

Martin van Hees, Legal Reductionism and Freedom, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2000, vii + 187 p.

In zijn tweede boek dat is uitgegeven in Kluwers 'Law and Philosophy Library' (het eerste was *Rights and Decisions*) probeert Van Hees verschillen-

de dingen tegelijk te doen. Aan de ene kant wil hij een bijdrage leveren aan de nieuwe institutionalistische benadering van sociale en politieke verschijnselen. En aan de andere kant wil hij toevoegen aan het debat over de aard, omvang en waarde van vrijheid. De combinatie van deze twee bijdragen is dan dat vanuit de nieuwe institutionalistische benadering licht wordt geworpen op de problematiek rond vrijheid.

Wat houdt de nieuwe institutionalistische benadering in? Van Hees wijst als antwoord op twee onderzoeklijnen die gemeen zijn aan het werk van de 'nieuwe institutionalisten', te weten het in details beschrijven en analyseren van instituties en de bereidheid om de institutionele context van menselijk handelen niet alleen te beschouwen als factor in de verklaring van menselijk gedrag, maar ook als verschijnsel dat zelf verklaard kan worden in termen van individuele besluitvorming.

In de eerste twee hoofdstukken van *Legal Reductionism and Freedom* probeert Van Hees aannemelijk te maken dat als niet wordt gekozen voor een ontologische, maar voor wat hij noemt, een methodologische benadering van de bestudering van het recht, het reductionisme dat past bij het nieuwe institutionalisme goed aansluit bij het rechtspositivisme à la Kelsen. Ik denk echter dat rechtspositivisme een theorie is over de aard van het recht en daarmee per definitie ontologisch. Het verlaten van een ontologische benadering ten faveure van een methodologische mag voor de doeleinden van Van Hees de juiste aanpak zijn, maar daarmee verlaat hij voor mijn gevoel de problematiek waarmee het rechtspositivisme zich bezighoudt ten behoeve van een meer politiekwetenschappelijke benadering van het recht. Rechtspositivisme en nieuw institutionalisme à la Van Hees bijten elkaar niet, maar sluiten mijns inziens ook niet bij elkaar aan. Met name Kelsens streven de zuivere rechtsleer te scheiden van een sociologische benadering van het recht staat voor mijn gevoel haaks op het streven om het recht te verklaren in termen van menselijke gedragingen.

In de hoofdstukken 3 en 4, die tezamen met de eerste twee hoofdstukken het 'institutionele deel' van *Legal Reductionism and Freedom* vormen, schetst Van Hees het institutionalistische begrippenkader waarmee hij in het tweede deel van het boek de notie van vrijheid zal analyseren. Met name het vierde hoofdstuk, waarin Van Hees het 'juridisch-politieke spel' analyseert, is van belang, omdat hij daarin de aanpak bespreekt om vrijheid te analyseren in termen van strategieën, combinaties van handelingen, in plaats van individuele handelingen. Van Hees introduceert hier de zogenoemde 'rechtenstructuren'. Dit zijn verzamelingen van strategieën, gedefinieerd in termen van hun uitkomsten. Aangezien deze uitkomsten mede afhankelijk zijn van de strategieën van anderen, spelen die strategieën een rol in de definitie van rechtenstructuren. Een kunstmatig beperkt voorbeeld van zo'n strategie, uitgaande van twee personen, i en j, zou zijn:

$$R(i): \{(f,f), (f,a)\} \\ \{(a,f)\}$$

Volgens deze structuur heeft i twee strategieën. In de eerste neemt i de fiets (f) en dan zijn er twee mogelijkheden, afhankelijk van of j ook de fiets neemt (f,f) of de auto (f,a). In de tweede strategie neemt i de auto en dan moet j de fiets nemen, want ex hypothesi is er maar een auto beschikbaar.

De lezer die bekend is met mogelijke werelden semantiek voor deontische logica's van het ought-to-be type zal herkennen dat deze rechtenstructuren sterk verwant zijn aan verzamelingen van (namelijk partieel gespecificeerde) deontisch perfecte werelden. Blijkbaar zijn er structurele overeenkomsten tussen bepaalde speltheoretische benaderingen van handelingen van bepaalde versies van deontische logica. Volgens Van Hees (persoonlijke communicatie) is dit ook de link tussen het hier besproken boek en zijn eerdere 'Rights and Decisions'.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Door rechten uit te oefenen kan een individu de mogelijke uitkomsten van een bepaalde situatie beperken. Maar sommige kwesties, bijvoorbeeld het tot stand brengen van wetten, kunnen niet door de uitoefening van individuele rechten worden bepaald. Dat zijn publieke kwesties, die door publieke besluitvorming moeten worden geregeld. Van Hees neemt aan dat een juridisch-politiek systeem niet alleen een rechtenstructuur specificeert, maar ook een sociaal besluitvormingsmechanisme, om publieke kwesties af te handelen. Op grond van hun voorkeuren oefenen individuen hun rechten uit en die uitoefening van rechten kan leiden tot nieuwe rechten. Van Hees beschrijft dit uit het recht bekende verschijnsel, dat rechtshandelingen kunnen leiden tot bevoegdheden om nieuwe rechtshandelingen te verrichten, in speltheoretische termen van hiërarchieën van spelvormen.

De kelseniaanse problematiek van de Grundnorm komt ook in dit conceptuele kader aan de orde. Maar anders dan Kelsen kiest Van Hees voor een reductivistische benadering en omschrijft de gelding uiteindelijk in termen van voorkeuren van individuen. Van Hees benadrukt dat dit een uitwerking is die past in het kader van de institutionele rechtstheorie van MacCormick en Weinberger, maar zijn reductie van de sfeer van het normatieve tot individuele voorkeuren overtuigt mij niet. Mogelijk zijn de waarheidsvoorwaarden van een normatieve zin zoals 'Het is verboden te stelen' te geven in zuiver niet-deontische termen. Ik heb zelf zoiets herhaaldelijk betoogd, in dit tijdschrift in 'Wat heet moeten?'. Maar dat wil niet zeggen dat het (juridische) moeten niets anders is dan een complex van niet-deontische feiten, of – wat mijns inziens op hetzelfde neer komt – dat de betekenis een deontische zin volledig kan worden weergegeven in niet-deontische termen. (Betekenis en waarheidsvoorwaarden vallen dus niet samen, zelfs niet bij descriptieve zinnen.)

Geconfronteerd met bovenstaande kritiek werpt Van Hees (persoonlijke communicatie) tegen dat het hem niet te doen is om de betekenis van het juridische moeten, maar om een verklaring daarvan. Dat pleit hem vrij van de reductie van het deontische tot het niet-deontische, maar benadrukt tevens de kloof tussen wat hij doet, namelijk verklaren van een deels institutionele werkelijkheid en wat Kelsen en MacCormick en Weinberger doen, namelijk proberen te analyseren van hoe juristen (beter: rechtsfilosofen) het recht percipiëren. Om het met klassiek geworden terminologie te zeggen, het gaat om het verschil tussen Erklären en Verstehen. Beide benaderingen zijn zinvol, ze kunnen elkaar aanvullen, maar ze zijn toch fundamenteel verschillend, ook als men probeert de manier waarop juristen tegen het recht aan kijken (het Verstehen) te verklaren.

In de tweede helft van het boek past Van Hees zijn reductionistische benadering toe op de analyse van juridische vrijheid. Terecht wijst hij er al direct op dat er verschillende opvattingen (conceptions) van vrijheid zijn en dat

This article from *Netherlands Journal of Legal Philosophy* is published by Eleven international publishing and made available to anyone who is an internet user

wordt ook gillustreerd door de veelheid van theorieën die van hees in de hoofdstukken 5 t/m 8 bespreekt. Zelf zou ik denken dat vrijheid in ieder geval onder meer inhoudt dat bepaalde gedragingen niet verboden zijn, maar Van Hees richt zich vooral op inperkingen die betrekking hebben op de mogelijkheden om zich op een bepaalde manier te gedragen. Zo bespreekt hij verboden in termen van het (vooraf) onmogelijk maken of het (achteraf) interveniëren in gedrag, maar gaat hij niet in op een verbod zonder dat dit enige impact heeft op de mogelijkheid van het (verboden of toekomstig) gedrag. Is een persoon die niet mag fluiten, maar die niet op enigerlei wordt gehinderd om te fluiten en wiens gedrag ook na het fluiten niet wordt beïnvloed omdat hij heeft gefloten, minder vrij dan een persoon die mag fluiten. Ik zou zeggen dat er een zinvolle opvatting van vrijheid is volgens welke de persoon die aldus niet mag fluiten pro tanto minder vrij is dan een persoon die wel mag fluiten. Wie anders denkt over sanctieloze verboden hanteert een andere opvatting van vrijheid.

Een belangrijk probleem met vrijheid in de zin van mogelijkheden, dat ook duidelijk naar voren komt in de door Van Hees besproken theorieën, is dat zowel positieve (wat wel mogelijk is) als negatieve (wat niet onmogelijk is gemaakt) theorieën lijden aan het feit dat het aantal mogelijkheden oneindig groot is. Ben je bijvoorbeeld meer vrij als je behalve soep met een balletje ook soep met twee balletjes kunt eten? Of, wat extremer, als je behalve een maaltijd van 1000 Kcal ook een maaltijd van 1001 Kcal kunt eten? En neemt je vrijheid toe als daar nog maaltijden van 999 kcal en van 1002 kcal naast komen? En als je zo'n maaltijd niet alleen om 12:00 uur kunt eten, maar ook een miljardste seconde later? En niet alleen met een lepel van 50 gram, maar ook met een van 50 gram en 1 milligram? Enzovoort. Als het begrippenapparaat maar ruim genoeg is, ontstaan er eindeloos veel soorten

handelingen, die zich vaak slechts op futiele wijze van elkaar onderscheiden. Dat maakt een kwantitatieve benadering van vrijheid moeilijk (en Van Hees staat die dan ook niet voor), want alle (aftelbaar) oneindig grote verzamelingen, dus ook die van gedragsalternatieven, hebben evenveel elementen. De vergelijking, voorzover kwantitatief, zal dan moeten plaatsvinden in termen van (strikte) deelverzamelingen.

Een vervelende complicatie hierbij, althans voor de theorievorming over vrijheid, is dat het verrichten van vele handelingen invloed heeft op het aantal beschikbare handelingen. Het is niet alleen de vrije keuze van de

This article from *Netherlands Journal of Legal Philosophy* is published by Eleven international publishers and made available to the online bezoeker

definities van de mate van vrijheid, weer invloed heeft op de mate van vrijheid. Heb je meer vrijheid als je een tijdlang wetenschappelijk onderzoek mag doen, met technologische vernieuwing en daarmee meer gedragsmogelijkheden als resultaat, dan als je diezelfde tijd televisie mag kijken, aannemende dat dat niet tot nieuwe gedragsmogelijkheden leidt?

Het leuke van de tweede helft van Van Hees' boek is dat je een reeks van dergelijke boeiende vragen over aard, omvang en waarde van vrijheid krijgt voorgeschoteld, met pogingen om die vragen te beantwoorden, zowel van Van Hees zelf als van andere auteurs die hij bespreekt, zoals Pattanaik en Xu, Ahlert, Sen en Carter. Het zou hier te ver voeren om op al die vragen in te gaan en ik kan de lezer die in de materie is geïnteresseerd alleen maar aanraden om *Legal Reductionism and Freedom* te lezen.

Met *Legal Reductionism and Freedom* heeft Van Hees een boek geschreven dat veel interessante vragen aan de orde stelt. Ik ben niet competent om de door Van Hees zelf gegeven antwoorden te beoordelen, maar weet wel dat lezing van zijn boek voor mij een verrijkende ervaring is geweest.

(Met dank aan Martin van Hees, die zo vriendelijk was om een eerdere versie van deze tekst van commentaar te voorzien. De verantwoordelijkheid voor deze tekst blijft vanzelfsprekend enkel bij mij.)

Jaap Hage (Maastricht)