

Mind the gap!

Over het (vermeende) belang van de verschillen tussen common law en civil law voor de rechtsfilosofie

Roland Pierik

Agnes Schreiner betoogt in haar artikel dat (meta)juridische theorieën altijd in een bepaalde maatschappelijke context zijn ontstaan en dat rechtswetenschappers en rechtsfilosofen bij het bestuderen van deze theorieën deze contextgebondenheid voortdurend in acht moeten houden. Haar waarschuwing is dat 'wat voor de meesten bijna hetzelfde lijkt (...) is als het erop aankomt daadwerkelijk ongelijk aan elkaar'. Een *statute* uit de common law-traditie is wezenlijk anders dan een *code* uit de civil law-traditie; een contract in het Nederlandse recht heeft een andere status (en omvang) dan een contract in het Amerikaanse recht; studenten uit verschillende rechtstradities interpreteren eenzelfde verhaal van Edgar Allan Poe op zeer verschillende manieren. Juridische producties representeren het rechtsstelsel van het eigen land en Schreiner waarschuwt rechtswetenschappers om dit voortdurend in het achterhoofd te houden. Ik ben het van harte met deze stelling eens – wat valt er tegen in te brengen? Waar ik minder van overtuigd ben, is haar extrapolatie, zonder al te veel argumenten, van deze stelling naar de rechtsfilosofie: 'Als de juridische producties zo duidelijk het rechtsstelsel van het thuisland en de eigen nationale rechtscultuur representeren, dan is het onmiskenbaar zo dat de metajuridische studies dat eveneens doen.' Ze stelt dat het werk van Posner, Nussbaum en Rawls zeer nuttig kan zijn om de Amerikaanse context te leren kennen, maar vaak te vanzelfsprekend wordt gebruikt als algemene theorieën buiten de Amerikaanse context: 'Realiseert men zich wel dat wat metajuridici analyseren, verklaren of begrijpelijk maken, contextgebonden is en daarmee uit ander hout gesneden?' In deze bijdrage wil ik twee vragen opwerpen. Is het verschil tussen de common law-traditie en de civil law-traditie werkelijk zo categorisch en zo belangrijk als Schreiner suggereert? En is dit verschil van even groot belang voor de rechtsfilosofie als voor de rechtswetenschap?

Schreiner richt haar analyse op de verschillen tussen de Anglo-Amerikaanse *common law*-traditie (met de door haar gestipuleerde uitzondering van Schotland) en de continentale *civil law*-traditie. Naast deze niet te veronachtzamen verschillen hebben beide tradities ook iets essentieels gemeen. De politieke en juridische stelsels van zowel het continentale als het Anglo-Amerikaanse model zijn gebaseerd op een liberaal-democratisch fundament. Overeenkomstig is dat in beide tradities een evenwicht wordt gezocht tussen een zo volledig mogelijke catalogus van individuele rechten, bijvoorbeeld zoals geformuleerd in Rawls' eerste principe van rechtvaardigheid, en een model van sociaaleconomische herverdeling, grofweg beschreven in Rawls' tweede principe. Natuurlijk, binnen de kapitalistische Verenigde Staten ligt dit evenwicht heel anders dan binnen de meer egalitaire Scandi-

navische landen, maar elke poging om deze gezamenlijke liberaal-democratische grondslag te ontkennen, lijkt me onhoudbaar. En volgens mij is deze gezamenlijke bron binnen rechtsfilosofische analyses belangrijker dan de door Schreiner gesignaleerde verschillen.

Deze liberaal-democratische principes geven slechts algemene en niet noodzakelijk eenduidige standaarden, en moeten worden gematerialiseerd in de juridische en politieke instituties van concrete samenlevingen om effectief te zijn. Deze implementatie kan op verschillende manieren plaatsvinden. De principes sluiten bepaalde institutionele constellaties uit – ondemocratische regimes, rechtsstelsels waar mensenrechten en de rechtsstatelijke beginselen worden geschonden – maar laten ook een ruime marge voor verschillende institutionele constellaties. Het rechtssysteem kan gebaseerd zijn op een geschreven of ongeschreven grondwet, georganiseerd zijn via de *common law*- of *civic law*-traditie, en democratische beginselen kunnen via een districtenstelsel of evenredig stelsel worden geïmplementeerd. En inderdaad, vaak zijn het historisch contingente factoren die beslissend zijn geweest over hoe een rechtssysteem eruitziet. Een Schots-Engelse oorlog op een constitutioneel moment in de Schotse geschiedenis verklaart waarom Schotland afwijkt van de rest van Groot-Brittannië. De Franse overheersing die een grote invloed heeft gehad op het Nederlandse recht. Echter, onder deze verschillende juridische modellen blijft een belangrijke gezamenlijkheid bestaan: Schotland, Engeland, Ierland en Wales, Nederland en de Verenigde Staten onderschrijven grosso modo dezelfde constitutionele liberaal-democratische principes.

Mijn stelling is dat de verschillen die Schreiner benadrukt tussen de *common law*-traditie en de *civil law*-traditie vooral van belang zijn voor een meer positiefrechtelijke analyse, en daar zijn Schreiners voorbeelden ook het sterkst – studenten die Edgar Allan Poe analyseren, het onderscheid tussen *statute* en *code*, de verschillende vorm van het contract in Nederlands en Amerikaans recht.¹ Maar Schreiner overdrijft de gevaren van het onderscheid voor de rechtsfilosofie. Haar stelling dat ‘een Nederlandse rechtswetenschapper’ niet zomaar Rawls of Nussbaum ‘kan lezen’, is te zwaar aangezet. Schreiner meent allerlei ‘flinke amerikanismen’ te bespeuren in Rawls’ *Theory of justice*, maar ze heeft nogal wat kunstgrepen nodig om Rawls in de Amerikaanse context te positioneren. Ze creëert het stereotype van de Amerikaan die het ‘vanzelfsprekend vindt om koste wat het kost de American dream te realiseren’ en stelt dat Rawls de sluier van onwetendheid nodig heeft om de ‘Amerikaan op Amerikaanse wijze tot een ander inzicht te bewegen’: het nastreven van de verzorgingsstaat die in de Verenigde Staten nog maar slechts ‘in de kinderschoenen staat’. Dit voorbeeld werkt alleen in haar betoog als Agnes veronderstelt dat wij in Europa Rawls niet nodig hebben omdat wij in staat zijn gebleken de verzorgingsstaat zonder de sluier van onwetendheid te ontwerpen. Het argument van de contextgebondenheid zou dan zo kunnen worden gereconstrueerd: wij (de verlichte?) Europeanen hebben Rawls niet nodig

1 In deze zin schaar ik Posners *How judges think* niet onder de rechtsfilosofie, omdat zijn analyse inderdaad wel heel sterk lijkt samen te hangen met de positiefrechtelijke traditie waar hij uit komt.

om tot bepaalde inzichten te komen en Rawls gebruikt allerlei amerikanismen om de Amerikanen te overtuigen. En omdat Rawls' werk dus zo nadrukkelijk in de Amerikaanse context ontworpen is, kunnen wij Europeanen dit niet zomaar als algemene theorie gebruiken. Inderdaad, dit onderscheid valt alleen vol te houden op basis van een erg essentialistisch beeld van de Amerikaanse en Europese cultuur.

Volgens mij is de sluier van onwetendheid in Rawls' *Theory of justice* een expliciete poging om aan de specifieke culturele context te ontkomen.² Zijn uitgangspunt is de morele gelijkwaardigheid van burgers – een constitutief uitgangspunt dat zowel binnen het continentale als binnen het Anglo-Amerikaanse model van de liberale democratie omarmd wordt. De sluier van onwetendheid heeft een zeer specifiek doel: het is de methode waarmee de morele gelijkwaardigheid van mensen kan worden gemodelleerd. Als we nadenken over de principes van rechtvaardigheid zouden verschillen in talent of persoonlijke overtuigingen over het goede leven – het nastreven van de *American dream*, of een devoot leven van religieuze toewijding in een klooster – geen rol mogen spelen. De sluier van onwetendheid dwingt je om alle mogelijke sociale posities mee te nemen in je overwegingen bij het beslissen over de principes van rechtvaardigheid voor jouw samenleving. Wat betekenen deze principes als ik een persoon ben die de *American dream* wil nastreven en hiervoor de talenten heb? Wat betekenen deze principes als ik dit wil, maar hiervoor de talenten *niet* heb? Wat betekenen ze voor me als ik een leven van religieuze toewijding en soberheid wil leiden?

Of deze poging van Rawls geslaagd is, blijft een onderwerp van discussie, maar over het doel en het belang ervan zijn voor- en tegenstanders het wel eens. Rawls' sluier van onwetendheid is op zijn minst een ingenieuze methode om onpartijdigheid te modelleren. Ik zie niet in waarom dat meer noodzakelijk is voor Amerikanen dan voor Europeanen. Daarnaast is de sluier van onwetendheid zelf weer een uitwerking van een kantiaans uitgangspunt, het categorisch imperatief, waarmee het dus ook nog weer in de continentale traditie is ingebed.

Natuurlijk moet je bij elke uitwerking van een algemene metajuridische theorie naar concrete samenlevingen nadenken over de specifieke institutionele constellatie waarin deze normen moeten worden geïnstitutionaliseerd, maar dit zal geen enkele rechtsfilosoof ontkennen. En ik zie niet hoe dit grote obstakels oplevert voor discussies tussen continentale en Anglo-Amerikaanse denkers over rechtspositivisme, natuurrecht of sociale rechtvaardigheid. Laat me een tweede voorbeeld uitwerken. De Canadees Will Kymlicka heeft eind vorige eeuw naam gemaakt met zijn verdediging van minderheidsrechten binnen het liberale rawlsiaanse/dworkiniaanse framework.³ Hij onderschrijft de liberale nadruk op persoonlijke autonomie, maar stelt dat de sociale cultuur waarin een persoon opgroeit de *context of choice* biedt die door veel liberalen wordt veronachtzaamd.

2 Natuurlijk heeft Schreiner gelijk in haar argument rondom noot 7, dat Rawls' theorie met haar nadruk op individuele autonomie niet automatisch buiten de westerse wereld kan worden gebruikt, maar dat is een irrelevant punt. Immers, ze stelt de verschillen tussen de Anglo-Amerikaanse en continentale tradities ter discussie, twee modellen binnen de westerse wereld.

3 Kymlicka 1995.

Op basis van dit argument werkt hij een model uit van verschillende soorten minderheidsrechten. Veel critici hebben terecht beargumenteerd dat Kymlicka's systeem van minderheidsrechten wel erg gebaseerd is op de Canadese situatie – met haar *native peoples* en de spanning tussen Québec en Engelstalig *rest of Canada*. Maar Kymlicka's meer algemene punt – individuele autonomie ligt ingebed in de cultuur – is zonder enkel probleem buiten Canada te implementeren. Contra Schreiner wil ik stellen dat de belangrijkste bijdrage van Kymlicka's werk niet ligt in zijn toelichting over de Canadese context. Aangezien zijn verdediging zo direct voortbouwt op de meer algemene liberaal-democratische grondbeginselen is zijn belangrijkste bijdrage een algemeen politiek-filosofische en rechtsfilosofische.

Er lijkt een tweede, meer impliciete, stelling in Agnes' betoog te zitten. Ze constateert dat Amerikaanse rechtseconomie en rechtsfilosofie '*en vogue*' zijn vandaag de dag, en zij stelt dat het in ieder geval geen kwaad zal doen 'als we meer continentale studies bij het onderzoek naar rechtsvraagstukken in onze huidige samenleving zouden betrekken', en concludeert met de stelling dat we (de Nederlandse rechtswetenschappers en rechtsfilosofen?) 'wat meer diversiteit beoefenen in onze keuze voor metajuridische studies'. Het lijkt dat ze de dominantie van Anglo-Amerikaanse auteurs in de rechtsfilosofie betreurt en een lans wil breken voor meer continentale auteurs. Maar de vraag is of we echt een positief actie-beleid moeten voeren; het lijkt me dat de academische wereld vooral meritocratisch georganiseerd moet blijven. Waarom lezen we Rawls, Nussbaum en Dworkin? Omdat dit scherpzinnige denkers zijn die blijven inspireren. Waarom lezen we al die duizenden andere rechtswetenschappers en rechtsfilosofen die aangesteld zijn aan Engelse en Amerikaanse universiteiten veel minder? Omdat ze niet zijn komen bovendrijven in academische debatten. Waarom lezen we Habermas, Foucault, Supiot, Arendt en Weber wel? Omdat deze Europeanen een originele en zinvolle bijdrage aan belangrijke debatten hebben geleverd. Het feit dat de bijdrage van deze Europeanen ook weer is opgepikt door de Anglo-Amerikanen, geeft aan dat zij ook minder moeite hadden met de continentale/Anglo-Amerikaanse scheiding der geesten waar Schreiner de aandacht voor vraagt.

Kortom: ik zie het rechtsfilosofische debat primair als een debat over algemene liberaal-democratische waarden en de manier waarop deze (zouden moeten) worden geïmplementeerd in liberaal-democratische samenlevingen. Deze gezamenlijke bron lijkt me belangrijker dan het door Schreiner geconstateerde verschil tussen common law en civil law. Dit maakt Schreiners waarschuwing niet overbodig; het blijft van belang dat de maatschappelijke context waaruit een theorie voortkomt in het oog wordt gehouden. Maar deze waarschuwing is niet exclusief verbonden met het onderscheid tussen common law en civil law of continentaal en Anglo-Amerikaans. Kymlicka's Canadees georiënteerde theorie past beter in België dan in de Verenigde Staten of Groot-Brittannië. Maar ik vraag me af in hoeverre rechtsfilosofen hiervan (nog) doordrongen moeten worden.

Literatuur

Kymlicka, W., *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*, Oxford: Oxford University Press 1995.