

## BOEKBESPREKINGEN

### Stefano Bertea & George Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*

Jaap Hage

Stefano Bertea & George Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2011), ix + 325 p.

Op 3 en 4 juni 2009 werd aan de Universiteit van Antwerpen een conferentie gehouden onder de naam 'The Normative Dimension of Law'. Het boek dat hier wordt besproken bevat artikelen die op deze conferentie werden gepresenteerd en enkele andere die daarbij passen. *The Normative Dimension of Law* bestaat uit drie delen die steeds worden ingeleid door een artikel dat het thema van het betreffende deel bepaalt. De andere artikelen van het deel gaan dan op het thema in en vaak ook specifiek op het inleidende artikel.

Een van de redenen waarom rechtsfilosofie een eigen terrein inneemt naast ethiek en sociologie, is dat het recht een combinatie lijkt te zijn van normativiteit en feitelijkheid. Recht lijkt een sociaal verschijnsel te zijn en tegelijk menselijk gedrag te sturen door het verplicht te stellen. Deze combinatie is boeiend omdat velen geneigd zijn om aan te nemen dat de werkelijkheid, inclusief de sociale werkelijkheid, op zichzelf geen gedrag kan sturen. Natuurlijk zijn feiten van belang voor wat we moeten doen, maar *enkel* feiten zouden dat niet zijn. Daar moet steeds een norm bij en die norm kan geen deel uitmaken van de feiten. Als deze aanname, dat de (sociale) werkelijkheid op zich geen gedrag kan verplichten, wordt toegevoegd aan de aannames dat recht een sociaal verschijnsel is en dat recht kan verplichten, ontstaat er een probleem dat onoplosbaar lijkt. De worsteling van Kelsen, die kwam tot de theorie dat de 'Grundnorm' moet worden voorondersteld in plaats van feitelijk bestaat, illustreert deze problematiek. Veel rechtsfilosofische discussies kunnen worden gelezen als pogingen om recht te doen aan het duale karakter van het recht (zowel feitelijk als normatief) zonder in ontologische problemen te raken. Dit geldt ook voor de artikelen in dit boek.

Deel I begint met een lang artikel van Scott Shapiro ('Planning agency and the law'), waarin hij een vergaande parallel trekt tussen recht en planning. Of eigenlijk is het niet eens een parallel: volgens Shapiro *is* het recht een soort planning. Plannen zijn dingen die feitelijk bestaan, maar die tegelijk redenen opleveren voor degenen die het plan hebben. Zo lijkt de spanning tussen het feitelijke en het normatieve karakter van het recht te zijn opgeheven. Maar met de toevoeging '... voor degenen die het plan hebben' is al direct duidelijk wat er mis gaat met de aanpak van Shapiro. Als een plan niet jouw plan is, levert het geen reden op om ook maar iets te doen. Shapiro's poging om iets te vinden dat zowel feitelijk als

Jaap Hage

normatief is, is daarmee mijns inziens mislukt. Dit kritiekpunt is ook de essentie van de bijdragen van Michael E. Bratman ('Reflections on law, normativity and plans') en Veronica Rodriguez-Blanco ('The moral puzzle of legal authority'), al formuleren ze het veel uitvoeriger en met verschillende accenten. Dit doet er niet aan af dat het artikel van Shapiro leuk is om te lezen, in verband met de interessante parallellen die hij aanduidt. Maar het slaagt om een heel eenvoudige reden niet om te doen wat het beoogt te doen. Overigens komt de thematiek van Shapiro's artikel ook terug in diens boek *Legality*.

Het artikel van Katrien Schaubroeck ('Legal normativity and the instrumental principle') is zeker de moeite waard. In zekere zin schrijft zij over een soort logica-probleem: Stel dat je a moet doen en dat a alleen kan worden gedaan door b te doen. Kun je daar dan uit opmaken dat je b moet doen? Dus, stel dat je een brief moet posten en dat dit alleen kan door naar de brievenbus te lopen, moet je dan naar de brievenbus lopen? Dat is minder vanzelfsprekend dan het lijkt.

De relevantie voor de normativiteit van het recht is de volgende. Stel dat het recht bestaat als sociaal verschijnsel en dat bepaalde rechtsplichten ook bestaan als sociaal verschijnsel, gewoonterecht zeg maar. Stel bovendien dat deze rechtsplichten 'logischerwijs' meebrengen dat bepaalde andere dingen moeten worden gedaan. Er is dan geen enkele garantie dat de verplichting om die andere dingen te doen ook bestaat als sociaal verschijnsel. Het is bijvoorbeeld niet vanzelfsprekend dat een gewoonterechtelijke verplichting zich uitstrekt tot wat 'volgt' uit die verplichting. Is die afgeleide verplichting dan wel een deel van het recht? Dit is direct van belang voor institutionele rechtstheorieën die de inhoud van het recht zien als wat *volgt uit* sociale regels. (Al het recht 'volgt' uit een combinatie van feiten en de *ultimate rule of recognition* die bestaat als sociale regel.) Schaubroeck betwijfelt of deze combinatie van sociale werkelijkheid en rationaliteit werkt, al formuleert ze het zelf niet in deze woorden.

Deel II gaat over een technisch probleem in moderne rechtspositivistische theorieën van Anglo-Amerikaanse snit. De vraag is of erkenningsregels zoals Hart die zag, sociale regels zijn of conventies. (Blijkbaar worden sociale regels verondersteld geen conventies te zijn, of andersom. Waarom eigenlijk?) Deze thematiek wordt aangesneden in een artikel van Andrei Marmor ('The conventional foundations of law'), afkomstig uit diens boek *Social Conventions*. Marmor stelt dat het bij erkenningsregels gaat om conventies, maar dan niet om coördinerende conventies, maar om constitutieve conventies die definiëren wat recht is. De conclusie die direct volgt ten aanzien van de normativiteit van het recht en die Marmor dan ook trekt, is dat het gehoorzamen aan rechtsplichten datgene is wat je moet doen als je je aan het recht wilt houden. (Philippa Foot zou het een hypothetische imperatief noemen.) Niet minder maar vooral ook niet meer. Als je dan toch meer wilt, onvoorwaardelijke verplichtingen bijvoorbeeld, zul je aannemelijk moeten maken dat je je aan het recht moet houden. Maar volgens Marmor ligt er tussen de redenen waarom je je aan het recht zou moeten houden en de redenen die aangeven wat je moet doen als je het recht wilt volgen, nog een laag van 'diepe' conventies. Die zouden bijvoorbeeld het verschil bepalen tussen de civiele en de com-

mon-lawtraditie in het recht. Wat dit nog te maken heeft met de normativiteit van het recht blijft jammer genoeg in het midden.

Het artikel van Marco Goldoni ('Multilayered legal conventionalism and the normativity of law') gaat wat dieper in op de technische details van het artikel van Marmor, en Dimitrios Kyritsis ('The normativity of the practice of officials') weet de aanpak van Marmor op onnavolgbare wijze te combineren met een natuurrechtelijke visie.

Ik zal kort zijn over deel III. Het artikel van Stefano Bertea ('Law and obligation: outline of a Kantian argument') is een samenvatting van zijn boek *The Normative Claim of Law*. Hij probeert daar te laten zien dat het recht redenen voor gedrag oplevert door middel van een Kantiaans transcendentiaal argument op basis van het uitgangspunt dat mensen handelen. Ik heb dat boek besproken in *NJLP (R&R)* 2011/2. De andere artikelen in deel III gaan over dezelfde Kantiaanse (constructivistische) benadering van normativiteit. Robert Alexy ('Normativity, metaphysics and decision') schrijft dat hij het niet eens is met Bertea omdat de laatste ten onrechte zou proberen Kantiaanse ethiek te doen zonder Kantiaanse metafysica en het belang van besluiten zou miskennen. De bijdrage van Cristina Lafont ('Law, normativity, and legitimacy: can moral constructivism be fruitful for legal theory?') gaat in op de procedurele aanpak van Habermas en de relatie met echte democratie. Het meest belangwekkend in dit deel is de bijdrage van Corrado Roversi ('On constitutive normativity') omdat deze de problematiek van het Kantiaans constructivisme helder analyseert. Het artikel van George Pavlakos ('Law, normativity and the model of norms') maakte een diepzinnige indruk op me, maar ik begreep toch niet helemaal waar de auteur naar toe wilde. En bij het artikelje van Sylvie Delacroix ('Tracing a genealogy of legal normativity: responsibility, authorship and contingency') had ik jammer genoeg de indruk dat de auteur eigenlijk geen tijd had om de bijdrage te schrijven die zij had toegezegd.

De globale indruk die ik van het boek heb, is dat de kwaliteit van de bijdragen wisselend is, maar dat het boek wel een aardig beeld geeft van rechtsfilosofische discussies die momenteel lopen over normativiteit. Wat ik gemist heb, is een heldere analyse van wat normativiteit precies is. De vraag naar de aard van normativiteit is niet zo eenvoudig te beantwoorden en voor een boek over de normativiteit van recht lijkt het me belangrijk te beschikken over een antwoord.