

INSTITUTIONELE RECHTSTHEORIEËN¹

Jaap Hage

Universiteit Maastricht

Vakgroep Metajuridica

Postbus 616

6200 MD Maastricht

e-mail: jaap.hage@metajur.unimaas.nl

Samenvatting

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van een moderne rechtstheoretische stroming bestaande uit de zogenaamde ‘institutionele theorieën van het recht’. Het overzicht gaat in op het baanbrekende werk van Anscombe en Searle in de vorm van een algemene theorie over ‘brute’ en ‘institutionele feiten’. Verder is er aandacht voor het rechtstheoretische werk van MacCormick, Weinberger en Ruiter, terwijl wat oppervlakkiger aandacht wordt geschonken aan de conventionalistische theorie van Lagerspetz, de sociologische benadering van rechtsinstituties van Morton en mijn eigen theorie over redengebaseerde feiten.

1. Wat zijn institutionele rechtstheorieën?

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van bepaalde moderne theorieën over de aard van het recht, de zogenaamde *institutionele rechtstheorieën*. Mijn uitgangspunt bij dit overzicht zal zijn het boek dat institutionele rechtstheorieën als zelfstandige groep op de rechtstheoretische kaart zette, te weten *An Institutional Theory of Law* van MacCormick en Weinberger.² Bij een eerste karakterisering van de institutionele rechtstheorieën zal ik dan ook de Inleiding van dat boek volgen.

MacCormick en Weinberger stellen normativistische en realistische theorieën van het recht tegenover elkaar. Normativistische theorieën, die uiteenlopende opvattingen als het rechtspositivisme van Kelsen en natuurrechtsoopvattingen omvatten, benadrukken het normatieve aspect van het recht, dat als zodanig niet te reduceren is tot het puur feitelijke. Daartegenover staan ‘realistische’ theorieën die, zeker in hun meer extreme varianten, het bestaan van iets normatiefs als onzinnig terzijde schuiven en het recht als een puur feitelijk verschijnsel opvatten.³

¹ Met dank aan Dick Ruiter, die mij bij voortduring dwingt mijn opvattingen over institutionele feiten te herzien of te preciseren, Hans Gribnau, die zo vriendelijk was me te wijzen op het recente werk van Morton en me zijn exemplaar van Morton's boek te lenen en Bob Brouwer voor de nuttige suggesties tot verbetering van de tekst.

² D.N. MacCormick en O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Reidel, Dordrecht 1986. Verder aan te duiden als ITL.

³ Voor overzichten van de verschillende vormen van rechtsrealisme, zie J. Bjarup, *Skandinavischer Realismus*, Alber, München 1978, R.S. Summers, *Het pragmatisch instrumentalisme*, SWU, Antwerpen 1980 en P.B. Cliteur, Amerikaans realisme, in P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne en C.E. Smith, *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Deventer 1997, blz. 41-108.

Met hun institutionele theorie van het recht beogen MacCormick en Weinberger het bestaan van rechtsnormen, rechtsinstituten en andere vergelijkbare denkobjecten te verklaren en verantwoorden op basis van zuiver materiële voorwerpen en processen, maar onder erkenning van hun normatieve karakter.⁴ Dit brengt met zich dat MacCormick en Weinberger een reductie van het normatieve tot het feitelijke beogen.

Toch maakt dit hen niet tot rechtsrealisten. Om dit aannemelijk te maken wil ik onderscheiden tussen twee soorten reductie, te weten sterke en zwakke reductie. Als een verschijnsel A sterk wordt gereduceerd tot verschijnsel B, wil dat zeggen dat verschijnsel A niets anders blijkt te zijn dan verschijnsel B. Zo kan het opgaan van de zon sterk worden gereduceerd tot de visuele effecten die ontstaan door de draaiing van de aarde om zijn as.

In geval van zwakke reductie wordt het te reduceren verschijnsel niet geïdentificeerd met waartot het wordt gereduceerd. De reductie beoogt niet meer te geven dan een uitputtende karakterisering van de voorwaarden waaronder het te reduceren verschijnsel zich voordoet. Een niet-juridisch voorbeeld is de reductie van warmte tot moleculaire kinetische energie. Warmte is kinetische energie, maar met de kinetische energie is het warme gevoel van de warmte niet meegegeven.⁵ In zoverre is het dan ook niet juist te zeggen dat warmte niets anders is dan kinetische energie.

Zwakke reductie is met name zinvol in geval van zogenaamde bijkomende ('supervenient') eigenschappen of verschijnselen. Volgens een gangbare definitie is een verzameling eigenschappen of verschijnselen bijkomend ten opzichte van een andere verzameling eigenschappen of verschijnselen als ze zodanig gerelateerd zijn dat:

1. er geen verschil in de eerste kan zijn zonder verschil in de tweede, terwijl
2. er wel in verschil in de tweede kan zijn zonder verschil in de eerste.

Niet-juridische voorbeelden van bijkomende verschijnselen zijn (althans in de opvatting van sommigen) geestestoestanden die bijkomend zijn ten opzichte van hersentoestanden en hersenprocessen, en esthetische kwaliteiten die bijkomend zijn ten opzichte van fysische eigenschappen. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk dat twee schilderijen fysiek hetzelfde zijn, terwijl het ene wel en het andere niet mooi is.

Volgens MacCormick en Weinberger zijn veel juridische feiten en verschijnselen institutioneel. Hoe ze precies op die term komen zal ik nog bespreken in paragraaf 3, maar naar mijn mening komt het er op neer dat die feiten en verschijnselen bijkomend zijn ten opzichte van zuiver materiële feiten en verschijnselen. Dat bijkomende karakter maakt het mogelijk om de betreffende juridische verschijnselen zwak te reduceren tot zuiver materiële verschijnselen, zonder het specifiek normatieve karakter van het recht te ontkennen. Aldus varen MacCormick en Weinberger met hun institutionele rechtstheorie een tussenkoers tussen normativistische en realistische theorieën van het recht.

⁴ ITL, blz. 6.

⁵ Voor meer over deze problematiek, zie het door J.D. Velleman geschreven lemma 'quality, primary/secondary' in J. Kim en E. Sosa (red.), *A Companion to Metaphysics*, Blackwell, Oxford 1995.

In de volgende paragrafen zal ik eerst ingaan op de historische achtergronden van de institutionele rechtstheorie (paragraaf 2). Hierbij zal ik in het bijzonder aandacht besteden aan het werk van Searle. Vervolgens ga ik in paragraaf 3 wat dieper in op de manier waarop MacCormick en Weinberger hun theorie uitwerken. Een gedetailleerde uitwerking van de institutionele rechtstheorie die betrekking heeft op rechtshandelingen is te vinden in het werk van Ruiter. Ik zal deze bespreken in paragraaf 4. In paragraaf 5 geef ik kort de strekking aan van een boek van Lagerspetz, waarin hij een theorie over conventionele feiten ontwikkelt welke nauw verwant is aan de gangbare theorieën over institutionele feiten. Een sociologisch getinte benadering van juridische instituties is te vinden in Morton's *An institutional theory of law*. In paragraaf 6 zal ik de hoofdlijnen van die theorie schetsen. In paragraaf 7 zal ik mijn eigen theorie over redengebaseerde feiten in de traditie van de institutionele rechtstheorie plaatsen. Paragraaf 8 vat het voorafgaande samen.

Alvorens verder te gaan wil ik de lezer waarschuwen dat de volgende besprekingen van (rechts)filosofisch werk voornamelijk bedoeld zijn om een indruk te geven van een belangrijke stroming in de moderne rechtstheorie. De besprekingen zijn te kort om het betreffende werk recht te doen. Bovendien behandel ik het werk selectief, gericht op institutionele rechtstheorie, terwijl het vaak ook anderszins interessant materiaal bevat waarop ik niet in zal gaan.

2. Over institutionele feiten

Hoewel institutionele rechtstheorieën een historische voorloper hebben in het werk van de Franse socioloog en staatsrechtgeleerde Hauriou⁶, beperk ik mijn overzicht over de theorievorming over institutionele feiten tot de voorlopers van MacCormick en Weinberger in de analytische filosofie en wel met name Anscombe en Searle. In haar artikel *On Brute Facts*⁷ stelde Anscombe zich de vraag hoe de waarheid verklaard kan worden van zinnen als 'Ik ben de groenteman vijf gulden schuldig voor de aardappelen die ik van hem heb gekocht'. Haar antwoord is dat zo'n zin waar is als hij correspondeert met de feiten. Dat wil zeggen dat het een feit kan zijn dat je de groenteman geld verschuldigd bent. Blijkbaar zijn er normatieve feiten.

Volgens Anscombe kunnen dergelijke feiten bestaan binnen de context van onze instituties. (Ze spreekt nog niet van 'institutionele feiten'.) De feiten die aan zo'n institutioneel feit ten grondslag liggen zijn bruut ten opzichte van dat institutionele feit. Als A een institutioneel feit aanduidt en xyz zijn de daaraan ten grondslag liggende brute feiten, dan zal volgens Anscombe gewoonlijk het volgende gelden:

1. Er bestaat een reeks feiten xyz zodanig dat een verzameling daaruit zich moet voordoen wil A zich voordoen.
2. Het zich voordoen van A veronderstelt het bestaan van een institutie, maar A beschrijft die institutie niet.

⁶ *ITL*, blz. 24-26.

⁷ G.E.M. Anscombe, *On Brute Facts*, *Analysis*, **18**, blz. 69-72.

3. A doet zich *gewoonlijk* voor als zich een verzameling feiten uit xyz voordoet. A houdt niet in dat de omstandigheden normaal zijn.

Bijvoorbeeld, er moet een verbintenisscheppende gebeurtenis zijn opgetreden wil ik de verplichting hebben jegens mijn groenteboer om hem vijf gulden te betalen. Het ontstaan van die verbintenis veronderstelt het bestaan van een institutie, te weten die van de obligatoire overeenkomst, maar het bestaan van de verbintenis omvat het bestaan van die institutie niet. Een verbintenis ontstaat gewoonlijk als een overeenkomst wordt aangegaan, maar het bestaan van de verbintenis houdt niet in dat de omstandigheden gewoon waren.

De theorie van Anscombe werd uitgewerkt door Searle, met name door de notie van een constitutieve regel te introduceren.⁸ Constitutieve regels staan volgens Searle tegenover regulatieve regels. De laatste reguleren bestaand gedrag, waar de eerste nieuwe vormen van gedrag mogelijk maken. Zo maken bijvoorbeeld de regels van het schaakspel het mogelijk om schaak te spelen. Feiten gebaseerd op constitutieve regels zijn volgens Searle institutionele feiten. Elk institutioneel feit is gebaseerd op een regel met de vorm 'X geldt in context C als Y'. De context C is nodig om de overgang te maken van het brute feit X naar het institutionele feit Y.

Een bekende toepassing die Searle aan zijn theorie over constitutieve regels heeft gegeven is het afleiden van een behoren uit zuiver feitelijke premissen. De redenering die Searle als illustratie gebruikt gaat als volgt:

1. Jansen uitte de woorden 'Hierbij beloof ik jou, Smit, tien gulden te betalen.'
2. Jansen beloofde Smit tien gulden te betalen.
3. Jansen nam de verplichting op zich om Smit tien gulden te betalen.
4. Jansen is verplicht om Smit tien gulden te betalen.
5. Jansen behoort Smit tien gulden te betalen.

Searle claimt niet dat elk van de zinnen 2 tot en met 5 deductief uit de voorafgaande volgt, maar wel dat de aanvullende premissen die nodig zijn om deze redenering deductief geldig te maken niet zuiver contingent zijn en dat ze niet evaluatief of normatief behoeven te zijn.⁹ Searle's claim is vaak bestreden, onder anderen door MacCormick en Weinberger¹⁰, maar ik denk dat Searle ten diepste gelijk heeft, zij het dat het hem aan de noodzakelijke logische middelen ontbrak om zijn gelijk te demonstreren.¹¹

De kern van zijn betoog, zoals ik dat interpreteer, komt er op neer dat er constitutieve regels zijn die het verschijnsel 'beloven' definiëren en die een soort achtergrond vormen waartegen verschijnselen als het uiten van bepaalde woorden geïnterpreteerd dienen te worden. Die achtergrond maakt dat bepaalde redeneerstappen waarmee een behoren uit een zijn wordt afgeleid, niet contingent zijn. De

⁸ J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press 1969, blz. 33 e.v.

⁹ *Speech Acts*, blz. 177.

¹⁰ *ITL*, blz. 21 e.v.

achtergrond zelf bevat normatieve regels die de overgang van zijn naar behoren mogelijk maken, maar het zou onjuist zijn de achtergrond als premissen van de redenering te expliciteren.

Recentelijk heeft Searle zijn theorie over institutionele feiten uitgewerkt in een afzonderlijk boek, te weten 'The construction of social reality'.¹² Een belangrijk deel van dat boek is eraan gewijd om het idee aanvaardbaar te maken dat er feiten zijn die voor hun bestaan van de menselijke geest afhankelijk zijn, terwijl ze geen geestelijke feiten zijn. Searle geeft in dit verband een uitgebreide hiërarchie van feiten¹³, die ik hieronder zal weergeven:

1. Feiten

1.1 Brute fysische feiten (Er ligt nu sneeuw op de Mount Everest.)

1.2 Mentale feiten. (Ik heb nu pijn.)

1.2.1 Non-intentionele feiten. (Ik lijd pijn.)

1.2.2 Intentionele feiten. (Ik wil water drinken.)

1.2.2.1 Persoonlijke intentionele feiten. (Ik wil water drinken.)

1.2.2.2 Collectieve intentionele, ofwel sociale feiten. (De hyena's jagen op een leeuw.)

1.2.2.2.1 Geen functietoekenning. (De hyena's jagen op een leeuw.)

1.2.2.2.2 Functietoekenning. (De functie van het hart is om bloed rond te pompen.)

1.2.2.2.2.1 Non-handelingsfuncties. (Functie van het hart.)

1.2.2.2.2.2 Handelingsfuncties. (Dit is een schroevendraaier.)

1.2.2.2.2.2.1 Non-status functies. (Dit is een schroevendraaier.)

1.2.2.2.2.2.2 Statusfuncties. (Dit is geld.)

1.2.2.2.2.2.2.1 Linguïstische statusfuncties. (Dit is een belofte.)

1.2.2.2.2.2.2.2 Non-linguïstische statusfuncties. (Dit is geld.)

Er is volgens Searle sprake van een institutioneel feit in geval van toekenning van een statusfunctie. Statusfuncties zijn functies die aan entiteiten worden toegekend teneinde iets met die entiteiten te kunnen doen. Met andere woorden, het zijn handelingsfuncties. Niet alle handelingsfuncties zijn echter ook statusfuncties. Indien aan iets een handelingsfunctie wordt toegekend, puur omwille van de fysieke eigenschappen die het heeft, dan is er geen sprake van een statusfunctie. Aan een schroevendraaier wordt bijvoorbeeld een handelingsfunctie toegekend puur omwille van zijn fysieke geschiktheid om schroeven mee aan- of los te draaien. In geval van statusfuncties ontstaat de geschiktheid tot het verrichten van handelingen juist *door* de toekenning. Bijvoorbeeld, geld kan als geld worden gebruikt omdat het de status van geld heeft gekregen. Een rechter kan worden 'gebruikt' om recht te spreken, juist omdat zij de status van rechter heeft gekregen.¹⁴

¹¹ In J.C. Hage, *Semantics for a Fragment of Moderately Naturalistic Deontic Logic*, *Proceedings of Deon '98*, blz. 235-252, geef ik de noodzakelijke logische hulpmiddelen.

¹² J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Free Press 1995.

¹³ *Construction*, blz. 121.

¹⁴ Dit voorbeeld van een rechter roept bij mij overigens vragen op met betrekking tot Searle's opvatting dat statusfuncties steeds handelingsfuncties zijn.

De toekenning van status geschiedt op grond van constitutieve regels met de reeds eerder besproken vorm: X geldt in context C als Y, waar Y de toegekende status is. Volgens Searle valt er bij de toekenning van status een logische basisstructuur te onderkennen en wel de volgende:

We aanvaarden dat (S heeft het vermogen dat (S doet A))

Searle heeft nog veel meer te melden over de aard van institutionele feiten, maar dat is niet direct relevant voor de institutionele rechtstheorieën zoals die er momenteel zijn. (Searle's boek kwam pas in 1995 uit.) Het wordt nu tijd om na deze uitweiding over institutionele feiten in het algemeen terug te keren naar institutionele theorieën over het recht.

3. MacCormick en Weinberger over het institutionele karakter van het recht

MacCormick en Weinberger's boek 'An Institutional Theory of Law' is een bundeling artikelen die door de auteurs afzonderlijk zijn geschreven. De artikelen verraden hun herkomst door hun stijl. Die van Weinberger passen in de sfeer van Kelsen's Reine Rechtslehre en de daarbij aansluitende logische analyse van het recht. De artikelen van MacCormick bouwen voort op de erfenis van Hart. Ondanks het verschil in achtergrond vertonen de bijdragen aan ITL naar hun strekking een grote overeenkomst. Deze overeenkomst wordt nog benadrukt doordat overeenkomstige artikelen van Weinberger en MacCormick achter elkaar worden geplaatst.

Het eerste thema dat in ITL aan de orde komt is de duale aard van rechtsnormen en van rechtsgevolgen. Volgens Weinberger hebben rechtsnormen zowel een feitelijke als een ideële aard.¹⁵ Ze zijn feitelijk omdat ze tot stand komen door materiële handelingen met een ideële inhoud (lees: rechtshandelingen, bestaande uit een verklaring van een wilshoud) en omdat ze een bestaan in de tijd hebben. Rechtsnormen zijn ideëel omdat ze gedachtenobjecten zijn, die in logische relaties staan tot andere normen.

Volgens MacCormick hebben bepaalde rechtsgevolgen een soortgelijk duaal karakter. Het gaat om zogenaamde 'institutionele feiten'. Het recht kent bepaalde instituties, zoals eigendom, verbintenis, wetgever en rechtspersoon. Die instituties worden in concrete gevallen geïnstantieerd en die instantiaties zijn dan 'institutionele feiten'. Het feit dat Katrien eigenaar is van haar auto is bijvoorbeeld een institutioneel feit, omdat haar eigendom een instantiatie is van de institutie eigendom.

In verband met institutionele feiten onderscheidt MacCormick drie soorten regels, te weten institutieve, gevolg-, en beëindigingregels.¹⁶ Institutieve regels geven aan onder welke omstandigheden een concrete instantiatie van een institutie tot stand komt, bijvoorbeeld hoe eigendom, een verbintenis, of een rechtspersoon ontstaat, of hoe iemand tot wetgever wordt. Gevolgeregels bepalen welke gevolgen door het recht aan het bestaan van institutionele feiten worden verbonden. Ze omvatten bijvoorbeeld de rechtsgevolgen van het bestaan van een verbintenis. Beëindigingregels tenslotte, geven aan onder welke omstandigheden een institutioneel feit ophoudt te bestaan. Te denken

¹⁵ ITL 35-41.

¹⁶ ITL 52/3.

valt bijvoorbeeld aan de regels die bepalen wanneer een rechtspersoon ophoudt te bestaan, of wanneer iemand ophoudt de bevoegdheid tot wetgeving te hebben.

MacCormick en Weinberger nemen veel moeite te benadrukken dat institutionele feiten (Weinberger heeft het over 'humanly conditioned facts') werkelijk bestaan en toch een normatief karakter hebben. Weinberger wijdt een apart artikel ('Facts and fact-descriptions') aan dit thema. Hij trekt daar de conclusie dat methodologisch monisme, dat er vanuit gaat dat het het doel is van de wetenschappen alles tot brute feiten te herleiden, ongeschikt is om rekenschap te geven van institutionele feiten.

MacCormick borduurt op dit thema voort in een pleidooi voor een hermeneutische rechtswetenschap. Hij haalt met instemming Hacker aan, die stelt dat een beschrijving van typisch menselijke verschijnselen in moet houden dat de beschreven situatie begrepen wordt zoals die wordt opgevat door de actor wiens gedrag moet worden verklaard en begrepen.¹⁷

Het volgende thema dat aan de orde komt is dat de klassieke tegenstelling tussen natuurrecht en rechtspositivisme achterhaald is. MacCormick en Weinberger komen tot die conclusie door een genuanceerd rechtspositivistisch standpunt te formuleren waarin plaats is voor het bestaan van positiefrechtelijke rechtsbeginselen en een teleologische onderbouwing van het rechtssysteem. Deze visie wordt mogelijk gemaakt door de hermeneutische benadering van het recht, die zowel recht doet aan het feitelijke karakter van het positieve recht als aan het niet in puur psychologische termen te vatten interne aspect daarvan.

Als de implicaties van deze visie op het recht worden onderzocht, komen MacCormick en Weinberger tot de conclusie dat juridisch redeneren niet kan volstaan met zuiver feitelijk redeneren over het positieve recht en de feiten van een concreet geval. Steeds zullen de normatieve aspecten van het recht een rol spelen en juridisch redeneren is dan ook, zoals door Alexy is benadrukt¹⁸, een vorm van praktisch redeneren. Weinberger wijst er verder op dat praktisch redeneren een dialectisch karakter heeft. Daarmee wil hij ondermeer zeggen dat de beslissing wat gedaan moet worden het resultaat is van het afwegen van waarden en dat postulaten met betrekking tot rechtvaardigheid geen vastliggende premissen zijn, maar veeleer onderworpen zijn aan herziening in het licht van een denkproces gericht op het bereiken van een reflectief evenwicht in de zin van Rawls.¹⁹

Samenvattend kunnen we stellen dat MacCormick en Weinberger pleiten voor een visie op het recht waarin zowel recht wordt gedaan aan het feitelijke als aan het normatieve aspect van het recht. Er wordt een ontologie aangeboden die het mogelijk maakt deze twee aspecten van het recht te verenigen. Vervolgens trachten de auteurs te laten zien hoe de door hen voorgestelde duale visie op het recht de klassieke tegenstelling rechtspositivisme – natuurrecht overbodig maakt en welke consequenties hun visie heeft voor de theorie over het juridisch redeneren.

¹⁷ ITL 105. Daar wordt verwezen naar P.M.S. Hacker, *Hart's Philosophy of Law*, in P.M.S. Hacker en J. Raz (red.), *Law, Morality and Society*, Oxford 1977, blz. 9.

¹⁸ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1978.

4. Ruiter's analyse van het scheppen van een institutionele werkelijkheid

In een aantal publicaties heeft Ruiter zijn oorspronkelijke werk over wetgevingsleer en de daarin voorkomende logische analyses van rechtsnormen uitgewerkt tot een omvangrijke theorie over het ontstaan en het weer tenietgaan van rechtsnormen en de logische relaties welke tussen rechtsnormen bestaan.²⁰ Hoe interessant het werk over de logische relaties tussen rechtsnormen ook is, ik zal dat hier grotendeels buiten beschouwing laten. Ik doe dat enerzijds omdat het mijns inziens los kan staan van de door Ruiter aangehangen institutionele rechtstheorie en anderzijds omdat het huidige bestek geen ruimte laat voor een enigszins adequate bespreking.

In *Institutional Legal Facts* (ILF) geeft Ruiter de basis voor zijn institutionele rechtstheorie. Als uitgangspunt kiest hij daar voor Searle's taxonomie van taalhandelingen.²¹ Searle onderscheidde vijf soorten taalhandelingen en baseerde zijn onderscheid op een ander onderscheid, te weten dat tussen *directions of fit*. Volgens Searle zijn er drie soorten directions of fit mogelijk tussen een taalhandeling en de wereld.

Het kan zijn dat een taalhandeling beoogt met zijn propositionele inhoud de wereld te weerspiegelen. Beweringen zijn het typische voorbeeld van dergelijke taalhandelingen. Beweringen (assertives) hebben de *word-to-world direction of fit*, omdat in geval van een succesvolle (dat wil zeggen: ware) bewering de beweringsinhoud de wereld weerspiegelt.

Overigens is het met betrekking tot taalhandelingen mogelijk om twee soorten succes te onderscheiden. Om te beginnen kan de taalhandeling met succes worden uitgevoerd. Iemand die er niet in slaagt om de noodzakelijke woorden uit te spreken, zal bijvoorbeeld niet met succes een taalhandeling verrichten. Hetzelfde geldt voor de evident krankzinnige die een belofte probeert te doen. Ik zal deze vorm van succes *uitvoeringssucces* noemen. De tweede vorm van succes betreft het succes van de fit tussen de propositionele inhoud van de taalhandeling en de wereld. Het is deze vorm van succes die aan de orde is bij beweringen die de wereld trachten te weerspiegelen. Ik zal deze vorm van succes *fit-succes* noemen.

Het komt ook voor dat een taalhandeling beoogt met zijn propositionele inhoud de wereld te sturen. Bevelen zijn het typische voorbeeld van dergelijke taalhandelingen. Bevelen (directives) hebben de *world-to-word direction of fit*, omdat in geval van een succesvol (dat wil zeggen: effectief) bevel de bevelsinhoud in de wereld wordt gerealiseerd. Ook beloften (commisives) hebben volgens Searle de world-to-word direction of fit, omdat ze kunnen worden opgevat als bevelen die de spreker aan zichzelf geeft.

¹⁹ ITL 168. Vgl. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press 1972, blz. 46 e.v. over reflectief evenwicht.

²⁰ De bedoelde publicaties zijn: D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Van Gorcum, Assen/Maastricht 1987; *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Law and Philosophy Series 18, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1993; Legal validity qua specific mode of existence, *Law and Philosophy* 16, blz. 479-505, 1997; en A Basic Classification of Legal Institutions, *Ratio Juris* 10, blz. 357-371, 1997.

²¹ J.R. Searle, A taxonomy of illocutionary acts, in *Expression and Meaning. Studies in the theory of speech acts*. Cambridge University Press 1979, blz. 1-29. Ook ander werk van Searle (en van Vanderveken) is relevant, maar ik zal dat hier buiten beschouwing laten.

Taalhandelingen met de world-to-word direction of fit beïnvloeden de werkelijkheid niet rechtstreeks. Het is niet zeker dat bevelen worden opgevolgd en dat beloftes worden nagekomen. Het is mogelijk om een bevel te geven waarmee als taalhandeling niets mis is, maar dat niet opgevolgd wordt, zodat de wereld niet in overeenstemming wordt gebracht met de inhoud van het bevel. Met andere woorden, uitvoeringssucces impliceert hier niet automatisch fit-succes.

Dat ligt anders voor de derde soort taalhandelingen welke door Searle wordt besproken, te weten de constitutieve taalhandelingen. (Zowel Searle als Ruiters gebruiken de uitdrukking *declarations*.) Constitutieve taalhandelingen worden gekenmerkt door een dubbele direction of fit. Searle bespreekt als voorbeeld het benoemen van iemand tot voorzitter. Als zo'n benoeming succesvol wordt uitgevoerd, wordt de benoemde persoon daarmee voorzitter. Dat wil zeggen dat de wereld direct wordt aangepast aan de inhoud van de taalhandeling. Uitvoeringssucces impliceert hier automatisch fit-succes. Bovendien maakt de taalhandeling zijn eigen propositionele inhoud waar. De taalhandeling sluit ook aan bij de wereld. Kortom, er is zowel sprake van world-to-word als van word-to-world direction of fit.

Het verdient opmerking dat de world-to-word fit in geval van declarations niet afhankelijk is van de effectiviteit van de taalhandeling, zoals dat wel het geval is bij directives en commissives. Het is denkbaar dat iemand met succes tot voorzitter is benoemd, zonder dat de sociale omgeving van de nieuwbenoemde voorzitter hem als zodanig erkent. Hoewel er dan in zekere zin sprake is van fit-succes, omdat de benoemde persoon inderdaad voorzitter is geworden, is er in een andere zin geen fit-succes, omdat het voorzitterschap niet erkent wordt. Blijkbaar is het mogelijk om bij constitutieve taalhandelingen te onderscheiden tussen twee soorten fit-succes. Primair fit-succes vloeit automatisch voort uit het uitvoeringssucces van de constitutieve taalhandeling.²² Secundair fit-succes veronderstelt een zekere effectiviteit van de constitutieve taalhandeling, analoog aan de effectiviteit die nodig is voor het fit-succes van een bevel. Ik kom hier later nog op terug, bij de bespreking van het werk van Ruiters.

Tenslotte onderscheidt Searle nog de categorie van expressieve taalhandelingen (*expressives*), die worden gekenmerkt door het ontbreken van een direction of fit. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan taalhandelingen als verzuchtingen, uitingen van vreugde, pijn of verdriet, enzovoort.

Ruiters verbetert in zijn boek de door Searle gemaakte onderscheidingen, ondermeer door beloften onder te brengen bij de declarations (ILF 67 e.v.). Immers door een belofte te doen schept men een verplichting. Deze verplichting komt tot stand onafhankelijk van de vraag of hij ook wordt nagekomen. Dit samengaan van uitvoeringssucces en fit-succes past in de opvatting dat beloften declarations zijn en niet in de opvatting dat beloften een soort directives zijn. Verder onderscheidt Ruiters tussen bevelen (*imperatives*) en commando's (*commands*). Commando's veronderstellen

²² Het is verleidelijk om daarom primair fit-succes te identificeren met uitvoeringssucces. Toch is dat niet goed, want als een rechtshandeling wordt vernietigd ontbreekt het primaire fit-succes, terwijl de rechtshandeling wel

bevoegdheid van de commanderende persoon. Een succesvol commando roept een verplichting in het leven, net als een succesvolle belofte. Vandaar dat commando's net als beloften worden geclassificeerd als constitutieve handelingen (declarations) (ILF 70 e.v.).

De volgende stap die Ruiters zet is het verder analyseren van de categorie constitutieve taalhandelingen. Hij introduceert de categorie *presentaties*. Een presentatie is het resultaat van een succesvolle constitutieve taalhandeling. Presentaties oefenen als het ware druk uit op de werkelijkheid om conform de presentatie-inhoud te zijn. De succesvolle benoeming van Katrien tot voorzitter leidt bijvoorbeeld tot de geldige presentatie van Katrien als voorzitter. Deze presentatie oefent druk uit op de werkelijkheid, met name op de sociale omgeving van Katrien, om Katrien als voorzitter te erkennen. Deze druk valt in abstracto te omschrijven als de druk om het primaire fit-succes te doen volgen door het secundaire fit-succes. Ruiters schrijft in dit verband dat een geldige presentatie een legitimatie vormt voor het daarmee in overeenstemming zijn van de werkelijkheid. Omgekeerd schiet de werkelijkheid te kort als een gepresenteerde stand van zaken zich niet in de werkelijkheid voordoet (ILF 67).

Constitutieve taalhandelingen zijn steeds constitutief in tweeërlei opzicht, overeenkomstig het uitvoeringssucces van de taalhandeling en het primaire fit-succes.²³ Ten eerste constitueert de handeling een taalhandeling van een bepaald type, bijvoorbeeld een belofte, of een commando. Dit is het uitvoeringssucces. Ten tweede roept de aldus geconstitueerde taalhandeling bepaalde niet-talige gevolgen in het leven, bijvoorbeeld een verplichting. Dit is het primaire fit-succes. Ruiters maakt van de eerste vorm van constitutie gebruik door zeven verschillende soorten constitutieve taalhandelingen te onderscheiden (ILF 78). In het recht corresponderen zeven typen van rechtshandelingen met deze zeven soorten declarations (ILF 90).

Om te beginnen zijn er *declaratieve rechtshandelingen*. Succesvolle uitvoering van zo'n declaratieve rechtshandelingen levert een rechtsgeldige presentatie van een stand van zaken op. Te denken valt bijvoorbeeld aan het in het leven roepen van een rechtspersoon.

Er zijn ook *aansporende rechtshandelingen*, waarmee het auditorium rechtens wordt aangespoord om iets te doen of na te laten. Aanbevelingen en adviezen van de Europese Commissie (art. 189 EG-Verdrag) vallen onder deze categorie.

Imperatieve rechtshandelingen leveren rechtsgeldige bevelen aan het auditorium op om iets te doen of na te laten. Ruiters heeft hierbij wettelijke voorschriften op het oog.

Voornemende rechtshandelingen (purposive acts-in-the-law) leveren een rechtsgeldige presentatie op van het voornemen van de actor om iets te doen of na te laten. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de pre-ambule van het EG-Verdrag.

succesvol was uitgevoerd. Daaruit blijkt dat onder uitzonderlijke omstandigheden uitvoeringssucces niet (blijvend) samen gaat met fit-succes.

²³ Searle bespreekt dit verschijnsel kort op blz. 17 van *Expression and Meaning*.

Committerende rechtshandelingen leiden volgens Ruiter tot een rechtsgeldig bevel aan de actor zelf om iets te doen of na te laten. Zo nemen de partijen bij het EG-Verdrag in art. 5 van dat verdrag een verplichting op zich. Het aangaan van een obligatoire overeenkomst is een alledaagser voorbeeld van een committerende rechtshandeling.

Assertieve rechtshandelingen leveren een rechtsgeldige representatie op van een stand van zaken. Te denken valt in dit verband aan een rechtens bindende vaststelling van bepaalde feiten.

Tenslotte zijn er *expressieve rechtshandelingen*. Ruiter geeft als voorbeeld art. 54 van de Nederlandse Grondwet van voor 1983, waarin sprake is van het officieel - en naar we mogen aannemen rechtsgeldig - eer betuigen aan de nieuwe koning.

Uit deze uitgebreide lijst van soorten rechtshandelingen blijkt dat Ruiter rechtshandelingen opvat als het rechtens verrichten van bepaalde soorten handelingen. Dit is ruimer dan de traditionele omschrijving die bij benadering neerkomt op het krachtens door het recht verleende bevoegdheden in het leven roepen van rechtsgevolgen. Het 'rechtsgevolg' van een expressieve rechtshandeling in de zin van Ruiter is immers niet meer dan dat het betreffende type rechtshandeling geldt als rechtsgeldig te zijn verricht. Hierboven schreef ik dat constitutieve handelingen typisch twee soorten constitutie opleverden. Slechts de declaratieve, de imperatieve, de committerende en de assertieve rechtshandelingen uit Ruiter's catalogus leveren deze dubbele constitutie op. Aansporende, voornemende en expressieve rechtshandelingen zijn slechts constitutief voorzover ze handelingen van het betreffende type constitueren. Met andere woorden, waar declaratieve, de imperatieve, de committerende en de assertieve rechtshandelingen zowel uitvoeringssucces als primair fit-succes kunnen hebben, kunnen aansporende, voornemende en expressieve rechtshandelingen enkel uitvoeringssucces hebben.

Als uitwerking van zijn classificatie van rechtshandelingen gaat Ruiter in op een aantal typen rechtshandelingen en rechtsnormen die in de rechtstheoretische literatuur de aandacht hebben getrokken. Zo bespreekt hij bevoegdheidverlenende normen als normen die declaratieve rechtshandelingen regelen en bepalen dat de door die rechtshandelingen in het leven geroepen presentaties rechtsgeldig zijn. Hij analyseert sterke permissies²⁴ als het resultaat van speciale declaratie met de strekking dat er geen verplichting is op een bepaalde wijze te handelen en hij geeft analyses in termen van declaratieve rechtshandelingen van het nietig verklaren en het intrekken van rechtsnormen (ILF, hfdst. 4).

Hoewel ik, zoals reeds uitgelegd, hier niet wil ingaan op Ruiter's rechtslogische opvattingen, wil ik een uitzondering maken voor de vraag waarom een logica van rechtsnormen mogelijk is. Ruiter heeft namelijk een artikel over die vraag geschreven dat licht werpt op hoe hij het bestaan van de institutionele rechtswerkelijkheid ziet.

²⁴ Over het onderscheid tussen sterke en zwakke permissie, zie A. Soeteman, *Logic in Law*, Law and Philosophy Library 6, Kluwer, Dordrecht 1989, blz. 132 e.v.

In zijn *Legal validity qua specific mode of existence* stelt Ruiter de vraag aan de orde of en hoe het standpunt dat geldigheid de bestaanswijze van rechtsnormen is, te verenigen valt met het aan logica onderworpen zijn van rechtsnormen. Als geldigheid namelijk een bestaanswijze is, zijn geldigheid en waarheid onvergelykbare grootheden en lijkt het onmogelijk om, zoals Soeteman en Brouwer voorstelden, de geldigheid van normen als een soort analogon van waarheidswaarden te behandelen.²⁵ Toch lijken er logische relaties tussen normen te bestaan. De normen dat stelen is verboden en dat stelen verplicht is staan logisch gezien op gespannen voet met elkaar.

Ruiter lost de problematiek op door aandacht te besteden aan twee aspecten van institutionele feiten. Enerzijds bestaan ze op grond van een perfecte constitutieve handeling, en anderzijds behoeven ze erkenning in de sociale praktijk. Het is niet voldoende om op de correcte wijze het recht te krijgen om een huis te bewonen, het is ook nodig dat dit recht door de rechtsgemeenschap wordt erkend. Nu is het volgens Ruiter niet mogelijk dat inconsistente normen tegelijkertijd sociale erkenning vinden. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk dat men tegelijk wel en niet erkent dat iemand het recht heeft om een huis te bewonen. Deze onmogelijkheid, die heel goed logische onmogelijkheid kan worden genoemd, slaat terug op de rechtsregels die eraan ten grondslag liggen. Deze regels slagen er niet in het bestaan van strijdige rechtsnormen te bewerkstelligen. Kortom, het is niet mogelijk dat strijdige rechtsnormen tegelijk geldig zijn, dat wil zeggen bestaan. Aldus slaagt Ruiter er in geldigheid als bestaanswijze van normen te verenigen met de opvatting dat normenlogica mogelijk is.

Om dat resultaat te bereiken heeft Ruiter moeten aannemen dat er twee aspecten zitten aan de geldigheid van rechtsnormen, te weten een ideëel aspect en een feitelijk aspect. (Vergelijk de in par. 2 besproken opvatting van Weinberger over de duale bestaanswijze van rechtsregels.) Het ideële aspect houdt in dat rechtsnormen hun bestaan kunnen ontleenen aan op de juiste wijze verrichte rechtshandelingen. Het feitelijke aspect houdt in dat rechtsnormen voor hun bestaan sociale erkenning behoeven. Mijn contractuele verplichting om kraakpanden te ontruimen zou gepaard moeten gaan met de psycho-sociale erkenning dat ik die verplichting heb.

Hetzelfde kan ook weer worden geformuleerd in termen van primair en secundair fit-succes. Primair fit-succes is het directe gevolg van het uitvoeren van een rechtshandeling. Secundair fit-succes veronderstelt daarnaast dat de rechtsgemeenschap de ontstane rechtsgevolgen ook erkent. Als die twee soorten fit-succes samengaan is er niets aan de hand, maar als er een discrepantie ontstaat doordat de resultaten van een geldige rechtshandeling niet worden erkend, rijst de vraag of de uit de rechtshandeling voortvloeiende norm al dan niet geldig is.

Ruiter beantwoordt die vraag ontkennend, maar aldus lijkt hij het ideële aspect van rechtsnormen ondergeschikt te maken aan het sociale aspect. Het omgekeerde zou ook mogelijk zijn. Waarom zouden institutionele feiten niet 'inconsistent' kunnen zijn, met het gevolg dat ze *niet* alle erkenning

²⁵ Vgl. Soeteman, *Logic in Law*, blz. 62 e.v. en P.W. Brouwer, Over de toepassing van de tweewaardige logica in het rechtsdenken, in A. Soeteman en P.W. Brouwer (red.), *Logica en recht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1982, blz. 17-30.

kunnen vinden? Kan ik, als ik de fout maak teveel te beloven, niet zowel verplicht zijn om in Amsterdam als in Brussel te zijn? Beantwoording van deze vragen voert te ver voor het huidige bestek, maar de mogelijkheid ze op te werpen laat zien tot welke complicaties institutionele theorieën van het recht aanleiding kunnen geven.

Samenvattend kunnen we stellen dat Ruiter voortbouwt op het werk van MacCormick en Weinberger door, gebruik makend van Searle's taalhandelingsstheorie, een analyse te geven van rechtshandelingen en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen en wel met name het ontstaan van rechtsnormen.

5. Het conventionalisme van Lagerspetz

Institutionele feiten veronderstellen voor hun bestaan sociale instituties. Een theorie over het bestaan van institutionele feiten roept daardoor gemakkelijk de vraag op hoe sociale instituties bestaan. In zijn boek *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*²⁶ geeft Lagerspetz, zoals de titel van zijn boek reeds duidelijk maakt, een conventionalistische theorie over het bestaan van instituties.

Voortbouwend op Searle stelt Lagerspetz dat institutionele feiten inherent afhankelijk zijn van regels die in een bepaalde gemeenschap bestaan. Maar dan werpt Lagerspetz direct de vraag op wat voor soort feit, bruut of institutioneel, het bestaan van deze regels in de relevante gemeenschappen is (blz. 5). Het bestaan van een regel is geen bruut feit in de zin van een zuiver fysiek feit. Anderzijds kan het bestaan van regels niet steeds een institutioneel feit zijn, want dat zou tot een oneindig regres leiden.

Lagerspetz stelt zich ten doel dit dilemma te omzeilen door een notie van een niet-bruut feit te ontwikkelen dat niet inherent afhankelijk is van regels. De basisgedachte achter zijn theorie is dat er dingen en feiten bestaan die voor hun bestaan afhankelijk zijn van het geloof en het handelen overeenkomstig dat geloof van relevante individuen.²⁷ Ter uitwerking van deze basisgedachte maakt Lagerspetz gebruik de theorievorming over conventies. Eerst definieert Lagerspetz de notie van een *wederkerig geloof* (mutual belief):

Binnen een populatie S wordt wederkerig geloofd dat p, dan en slechts dan als:

1. iedereen in S gelooft dat p;
2. iedereen in S gelooft dat iedereen in S gelooft dat p ... en zo voort tot in het oneindige;
3. iedereen in S gelooft dat niemand in S een zodanig geloof van hogere orde heeft in die oneindige reeks over het geloof van andere leden van S, dat dit gevolgen zou hebben voor het gedrag van een lid van S.

²⁶ E. Lagerspetz, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Law and Philosophy Library 22, Kluwer, Dordrecht 1995.

²⁷ Lagerspetz wijst erop dat Searle in een artikel uit 1991 een soortgelijke notie van institutionele feiten ontwikkelde en we hebben hierboven gezien dat deze notie verder is ontwikkeld in Searle's *Construction*.

Op basis van deze definitie definieert Lagerspetz de notie van een *conventioneel feit*, die sterk verwant is aan de notie van een institutioneel feit zoals gehanteerd door Searle en MacCormick :

De zin ‘a is F’ drukt een conventioneel feit uit indien a dan en slechts dan de eigenschap F heeft als:

1. het een wederkerig geloof is binnen de relevante populatie S dat a de eigenschap F heeft;
2. het onder 1 genoemde wederkerige geloof in relevante situaties op zijn minst een partiële reden is voor de leden van S om handelingen te verrichten die zinvol zijn omdat a de eigenschap F heeft.

Voorbeelden van dergelijke conventionele feiten zijn dat het marktplein de ontmoetingsplaats voor volksvergaderingen is en dat dit stukje papier geld is. Het stukje papier is bijvoorbeeld geld omdat mensen geloven dat het geld is en omdat dit geloof in ieder geval deels de reden is dat ze dergelijke stukjes papier gebruiken in ruiltransacties.

Lagerspetz laat vervolgens zien dat zijn notie van een conventioneel feit nuttig is om een aantal voor het recht relevante verschijnselen te duiden. Zo definieert Lagerspetz een regulatieve regel binnen een gemeenschap S als volgt (blz. 19):

R is een regulatieve regel binnen S als

1. de leden van S in het algemeen R volgen;
2. er een wederkerig geloof binnen S bestaat dat R een regulatieve regel binnen S is, en
3. het gestelde onder 2 tenminste een partiële reden voor het gestelde onder 1 is.

Om aan te geven dat niet alle regels bestaan als conventionele feiten geeft Lagerspetz een andere bestaansmogelijkheid aan:

R is een regel binnen S als er een regel R' is die R definieert als regel van S.

Andere voor het recht relevante noties welke een vergelijkbare conventionele omschrijving te beurt vallen, zijn die van gezag (hoofdstuk 4), de basis van rechtssystemen (hoofdstuk 6) en van verplichtingen (blz. 141 e.v.).

Lagerspetz' notie van een conventioneel feit vertoont grote overeenkomst met Searle's recentste opvattingen over institutionele feiten en met Ruiter's visie op het feitelijk aspect van rechtsnormen. Ik zal op dat laatste wat nader ingaan. Ik heb hierboven gesteld dat volgens Ruiter rechtsnormen een duaal karakter hebben. Enerzijds zijn ze ideëel doordat hun bestaan afhankelijk is van een geldige rechtshandeling. Anderzijds zijn ze feitelijk omdat ze erkend moeten worden in de sociale praktijk. Die noodzaak van erkenning in de sociale praktijk is precies wat in de visie van Lagerspetz essentieel

is voor conventionele feiten. Maar Lagerspetz onderscheidt conventionele feiten van feiten die op een regel zijn gebaseerd. Dat regelgebaseerde karakter is nu juist karakteristiek voor het ideële aspect van rechtsnormen in Ruiter's analyse. Het lijkt erop dat de twee aspecten die Ruiter in geldige rechtsnormen onderscheidt corresponderen met conventionele en regelgebaseerde feiten in de zin van Lagerspetz. Dit roept de vraag op, of de twee aspecten die ik onderscheid in Ruiter's analyse van rechtsnormen wel twee aspecten van hetzelfde zijn, of dat het om verschillende vormen van geldigheid van rechtsnormen gaat. Door te onderscheiden tussen het primaire en het secundaire fit-succes van constitutieve handelingen, corresponderend met het ideële en het sociaal-psychologische aspect van het bestaan van rechtsnormen, heb ik al aangegeven dat ik neig tot de laatste opvatting.²⁸

6. Morton's institutionele theorie

In paragraaf 2 heb ik al aangestipt dat de institutionele rechtstheorie een voorloper heeft in het werk van Hauriou. In het algemeen geldt dat sociologisch werk met betrekking tot sociale instituties relevant is voor institutionele rechtstheorieën. Dit inzicht ligt ten grondslag aan Morton's boek *An Institutional Theory of Law*. Morton's uitgangspunt wordt als volgt geformuleerd²⁹:

'...the legal field stands out as a very distinctive segment of social life. To examine this phenomenon, and the distinctive language and concepts of lawyers, we need to identify the particular forms of life in which legal norms exist and legal language is generated. The concepts of law cannot successfully be explained without taking account of the institutional bases from which the concepts have emerged.'

Aan dit uitgangspunt is in zoverre een probleem verbonden, dat de instituties van het dagelijks leven sterk tijd- en plaatsgebonden zijn. Als zodanig zijn ze niet geschikt om te fungeren als basis voor een algemene theorie over het recht. Daarom neemt Morton zijn toevlucht tot wat zijns inziens de meest elementaire eenheden zijn van menselijk leven en activiteit, namelijk de *institutionele vormen* (blz. 12). Deze institutionele vormen zijn als het ware de atomen waaruit meer complexe instituties zijn opgebouwd. Inzicht in de institutionele vormen die in sociale relaties zijn betrokken, vergroot het inzicht in die relaties.

Morton onderscheidt twee hoofdtypen van institutionele vormen, namelijk de associatieve en de praktische vormen. In de associatieve vormen ligt de nadruk op normen die het lidmaatschap van de associatie beheersen en de relaties tussen de leden definiëren. In de praktische vormen ligt de nadruk op aard en structuur van de normen die betrekking hebben op participerende activiteiten gericht op het bereiken van bepaalde doelstellingen.

Als associatieve vormen noemt Morton de Gemeenschap (Community), de Maatschappij (Society), de Organisatie (Organisation) en de Groep (Group). De Gemeenschap is de oudste associatieve vorm, de vroegste vorm van sociaal leven. Voor Morton's doeleinden (onder meer om te

²⁸ In mijn *Reasoning with Rules*, Law and Philosophy Series 27, Kluwer, Dordrecht 1997, heb ik analoog aan Lagerspetz twee soorten bestaanswijze (geldingswijzen) van rechtsnormen onderscheiden, namelijk die van sociale en die van institutionele rechtsnormen.

²⁹ P. Morton, *An Institutional Theory of Law*. Clarendon Press, Oxford 1998, blz. 56.

betogen dat sociale regels een Staat veronderstellen) is het vooral van belang de Gemeenschap negatief te karakteriseren. Met name geeft hij aan dat er weinig redenen zijn om aan te nemen dat Gemeenschappen sociale regels kenden, althans sociale regels zoals die in een Maatschappij voorkomen. Met name het universele karakter van regels zou ontbreken. De normen van een Gemeenschap bestaan niet onafhankelijk van de vormen die ze structureren, ze zijn spontaan ontstaan en zijn, zolang ze bestaan, flexibel en worden eenvoudig aangepast aan veranderingen.

De Maatschappij als institutionele vorm wordt gedefinieerd als een associatie van individuen die leven in een scherp omljnd territorium, die bestuurd worden door een Staat en die aan dezelfde algemene sociale regels onderworpen zijn. Een Maatschappij is dus het correlaat van een Staat; het is een levensvorm die niet kan worden geïdentificeerd voordat er een Staat is.

De leden van een Maatschappij zijn, per definitie, onderworpen aan normatieve controle door middel van algemene sociale regels. Sociale regels gelden in principe voor alle leden van een Maatschappij, maar niet buiten de maatschappij. Omdat een Maatschappij een kunstmatige vorm is, zijn ook sociale normen in zekere zin kunstmatig. Ze hoeven niet gebaseerd te zijn op consensus, noch hoeven ze te zijn afgeleid van een gedeelde opvatting van het goede, of kunnen ze aan de hand van zo'n opvatting beoordeeld worden. Omdat sociale normen van toepassing zijn op alle leden van een Maatschappij, die een heel land omvat, zullen ze natuurlijk voorkomende, locale, op gewoonte gebaseerde Gemeenschapsnormen doorsnijden en vervangen. Dat betekent dat ze in het algemeen op enigerlei wijze aangenomen, of op regelgeving gebaseerd moeten zijn. Sociale regels zijn dan ook steeds geschreven regels. Bovendien kunnen sociale regels slechts bestaan voor zover ze worden afgedwongen.

De Burgerlijke Maatschappij (Civil Society) is een speciale soort Maatschappij, te weten de maatschappij zoals gearticuleerd vanuit het juridische gezichtspunt. Het bestaan van een Burgerlijke Maatschappij is daarom afhankelijk van effectieve juridische Praktijken waarin de relaties van de leden van die Maatschappij zowel onderling als met betrekking tot de Staat juridisch gedefinieerd worden.

Een Organisatie is een associatie van individuen, niet territoriaal gedefinieerd, waarvan de leden, in onderwerping aan controle vanuit de Organisatie, samenwerken in het nastreven van de verklaarde doelstellingen van de Organisatie. Teneinde hun doeleinden te bereiken, verrichten Organisaties Activiteiten (Activities). Eén van die Activiteiten is het afdwingen van de navolging van sociale regels. Activiteiten worden nadrukkelijk onderscheiden van de nog te bespreken Praktijken (Practices), die gericht zijn op het bewerkstelligen van institutionele effecten.

De Staat is een Organisatie, veelal bestaande uit een aantal sub-organisaties, die claimt het machtigste lichaam te zijn binnen het territorium waarover hij het bestuur uitoefent.

Morton omschrijft de Groep als die associationele vorm waarin sociaal betekenisvolle waarden, opvattingen en ideeën worden gegenereerd en in stand gehouden. De Groep wordt dus in axiologische termen gedefinieerd. Het is een nogal heterogeen verschijnsel. Niet alleen naties, minderheden,

stammen, bewegingen en dissidenten worden als groepen beschouwd, maar ook juristen, homoseksuele gemeenschappen, tuiniers en rock and roll enthousiastelingen. Leden van een Groep worden gekenmerkt door een zeker commitment ten aanzien van de waarden van de groep. Bovendien draagt het lidmaatschap van de Groep bij tot de persoonlijkheid van de leden. Het gaat om meer dan het enkele gemeenschappelijk hebben van bepaalde eigenschappen, of een soort affiniteit met anderen.

De door Morton besproken praktische vormen zijn de reeds eerder genoemde Activiteiten en Praktijken. Een Activiteit is een gevestigd gedragspatroon dat gecreëerd wordt als individuen of collectieven publiekelijk herkenbare doeleinden nastreven. Het is niet enkel de intentie om iets te doen, maar een algemeen waarneembare configuratie van menselijk gedrag. Activiteiten worden gekarakteriseerd door het daarmee nagestreefde doel. Dit doel hoeft overigens niet omwille van zichzelf te worden nagestreefd, maar mag ook een subdoel zijn.

Voor het begrijpen van de wereld van het recht zijn Praktijken de belangrijkste institutionele vorm. Morton omschrijft een Praktijk als een procedure die het mogelijk maakt een bepaald doel, een normatieve verandering, te bereiken door middel van bepaalde stappen en door het voldoen aan bepaalde voorwaarden. Normatieve Praktijken zijn procedures die onmiddellijke en opzettelijke veranderingen in de normatieve wereld mogelijk maken. Hiermee lijken Praktijken overeen te komen met de gedragspatronen die worden geïdentificeerd door institutionele en beëindigingsregels in de zin van MacCormick.

Naast institutionele vormen onderscheidt Morton tenslotte nog institutionele velden (blz. 43). Dit zijn segmenten van sociaal leven, zoals politiek, recht en godsdienst, die ook wel instituties worden genoemd. Deze institutionele velden moeten volgens Morton onderscheiden worden van institutionele vormen. Hij beschouwt een institutioneel veld eenvoudigweg als een bijeengenomen aggregaat van verschillende institutionele vormen. Zo omvat het recht bijvoorbeeld Organisaties, Activiteiten en Praktijken.

Morton gebruikt de hierboven genoemde onderscheidingen, en nog enkele andere die ik niet genoemd heb, om een analyse te geven van een aantal onderdelen van het recht. Zo wijdt hij hoofdstukken aan het strafrecht, het burgerlijk recht, subjectieve rechten, de ideale constitutie voor een democratische gemeenschap en publiekrecht. Het laatste hoofdstuk besteedt Morton aan het juridisch funderingsdenken, omschreven als het streven om het bestaan van een basisstructuur vast te stellen van waarden en normen die impliciet besloten liggen in de aard van de mens als sociaal dier. Morton wijt het falen van dit funderingsdenken aan een gebrek aan inzicht in de institutionele vorm die de Burgerlijke Maatschappij is. Hij noemt met name de verwarring van de burgerlijke Maatschappij met een gemeenschap (en soort Groep) die door gedeelde waarden wordt gekarakteriseerd (blz. 365).

7. Redengebaseerde feiten

Institutionele theorieën over het recht hebben betrekking op verschillende rechtsfilosofische thema's, zoals we hebben gezien bij de bespreking van het werk van MacCormick en Weinberger, Ruiter,

Lagerspetz en Morton. Het kenmerkende van de institutionele theorieën is dan ook niet de thema's die behandeld worden, als wel het uitgangspunt dat daaraan ten grondslag ligt. Dat uitgangspunt is dat er een (rechts)werkelijkheid is die de werkelijkheid van de materiële feiten overstijgt, maar daar toch op is gebaseerd, een rechtswerkelijkheid die in staat het is het feitelijke en het normatieve, c.q. waarderende in zich te verenigen. Aan dat ontologische uitgangspunt kan nog een methodologisch uitgangspunt worden verbonden, te weten dat bestudering van de sociale werkelijkheid, inclusief de werkelijkheid van het recht, hermeneutisch dient plaats te vinden.

Hoewel het zich (tot nog toe) niet als een institutionele rechtstheorie afficheerde, kan mijn eigen werk over redengebaseerde feiten zowel naar ontologische uitgangspunten als naar voorgestane methode, als zodanig worden geïnterpreteerd.³⁰ Vandaar dat ik het hier kort zal bespreken vanuit de invalshoek van de institutionele rechtstheorieën.

In *Feiten en betekenis* schetste ik een ontologische theorie waarin de werkelijkheid wordt voorgesteld als op elkaar gebouwde lagen feiten, waarbij de hogere lagen bijkomend zijn ten opzichte van de lagere lagen en worden gekenmerkt door een meerwaarde aan betekenis. Ik ging er namelijk van uit dat niet alleen symbolen betekenis kunnen hebben, maar ook feiten. Die betekenis kan ook normatief (gedragleitend) zijn, en feiten die zulke betekenis inherent hebben, sturen menselijk gedrag. Te denken valt bijvoorbeeld aan het *feit* dat ik vanmiddag een vergadering moet bijwonen. Als ik erken dat dit feit zich voordoet heeft dat implicaties voor mijn gedrag.

Feiten die gebaseerd zijn op daaraan ten grondslag liggende feiten en die worden gekenmerkt door een meerwaarde aan betekenis worden in *Reasoning with Rules redengebaseerde feiten* genoemd. De onderliggende feiten zijn namelijk de redenen voor het bestaan van de daarop gebaseerde feiten. De relatie tussen redengebaseerde feiten en de daaraan ten grondslag liggende redenen heeft één van twee vormen. De ene vorm is dat de redenen te zamen het redengebaseerde feit opleveren. Bijvoorbeeld, het niet-nakomen van een contactuele verplichting levert tekortkoming op. De andere vorm is die welke reeds door MacCormick werd genoemd in verband met institutionele regels, namelijk dat bepaalde feiten het ontstaan van het reden-gebaseerde feit als het ware 'veroorzaken'. Zo 'veroorzaakt' tekortkoming onder bepaalde omstandigheden een schadevergoedingsplicht. Deze opvattingen en de uitwerking daarvan, zowel in *Feiten en betekenis* als in *Wat heet moeten?* kunnen worden gezien als een aanvaarding van de theorie van institutionele feiten en een poging om de relatie tussen institutionele feiten en de daaraan ten grondslag liggende brute feiten nader te bepalen. Met name gaat de analyse van de relatie tussen redenen en de daarop gebaseerde feiten in termen van de meerwaarde aan betekenis van reden-gebaseerde feiten dieper dan de analyses van Searle, MacCormick en Weinberger.

³⁰ De in dit verband meest relevante werken zijn: J.C. Hage, *Feiten en betekenis*, dissertatie Leiden 1987; *Wat heet moeten?*, *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 25, 1996, blz. 113-133; en de reeds eerder genoemde werken *Reasoning with Rules* en *Semantics for a Fragment of Moderately Naturalistic Deontic Logic*.

In *Reasoning with Rules* wordt bovendien in detail nagegaan hoe constitutieve regels werken. De hierdoor verkregen inzichten worden toegepast op de relatie tussen rechtsbeginselen, rechtsregels en doeleinden binnen het recht. Verder wordt de theorie over de werking van regels, doeleinden en beginselen geformaliseerd tot een speciale logica voor regeltoepassing. In *Semantics for a Fragment of Moderately Naturalistic Deontic Logic* wordt aandacht besteed aan de vraag wat de implicaties zijn van de geschetste theorie over de logica van constitutieve regels voor het afleiden van normatieve proposities uit beweringen over het feitelijk bestaan van rechtsnormen. Dit artikel is een logische uitwerking van de ontologische theorie uit *Wat heet moeten?*.

8. Conclusie

Rechtsfilosofische en rechtstheoretische vragen kunnen vaak slechts beantwoord worden op basis van een onderliggende theorie over wat het recht is. Zo'n theorie is niet zo eenvoudig te geven, omdat het recht zowel een feitelijk, namelijk sociaal verschijnsel is, als een gedragsturend, normatief verschijnsel. Zo'n vijftiende eeuwse rechtsfilosofie hebben laten zien dat beide aspecten van het recht zich moeilijk laten verzoenen. De institutionele theorieën over het recht vormen een poging een theoretisch bevredigende synthese te geven. In dit artikel heb ik getracht aan te geven wat de uitgangspunten van de institutionele theorieën zijn en tot welke concrete vragen en antwoorden die uitgangspunten kunnen leiden. De toekomst zal leren of de beoogde synthese inderdaad bevredigend is.