken tot object het *evidente* heeft. En wat bediscussieerd wordt is niet evident en wat evident is wordt niet bediscussieerd. Daarom dat rechtscontroversen altijd zullen bestaan, doch dat wetenschappelijke controversen gedoemd zijn te verdwijnen. Daarbij aansluitend staat het feit dat terwijl in het actie-denken wordt geargumenteed, in het theoretische denken wordt bewezen. De juridische '*argumentatio*' staat hier tegenover de wetenschappelijke '*demonstratio*'. Van een argumentatie wordt gezegd dat ze relevant of irrelevant, sterk of zwak is. Van een bewijs daarentegen wordt gezegd dat het hetzij verkeerd en waardeloos, hetzij correct en dwingend is. Een argumentatie verwijst naar het plausibele, het waarschijnlijke, het mogelijke. Een demonstratie verwijst naar het zekere, het noodzakelijke, het dwingende, het evidente. Waar de theorie van de argumentatie een zaak is van het actie-denken (1), daar is de theorie van het bewijs een zaak van het theoretische denken (2).

6. Omdat het actie-denken normatief is en normen slechts relevant zijn m.b.t. de toekomst en totaal onverschillig staan t.a.v. het verleden, is het actie-denken essentieel *prospectief*. Want alle actie is uiteraard en uitsluitend op de toekomst gericht. Radicaal daartegenover staat het theoretische denken en de wetenschap in het algemeen. Als wij wetenschap willen, dan zullen we die moeten opbouwen en opgebouwd is de wetenschap slechts voor zover haar uitspraken *tot nog toe* bewaarheid zijn geworden. Wetenschappelijke uitspraken zijn daarom historische uitspraken en theoretisch denken is daarom wezen-

(1) PERELMAN, Ch., OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Parijs, 1958; PERELMAN, Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Parijs, 1976, blz. 109; „Alors que les raisonnements démonstratifs, les inférences formelles sont corrects ou incorrects, les arguments, les raisons que l'on fournit pour ou contre une thèse, sont plus ou moins forts, et font varier l'intensité d'adhésion d'un auditoire. Toutes les techniques d'argumentation visent, en partant de ce qui est admis, à renforcer ou à affaiblir l'adhésion à d'autres thèses, ou à susciter l'adhésion à des thèses nouvelles, celles-ci pouvant d'ailleurs résulter de la réinterprétation et de l'adaptation des thèses primitives”.

(2) BETH, E. W., *Moderne logica*, Assen, 1969. Voor de logica van het actie-denken, zie: LADD, J., *The place of practical reason in judicial decision*, in: FRIEDRICH, C. J. (ed.), *Rational decision*, New York, 1962, blz. 126-144; APOSTEL, L., *Practical modalities, practical inference and practical knowledge*, Communication and Cognition, Vol. 9, nr. 3/4, 1976, blz. 173-218; QUINTAS, A. M., *Scienza e problematica nell'applicazione del diritto*, in: ORECCHIA, (ed.), *Diritto e potere. Il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto*, Milaan, 1966, blz. 325-341, die terecht wijst op de uitspraak van Aristoteles zoals deze door Thomas van Aquino werd overgenomen: „Secundum Philosophum certitudo non est similiter quaerenda in omni materia. In actibus enim humanis, super quibus constituuntur judicia, et exiguntur testimonia, non potest haberi certitudo demonstrativa, eo quod sunt circa contingentia et variabilia; et ideo sufficit probabilis certitudo, quae ut in pluribus veritatem attingat, etsi in paucioribus a veritate deficiat” (blz. 332).

lijk *retrospectief*. Tot stand komt de wetenschap slechts in zoverre feiten in hun voortdurende herhaling tot nog toe waar bleken geweest te zijn. Vandaar dat in de wetenschapsmethodologie de oorspronkelijke eis van absolute verifieerbaarheid herleid werd tot de relatieve eis van confirmeerbaarheid om tenslotte te worden verzwakt tot de negatieve eis van falsifieerbaarheid. Het theoretische denken spoort aldus *wetten* op waarvan zij kan stellen dat zij tot nu toe golden, terwijl het actie-denken *regels* en normen genereert waarvan zij stelt dat zij van nu af aan zullen gelden. Waar het theoretische denken de zuivere kennis van een vervolgen verleden nastreeft, daar beoogt het actie-denken de succesvolle handeling in een onzekere toekomst (1).

7. Omdat de beslissingen geveld door het actie-denken een normatief karakter hebben en de resultante zijn van een redelijke argumentatie betreffende datgene dat bediscussieerbaar is en ook na het vellen van de beslissing bediscussieerbaar blijft, is de rol van het subject in het actie-denken nauwelijks te onderschatten. Omdat in het recht beslissingen worden geveld die niet de dwingende resultante zijn van een rigied logisch deductief proces staat het vraagstuk van de *autoriteit* van het beslissende subject, met name de rechter, in het rechtsdenken centraal. In het actie-denken wordt daarom aan deze subjectieve factor aandacht geschonken.

Daartegenover staat de vrijblijvendheid van het subject in het theoretische denken. De ganse wetenschapsmethodologie kan worden opgevat als een groots opgezette poging om de rol van het subject in de wetenschappelijke bedrijvigheid maximaal te elimineren, zij het dat deze eliminatiepoging in bepaalde gevallen moet worden uitgesteld. Idealiter is de wetenschap, of wil de wetenschap zijn, een weten dat de werkelijke verhoudingen weergeeft zoals ze op zichzelf zijn, onafhankelijk van de tussenkomst van het onderzoekend subject. Het theoretische denken zegt slechts 'hoe het is', 'doet niets', m.a.w. de wetenschapper spreekt in naam van de realiteit op zichzelf. Deze waarde-vrijheid van het theoretische denken is in waarheid de meest scherpe uitdrukking van haar objectiviteitsideaal.

Tegenover de *vrijblijvendheid* van het theoretische denken staat de *betrokkenheid* van het actie-denken:

(1) RAY, J., *Essai sur la structure logique du code civil français*, Parijs, 1926, blz. 146: „La règle de droit n'a de sens qu'orientée vers l'avenir.”

„whereas the scientist's success depends on his ability to separate his object from himself, the technologist's ability consists in placing himself within the system concerned — at the head of it. This does involve partiality, a *parti pris* unknown to the pure researcher" (1).

En daarom staat het vraagstuk van de autoriteit zo centraal in het actie-denken en zo perifeer in het theoretische denken. Aangezien in laatstgenoemd denken de rol van het subject geminimaliseerd is kan aldaar geen sprake zijn van eender welke vorm van 'parti pris'. Er zijn daar immers noch waarden, noch normen in het spel, doch enkel feiten — zo zeiden we reeds — spreken nu eenmaal voor zichzelf. Het autoriteitsvraagstuk is aldus in het theoretische denken vrijwel irrelevant.

Dit manifesteert zich het duidelijkst in de drie navolgende opzichten :

- a) vooreerst dienen in hoofde van het subject van het theoretische denken geen bijzondere bevoegdheidsvereisten te worden vervuld. Konkreet betekent dit dat elkeen die dit wenst, aan wetenschappelijk onderzoek mag doen ;
- b) voorts kiest dit subject vrijelijk zijn onderwerp van onderzoek. Dit uit zich o.m. in de dadaïstisch georiënteerde speelsheid waarmee topics voor wetenschappelijk onderzoek worden geselecteerd, en alwaar de meest marginale en onschuldige lijkende probleempjes tot fascinerende onderzoeksprojecten worden verheven ;
- c) tenslotte is het subject in het theoretische denken totaal vrij te beslissen hoe het bewijs voor haar stellingen zal worden geleverd. Alle bewijsmiddelen zijn principieel toelaatbaar mits zij uiteraard conform de heersende wetenschapsmethodologie gebruikt worden.

De rol van het subject in het actie-denken, denken we bijvoorbeeld aan de rechter, wijkt van dit beeld in sterke mate af. Omdat de rechter uitspraak doet in zaken waar waarden in het gedrang zijn en die daarom bediscussieerbaar zijn, omdat de rechter moet beslissen in het onzekere nl. daar waar noch van dwingende noodzakelijkheden, noch van onomstootbare evidenties sprake is, daarom staat de vraag naar het gezag van de rechter in het rechtsdenken zo centraal :

„c'est par ce que l'argumentation juridique n'est pas simple calcul, mais appréciation de la force de tel ou tel raisonnement, que la liberté et l'indépendance du juge constituent un élément essentiel dans l'administration de la justice. Il n'est question ni de corrompre, ni d'apitoyer, ni d'intimider une machine à calculer, mais le juge, lui, a un pouvoir de décider et donc une responsabilité corrélative, qu'il peut exercer à bon ou à mauvais escient" (1).

(1) PERELMAN, Ch., *Logique formelle, logique juridique*, in: *Justice et Raison*, Bruxelles, 1972, blz. 222.

Met betrekking tot de drie hogergenoemde aspecten betekent dit dan dat:

- a) in hoofde van het subject van het actie-denken bijzondere bevoegdheidsvereisten moeten zijn vervuld. Zoals geweten staat het *competentievraagstuk* centraal in het recht en is zelfs prealabel aan het onderzoek ten gronde omdat de validiteit van de juridische beslissing op de eerste plaats daarvan afhangt (1);
- b) de rechter niet vrij kennis neemt van de zaken die hij beslissen zal. Integendeel, de rechter wordt *gevat*;
- c) de *bewijsregeling* in het recht doorgaans gereguleerd is: de toegelaten bewijsmiddelen zijn beperkt in aantal en wettelijk gehiërarchiseerd. De autoriteit van de rechter hangt daarbij mede af van zijn passiviteit zodat het de partijen zijn, en niet de rechter, die de bewijslast dragen (2).

8. Het voorafgaande essay, waarbij het rechterlijke denken als paradigma van het actie-denken werd geplaatst t.o.v. de rechtswetenschap als paradigma van het theoretische denken, beweert geenszins af te zijn. Het beoogde op de eerste plaats het onderscheid tussen het actie-denken enerzijds, het theoretische denken anderzijds, duidelijk te stellen om zodoende vaak voorkomende verwarringen te voorkomen. De methodologie van het theoretische denken (en dus ook van de rechtswetenschap die o.m. het rechterlijke actie-denken zelf tot onderzoeksobject heeft) is immers niet dezelfde als deze van het actie-denken (bijaldien zo'n methodologie bestaat), zodat laatstgenoemd denken dan ook niet kan getoest worden aan de methodologische criteria van eerstgenoemd denken. Dit is nochtans hetgeen vaak gebeurt: men vraagt naar het waarheidsgehalte van rechterlijke beslissingen, naar de formeel-logische structuur van het rechterlijke besluitvormingsproces, naar de rationaliteit van het rechterlijke handelen, doch komt daarbij doorgaans bedrogen uit. Men besluit dan ook tot de cognitieve zinloosheid, de illogiteit en irrationaliteit van de rechterlijke bedrijvigheid. Vergeten wordt echter dat deze concepten, die stammen uit het methodologische begrippenarsenaal van het theoretische denken, totaal vreemd zijn aan de denkcategoriën van het actie-denken. De zopas gestelde vragen zijn zonder meer

(1) BOONIN, L. G., *The logic of legal decisions*, Ethics, 1964-1965, blz. 182.

(2) ZIEMBINSKI, Z., *La vérification des faits dans un procès judiciaire*, Logique et Analyse, 1963, blz. 385-396.

misplaatst, behoren — zo kan men het uitdrukken — tot een andere „universe of discourse”. Dit aan te tonen, wellicht nog op een te intuïtieve manier, was onze opzet (1).

SOMMAIRE

LE DROIT ET LA RÉFLEXION DANS L'ACTION

Pour que praticiens et théoriciens du droit ne demeurent pas plus longtemps enfermés dans l'isolement de leurs activités respectives et que se noue entre eux un dialogue fructueux, il convient au préalable de rechercher une meilleure localisation et, par là, une meilleure évaluation du travail de réflexion en droit et à propos du droit. Si la réflexion à propos du droit, c.-à-d. la science juridique, en appelle aux principes de base de la méthodologie scientifique en général, tel ne semble pas être le cas de la réflexion en droit qui, parce qu'elle se trouve en prise directe sur l'action de l'homme dans la société, peut sans doute le mieux se caractériser comme une réflexion dans l'action. A l'opposé de la gratuité de la réflexion théorique, la réflexion dans l'action des juges et autres personnes appelées à trancher des problèmes en droit se trouve en prise directe sur l'action dans ce monde. La spécificité de cette réflexion dans l'action peut dès lors le mieux s'éclairer au départ des caractéristiques mêmes de cette action. 1) Notre action ne souffre pas de délais: même lorsqu'il y a doute sur l'applicabilité ou l'inapplicabilité de règles aux actes projetés et donc sur la licéité ou l'illicéité de ces actes, des décisions doivent être prises à bref délai (le problème de l'urgence). 2) En préalable à la constatation que notre action ne souffre pas de délais, il y a le fait que l'on agit même si les règles devant régir cette action font défaut (lacune) ou sont contradictoires (antinomie). Le juge doit décider sous peine de se rendre coupable de déni de justice (le problème du caractère complet et de la consistance des ordres juridiques). 3) S'il est vrai que notre action ne souffre pas de délais, il est tout aussi vrai que notre action ne peut à chaque fois être remise „en question”, de sorte que pour garantir la paix et l'ordre recherchés par le droit, la décision judiciaire „pro veritate habetur” (le problème des fictions dans le droit). Jointes à d'autres, ces caractéristiques de l'action contribuent à faire voir que la réflexion dans l'action doit répondre à des exigences étrangères, dans leurs principes, aux critères méthodologiques régissant l'activité scientifique. Il est clair dès lors que lorsqu'on apprécie cette réflexion dans l'action sur base des critères de la réflexion théorique et inversement, on se trompe dans les deux cas. Un dialogue entre la réflexion en droit et la réflexion à propos du droit ne s'avérera fructueux que lorsque, dans les deux camps, on prendra conscience des lois et conventions régissant leurs activités respectives.

(1) Een gelijkaardige bekommernis ligt aan de basis van het hogervermelde werk van Alessandro GIULIANI waar hij zegt (blz. 83): „Le tecniche della logica moderna sembrano costruite prevalentemente in connessione con quelle della matematica e delle scienze: ma se la controversia giudiziale ha una sua autonomia, dovremmo considerare seriamente ogni tentativo di sottometerla al tribunale di una logica costruita per altri problemi”.

SUMMARY

THE LAW AND ACTION-ORIENTATED THINKING

In order to free legal practitioners and academics from the isolation in which they have been imprisoned by their respective specialised fields, and to bring about better mutual understanding between them, it is necessary to improve legal thinking in terms of the way it is being assessed. Whereas legal thinking, i.e. legal science, employs basic principles as are applicable to scientific methodology, this is not the case for legal thinking, if this term is used not in the sense of thinking *about* the law, but in that of the thinking *behind* the law, the latter being concerned with man's behaviour in society and thus being better defined as action-orientated thinking. Unlike the disenfranchised nature of theoretical legal thinking, action-orientated thinking as practised by magistrates and other legal practitioners directly concerns our everyday lives. The specific nature of this action-orientated thinking can, consequently, be highlighted more by the nature of our actions. 1) Our actions do not suffer delay gladly, consequently, even when there exists some doubt as to whether the actions we are about to perform are covered by the rules, and consequently lawful, short-term decisions must be taken (the so-called urgency problem). 2) Apart from the consideration that our actions cannot stand any delay, there is also the fact that actions are always performed, even if these actions are not covered by any rule, or else by contradictory rules (i.e. taciturnity and paradox in the law respectively). Yet the judge is compelled to decide at the risk of being found guilty of denial of justice. (the question of the law being complete and consistent). 3) If it is indeed a fact that our actions cannot abide any delay, it is also true that our actions cannot be questioned time and time again; hence that a magistrate's decision can be „pro veritate habetur” in order to safeguard public order and public security (the problem of legal fictions). This and other characteristics of the law contribute towards realizing that action-orientated thinking must meet requirements which are in principle alien to the methodological criteria used in scientific thinking. It is obvious then that when this action-orientated thinking is being assessed by standards of a theoretical nature and vice-versa, neither method works out satisfactorily. A dialogue between thinking about and thinking behind the law will only bear fruit when both sides are aware of the laws and habits governing each field respectively.

ZUSAMMENFASSUNG

RECHT UND AKTION-DENKEN

Damit Rechtspraktiker und Rechtstheoretiker nicht länger in der Isolation ihrer einzelnen Tätigkeiten eingeschlossen bleiben und zwischen beiden sich ein fruchtbarer Dialog verwirkliche, soll zunächst eine bessere Einordnung und dadurch Bewertung des Denkens in und über das Recht erstrebt werden. Während das Denken über das Recht, i.e. die Rechtswissenschaft, sich auf die der Wissenschaftsmethodologie im allgemeinen zugrunde liegenden Prinzipien beruft, so ist das nicht der Fall für das Denken im Recht das, in seiner Bezogen-

heit auf das menschliche Handeln in der Gesellschaft, vielleicht am besten als Aktion-Denken gekennzeichnet werden kann.

Im Gegensatz zu der Unverbindlichkeit des theoretischen Denkens ist das Aktion-Denken der Richter und anderer Problemlöser im Rechte unmittelbar auf unser Handeln in der Welt bezogen. Die Spezifität des Aktions-Denkens kann also am besten aus den Kennzeichen dieses Handelns an sich beleuchtet werden. Unser Handeln erträgt keinen Aufschub, sodass auch in dem Moment, in dem Zweifel an der wohl oder nicht Anwendbarkeit der Regeln bei geplanten Handlungen existieren, und also an der wohl oder nicht Zulässigkeit dieser Handlungen, kurzfristige Entscheidungen getroffen werden sollen (die sogenannte Dringlichkeitsfrage).

Der Erfahrung vorangehend, dass unser Handeln keinen Aufschub duldet, steht der Fakt dass gehandelt wird, auch wenn dieses Handeln von keinen (Lücke) oder entgegengesetzten (Antinomie) Rechtsregeln beherrscht werden.

Der Richter muss sich jedoch entscheiden, auf die Gefahr hin sich der Rechtsverweigerung schuldig zu machen. (Die Frage der Vollständigkeit und der Konsistenz der Rechtsorden).

Wenn es wahr ist dass unser Handeln keinen Aufschub erträgt, so ist es auch wahr, dass unser Handeln nicht immer aufs neue in Frage gestellt werden kann, sodass hinsichtlich der Gewährleistung der vom Recht erstrebten Ruhe und Ordnung, die richterliche Entscheidung „pro veritate habitur“. (Die Frage der Rolle von Fiktionen im Recht). Diese und andere Kennzeichen des Handelns tragen zu der Erkenntnis bei, dass das Aktion-Denken Forderungen entsprechen soll, die den die wissenschaftliche Tätigkeit beherrschenden methodologischen Kriterien grundsätzlich fremd sind. Es ist also klar, dass wenn man dieses Aktion-Denken anhand der Kriterien des theoretischen Denkens und umgekehrt beurteilt, man in beiden Fällen betrogen herauskommt.

Ein Dialog zwischen dem Denken in und über das Recht, ergibt sich erst dann fruchtbar wenn beide Lager sich der ihre einzelnen Tätigkeiten beherrschenden Gesetzmässigkeiten und Konventionen bewusst werden.