



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### 'Geen 'statute' maar een 'code!'

Schreiner, A.

**Publication date**

2010

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Recht der Werkelijkheid

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Schreiner, A. (2010). 'Geen 'statute' maar een 'code!'. *Recht der Werkelijkheid*, 31(2), 43-48. [http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtderwerkelijkheid/2010/2/RdW\\_1380-6424\\_2010\\_031\\_002\\_004.pdf](http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtderwerkelijkheid/2010/2/RdW_1380-6424_2010_031_002_004.pdf)

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

### ‘Geen *statute* maar een *code*!’

Agnes Schreiner

We gaan er vaak ten onrechte van uit dat Schotland net als Ierland en Wales een common law-stelsel heeft. Maar Schotland stuurde zijn rechtenstudenten ten tijde van Schots-Engelse oorlogen naar Leiden en Orléans, en erfde daarmee een op het continentale civil law gebaseerd stelsel.<sup>1</sup> Zo kan het voorkomen dat in de huidige Law Commission van het Verenigd Koninkrijk de discussies flink oplopen bij de vertaalpoging van een Europese Richtlijn, dat rechtsinstrument, in euro-Engels gesteld en naar de lidstaten gestuurd om te worden omgezet in het nationale rechtsstelsel. Op het hoogtepunt van het debat verwijten de Schotse commissieleden de Engelse dat zij een *statute* willen, terwijl zij zelf tevreden zijn met een *code*.<sup>2</sup> Wat voor de meesten bijna hetzelfde lijkt, namelijk in beide gevallen: op schrift gestelde wettelijke regelingen, is als het erop aankomt daadwerkelijk ongelijk aan elkaar. Een code is een door de wetgever opgesteld regelstelsel waaruit de rechter de regel zal moeten selecteren en interpreteren om toe te passen in een gegeven zaak. Een *statute* (*act of parliament*) is een zeer gedetailleerde en nauw omschreven regeling die daarentegen moet verhinderen dat de rechter die gaat interpreteren en toepassen. Het is de bedoeling van een *statute* dat er juist geen rechter aan te pas moet komen. De taakomschrijving en de ‘checks and balances’ van de triasmachten lopen daarmee langs andere lijnen. De staat is anders ingericht.

Niet alleen de staat, ook het autonome recht van mensen die binnen zo’n staat zijn opgegroeid, is anders als het erop aankomt. Waar het contract van Amerikaanse bedrijven een heel boekwerk kan uitmaken, daar kan een contract in Nederland op een bierviltje worden opgetekend, zoals onlangs nog in het *Nederlands Juristenblad* werd gesteld.<sup>3</sup> De parallellen tussen een *statute* en het Amerikaanse contract en tussen een code en het Nederlandse contract liggen voor de hand. Het is een gegeven dat de juridische praktijk, de juridische studies en de juridische studenten per jurisdictie verschillend zijn.

Een collega van de New York University, die net als ik met uitwisselingsstudenten te maken heeft, geeft de studenten aan het begin van haar cursus een Edgar Allan Poe-verhaal te lezen met de opdracht om in een essay aan te geven wat er juridisch is aan het verhaal. De uitkomst is opvallend, volgens haar zeggen. Het schept een belangrijk leermoment als de studenten het Poe-essay van een collega-student met een andere rechtscultuur gaan bestuderen. Bij mijn colleges merk ik

1 Van Caenegem 1996, p. 65.

2 Bij monde van Hugh Beale, die als visiting professor deelneemt aan de bijeenkomsten van het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam.

3 Drion 2010, p. 1279.

dat studenten het eigen recht niet aan elkaar uitgelegd krijgen en elkaar met opgetrokken wenkbrauwen van onbegrip blijven aankijken. Net als mijn New Yorkse collega krijg ik in mijn keuzevak het bewijs daarvan in handen met de op schift gestelde oplossing van een casus naar eigen recht.<sup>4</sup> Het rapport van mijn Italiaanse student bijvoorbeeld laat zien dat de rechter, vergelijkbaar met de Nederlandse, druk doende is om een link te leggen tussen casus en wettelijke bepalingen. Het rapport van mijn Engelse student biedt daarentegen het zicht op een rechter die een link probeert te leggen tussen casus en andere casus. De rapporten verschillen daarmee op de meeste punten, zoals lengte, opbouw, argumenten, stijl en referenties. Niet alleen de juridische, maar ook de academische cultuur is hier debet aan.<sup>5</sup>

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. Realiseert men zich wel dat wat metajuridici analyseren, verklaren of begrijpelijk maken, contextgebonden is en daarmee uit ander hout gesneden? Conclusies die onderzoekers trekken, vinden eerst en vooral vruchtbare bodem in de geanalyseerde context. Een Nederlandse rechtswetenschapper kan dan niet zomaar Posners *How judges think* lezen. Om het even John Rawls' *Theory of justice*, Martha Nussbaums *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*, enzovoort. Dit klemt temeer nu Amerikaanse rechtseconomie en rechtsfilosofie *en vogue* zijn vandaag de dag.

Laat ik vooropstellen dat ik het bestuderen van deze Amerikaanse rechtswetenschappers geenszins afwijst. Helemaal niet als de inzet is om de Amerikaanse context te leren kennen. Er valt veel van het Amerikaanse common law-systeem, van de academische cultuur en de algemene situatie in de Verenigde Staten op te maken uit de werken van Posner en de zijnen. Hoe meer men vertrouwd is met de Amerikaanse situatie, des te meer is men in staat om de Amerikaanse rechtswetenschappers te begrijpen.<sup>6</sup> Maar vaker ziet men dat de Amerikaanse studies worden gelezen met het oog op een algemene, niet-Amerikaanse context. De lezers scheppen dan zelf of voor zichzelf een universalistisch kennisveld. Het Amerikaanse realisme of pragmatisme is er vast verantwoordelijk voor dat alles wat het beschrijft, zo empirisch is, zo feitelijk en dus ... zo universeel: het lijkt te gelden voor alle mensen en overal ter wereld. Posner wordt dan gelezen met het idee dat wat hij schrijft over hoe rechters denken aan alle rechters eigen is. Maar rechters zullen net als mijn studenten zich veel moeite moeten getroosten om het

4 In het masterprogramma European Private Law gebruik ik bij het keuzevak Anthropology of European Private Law een casus uit een van de publicaties van het Common Core-project, ook wel bekend onder de naam Trento-project. Ik vraag de studenten de casus naar eigen recht te beantwoorden met behulp van de *legal formants*-methode van Rodolfo Sacco. Meer hierover Schreiner 2004, p. 125-143.

5 Cees van Dam in zijn lezing voor de 13de Ius Commune-bijeenkomst in Amsterdam in 2008. Zie verder Van Dam 2007, p. 53-76.

6 Natuurlijk zijn er rechtswetenschappers die er hun beroep van hebben gemaakt om de contextuele dimensies expliciet te maken: zij die werkzaam zijn in de rechtsvergelijking en natuurlijk zij die zoals ik bezig zijn met rechtsantropologie.

eigen stelsel aan de ander uitgelegd te krijgen. Hetzelfde gevaar van universele aannames dreigt bij het lezen van Rawls: iedereen zou met een 'veil of ignorance' kiezen voor een uitgangspositie waarin de zwakkeren worden ondersteund en dan gaan instemmen met instituties die de sociale welvaart moeten realiseren. Zowel aan het 'iedereen' en aan het 'gaan' instemmen met sociale-welvaartsinstituties kleven flinke amerikanismen. Elders in de wereld is men minder vertrouwd met de gedachte dat je jezelf kunt denken als iemand die voor iedereen kan doorgaan en daarmee de gedachte dat je zou kunnen menen als iedereen te zijn. Ook is het geenszins algemeen dat je jezelf voorstelt als autonoom subject of individu waarmee de inrichting van de samenleving een aanvang neemt.<sup>7</sup> Daar waar iedereen echter van jongs af aan wel zo over zichzelf denkt en waar iedereen het bovendien vanzelfsprekend vindt om koste wat het kost de American dream te realiseren, daar moet men de mensen de ogen openen door hen een doek van onwetendheid om te doen. De conclusie van de Amerikaanse metajuridische studie snijdt hout binnen de Amerikaanse context. De Amerikaan wordt op Amerikaanse wijze tot een ander inzicht bewogen. Uiteindelijk zijn de Verenigde Staten een land waar een door de overheid opgezet sociaal vangnet nog in de kinderschoenen staat; de sociale welvaartstaat moet daar bij wijze van spreken nog worden uitgevonden. Het is daarom van groot belang dat de Verenigde Staten over voorvechters als Rawls en Nussbaum beschikken. Maar om dezelfde reden kunnen deze auteurs niet de rol van baanbrekers vervullen voor een samenleving als de onze, waarin iedereen nu juist getuige is van het feit dat zo'n sociale welvaartstaat, die decennialang een gegeven was, niet onaantastbaar is. Het is nodig om de mensen maatschappijbeelden die met het afbreken van de sociale welvaartstaat in omloop zijn, metajuridisch te onderzoeken en te expliciteren.

Het zal in ieder geval geen kwaad kunnen, als we meer continentale studies bij het onderzoek naar rechtsvraagstukken in onze huidige samenleving zouden betrekken en als we onze studenten, om bij de Schotten te blijven, niet alleen naar Harvard en Oxbridge, maar ook naar Leiden en naar Orléans zouden sturen.<sup>8</sup> Als ik Alain Supiot's *Homo juridicus* als voorbeeld neem, dan worden we door zijn studie meteen weer herinnerd aan het feit dat wij – in tegenstelling tot een wereld die gedomineerd wordt door het denken in termen van 'individual rights' – bij 'recht' niet alleen aan subjectieve rechten denken, maar ook aan het objectieve recht.

- 7 Bij het signaleren van denkwerelden waarin het individu, het subject en/of de persoon geen vanzelfsprekende uitgangspunten vormen, wordt stelselmatig de scheidslijn getrokken tussen westerse en niet-westerse wereld. Zie bijvoorbeeld Supiot 2007, p. 11 e.v. Dat westerse denken delen 'wij' in Europa weer met 'zij' in Amerika, hoewel de laatste het onderscheid zelden thematiseren.
- 8 De Leidse studenten naar een andere Nederlandse universiteit. De roep om juist iets van het Europese continent te lezen wordt ook zeker elders gehoord. Onlangs nog bij het gastcollege *Legal cultures, traditions and the likes: All quiet on the comparative law front?* van Jaakko Husa voor het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam, d.d. 10 mei 2010. In Finland wordt er volgens zijn zeggen flink gedebatteerd met als insteek dat er weer gekozen moet worden voor rechtswetenschap uit Duitsland of elders van Europa, omdat de continentale rechtswetenschappelijke literatuur meer gemeenschappelijk heeft en meer aansluiting vindt bij de gevestigde Finse rechtscultuur dan de common law geleerde literatuur.

‘Law as a shared heritage disappears in this flood of individual rights, which obscures the fact that law has *two* aspects, subjective and objective, and that they are two sides of the same coin. In order for each of us to be able to enjoy his or her subjective rights (*les droits*), these must be related to law as a legal system (*le Droit*) which is the shared framework recognized by all, and the normative skeleton within which individual rights take on meaning.’<sup>9</sup>

Dat hier ‘legal system’ eenvoudig naast ‘le Droit’ komt te staan, mag onze alertheid voor het verschil daartussen niet doen afnemen. In de continentale tradities gaan we ervan uit dat het Recht iets is dat ons gezamenlijk toekomt, door de Wetgever gegeven. Law, met een hoofdletter, staat in de Verenigde Staten daarentegen voor Law & Order, dat naar het Frans vertaald moet worden met La Justice, naar het Nederlands met Justitie. Door Law & Order komt een veroordeelde zelfs ‘in the system’ terecht. Misschien gaat het wat ver om met Jean Baudrillard (en niet zonder Emile Durkheim) de Verenigde Staten als een primitief land te kwalificeren, omdat daar de repressieve opvatting van recht een dominante is.<sup>10</sup> Toegegeven, voor de mensen die in de common law-landen leven, is ‘legal system’ ook een normatief complex dat de mogelijkheid schept van een normatieve oriëntering. Zo stelt ook Supiot.<sup>11</sup> Hij stelt tevens dat het onderscheid voor de civil law-landen evenmin te ver doorgevoerd mag worden door aan te nemen dat mensenrechten in de continentale landen alleen begrepen kunnen worden als ‘aan het objectieve recht ontleende subjectieve rechten’. Maar de gedachte aan iets van een hoogste gezag of een statelijke maatstaf waarmee de rechten zijn of behoren te worden afgewogen, is een gedachte die ons in Europa van hen in de Amerikaanse wereld scheidt.<sup>12</sup>

Ik realiseer me dat wat Alain Supiot analyseert, verklaart of begrijpelijk maakt, contextgebonden is en uit het Franse hout gesneden. Om het recht zo te relateren aan de Staat, getuigt dit niet van etatisme? Franser kan het niet. Supiot is zich hiervan bewust. Zelf laat hij de kans niet liggen om de Franse rechtscultuur af te zetten tegen die van de common law.<sup>13</sup> Een sprekend voorbeeld hiervan biedt zijn vergelijking tussen de computer met internet en ‘Minitel’, een toestel met scherm en toetsenbord, dat begin jaren tachtig van de twintigste eeuw over heel Frankrijk gedistribueerd werd door de Franse PTT (inderdaad, een staatsbedrijf zoals Nederland ook kende). Het bood de huishoudens de gelegenheid om bijvoorbeeld kaartjes voor de trein te bestellen en informatie over de overheidsdiensten in huis te halen.

9 Supiot 2007, noot 7, p. xxi-xxii.

10 Baudrillard 1986; Durkheim 1893.

11 Supiot 2007, noot 7, p. xxiii.

12 Supiot wil niet dat de human rights tot ieders persoonlijke beschikking staan met als gevolg dat er evenveel individuele rechten zijn als dat er individuen zijn. Human rights moeten institutioneel blijven met de functie om iedereen te binden aan humaniteit. Zie zijn laatste hoofdstuk ‘Binding humanity: On the proper use of human rights’, p. 185 e.v.

13 Supiot 2007, onder meer p. xxi-xxiii.

'One need only compare the French technology to sense how profoundly, at a given moment in time, technical objects and a legal culture may be linked. The "Minitel" service incarnates the very spirit of French law concerning the public services: the system is centralized and pyramidal, branching out like a tree; access is guaranteed equally to everyone without exception and at the lowest cost; and the relation to texts is mediated by a public body. The computer with the Internet access, by contrast, incarnates the spirit of common law: the organization is multi-polar, with indefinable contours; access is unequal, and depends on financial, technical and cultural resources at the person's disposal; and all texts are accessible directly, without the mediation of a central authority.'<sup>14</sup>

Als Supiot dan bij zijn beschrijving van tendensen op het Europese continent, zoals de verschuiving van institutie naar netwerk, van regels naar regulering en van government naar governance, telkens waarschuwt voor het verdwijnen van de centrale autoriteit, dan vinden die waarschuwingen eerst en vooral vruchtbare bodem in de geanalyseerde Europese en Franse context. Supiot meent dat in zijn land de shift van religieuze naar seculiere wereld zich dankzij het recht hebben kunnen voltrekken. Het recht neemt de plaats in die de religie ooit in de traditionele wereld bezette. Het herbergt volgens Supiot een belangrijke, kwalitatieve, niet-aanwijsbare sfeer en waarborgt de sociaal bindende functies, die de religie vervulde: geloof (in het recht), vertrouwen (in de wederpartij) en hang naar een leer (doctrine en rechterlijke uitspraken).<sup>15</sup>

Natuurlijk moet ik me de vraag stellen of dat wat ik in deze bijdrage analyseer, verklaar of begrijpelijk probeer te maken niet ook contextafhankelijk is en uit het typische Nederlandse hout gesneden. Het zal onder de lezers van *Recht der Werkelijkheid* waarschijnlijk niemand zijn ontgaan dat wat ik uit Posner, Rawls, Nussbaum en Supiot opmaak, de cultuurgerelateerde aspecten zijn die aansluiten bij de uitkomsten van de studie van twee Nederlandse onderzoekers, de socioloog Geert Hofstede en zijn zoon, de organisatiedeskundige Gert Jan Hofstede.<sup>16</sup> Op de relatieve schaal die loopt van individualistische naar collectivistische culturen staan in hun studie namelijk de Verenigde Staten als het meest individualistische genoteerd, Nederland als zevende en – gaandeweg naar de meest collectivistische culturen: Aziatische en Latijns-Amerikaanse – Frankrijk op een gedeelde dertiende en veertiende plaats.<sup>17</sup> Naast deze schaal stelden de onderzoekers nog vier indexen op, een schaal die loopt van een grote naar kleine machtsafstand, van een masculiene naar feminie aanpak, van geen naar een sterke onzekerheidsvermijding en tot slot van een korte- naar langetermijnoriëntatie. In de combinatie van indexen die Hofstede en Hofstede maakten en de organisatie modellen die ze

14 Supiot 2007, p. 113.

15 Het recht vervult daarmee, Supiot samenvattend, de antropologische filosofische functie die eerder door de religie werd gerealiseerd, namelijk het biedt de samenleving de sfeer van het sacrale. Supiot 2007, noot 7, p. 15 e.v.

16 Hofstede & Hofstede 2005.

17 Hofstede & Hofstede 2005, p. 78-79.

daarmee ontwikkelden, vind ik opnieuw een interessante uitkomst die aansluit bij Supiot. Het organisatiemodel 'lokale markt' blijkt voor de Amerikaanse (en Nederlandse) organisaties dominant en het model 'piramide' voor de Franse organisaties.<sup>18</sup> In bijna dezelfde termen vatte Supiot het verschil tussen de Franse rechtscultuur gemeten aan de Minitel en die van de common law-landen gemeten aan het internet. Waar het meer Frans is om je sterk af te zetten tegenover een ander, is het meer Nederlands om alles apart te zetten.<sup>19</sup> Het plaatsen in culturele hokjes of zuilen heeft immers alles met Nederland te maken, of we dat nu leuk vinden of niet.

Degene die mij wil verlossen van de vraag naar mijn contextgebondenheid met de opmerking dat dé Nederlander niet bestaat, net zomin als dé Fransman of dé Amerikaan, die verlost me daarmee nog niet van de aannemelijke stelling dat de metajuridische studies gedaan zijn met het oog op een voor de onderzoekers bekende rechtswerkelijkheid en dat die per continent en op het continent verschillend zijn. Laten we daarom maar eens wat meer diversiteit beoefenen in onze keuzes van metajuridische studies.

## Literatuur

Baudrillard, J., *Amérique*, Parijs: Grasset 1986.

Caenegem, R.C. van, *Geschiedkundige inleiding tot het recht, Deel I Privaatrecht*, Antwerpen: Kluwer 1996.

Dam, C. van, 'European tort law and the many cultures of Europe', in: T. Wilhelmsson (red.), *Private law and the cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 53-76.

Drion, C., 'Anglo-Amerikaanse invloeden', 85/20 *NJB* 21 mei 2010, p. 1279.

Durkheim, E., *De la division du travail social. Étude sur l'organisation des sociétés supérieures*, Parijs: Alcan 1893.

Hofstede, G. & G.J. Hofstede, *Cultures and organizations. Software of the mind*, New York: McGraw Hill 2005.

Schreiner, A.T.M., 'The Common Core of Trento. A socio-legal analysis of a research project on European private law', in: A. Jettinghoff & H. Schepel (red.), *In lawyers' circles. Lawyers and European legal integration, Recht der Werkelijkheid* 2004, Special, p. 125-143.

Supiot, A., *Homo juridicus. On the anthropological function of the law*, Londen/Brooklyn: Verso, 2007.

18 Hofstede & Hofstede 2005, p. 243. Hofstede en Hofstede refereren aan Owen James Stevens, die op basis van een studie van studenten organisatiekunde voor de Fransen de term 'piramide van mensen', voor de Duitsers de term 'goedgeoliede machine' en voor de Britten de term 'dorpsmarkt' gebruikte. Supiot (supra) gebruikte de term 'piramide' zonder referentie.

19 Het onderscheid in de omgang met de ander mag zeker op de schaal van masculiene cultuur naar feminiene cultuur worden uitgezet; Frankrijk staat op de 43ste plaats, terwijl Nederland op de 72ste plaats staat met alleen Noorwegen en Zweden onder zich als nog minder masculien. Hofstede & Hofstede 2005, p. 121.