

HOOFDSTUK XVII

Epiloog

T. Koopmans, 'Epiloog' in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 259-266.

76. Mate van divergentie

Uit de vorige drie hoofdstukken blijkt dat de problemen in de landen uit de liberaal-democratische kring, van de burger uit gezien, een grote mate van overeenstemming vertonen. Ook de oplossingen van die problemen lijken vaak meer op elkaar dan de methoden waarmee die oplossingen worden bereikt.

Deze laatste constatering is in de rechtsvergelijking niet ongewoon. Een bekend comparatist, Kahn-Freund, citeerde eens Schiller: 'Nah beieinander wohnen die Gedanken, doch hart im Raume stossen sich die Sachen', om te beweren dat het in het recht precies omgekeerd is; 'it is easier to get agreement on action than on principles'.⁷¹⁶ Bij de 'action' bestaat vooraf reeds meer overeenstemming dan bij de 'principles'. De parallellie in maatschappelijke ontwikkelingen kan misschien wel identiteit van praktische oplossingen voor sociale problemen met zich brengen, maar de beginselen, redeneermethoden en technieken om tot die oplossingen te komen wijken in de verschillende rechtsstelsels sterk van elkaar af⁷¹⁷; zij worden beheerst door tradities die men niet zo gemakkelijk schijnt te kunnen afzweren. De comparatist doet er dan ook goed aan die tradities als feitelijk gegeven te accepteren. Dat betekent niet een wat late steun voor de zgn. historisch-juridische methode; uitgangspunt is immers niet de vergelijking van vroeger en nu, teneinde ontwikkelingslijnen te kunnen extrapoleren, maar een comparatieve analyse van publiekrechtelijke grondbeginselen; evenwel in elk van de bestudeerde stelsels kan elk van die beginselen slechts in een diachronisch perspectief worden begrepen – en de traditie helpt ons om dat perspectief te zien.

De studentenrevolte en de jeugdcontestatie uit de late jaren zestig bieden hier een geschikte illustratie. Zij deden zich in Noord-Amerika en in West-Europa overal voor, zij het in het ene land heviger dan in het andere. Zij hebben ook in een groot aantal landen tot soortgelijke ontwikkelingen aanleiding gegeven, bijv. tot onderwijshervormingen, tot nieuwe vormen van politieke

716. Kahn-Freund, *Common law and civil law, imaginary and real obstacles to assimilation*, in: M. Cappelletti (ed.), *New perspectives for a common law of Europe* (Florence-Leiden-Brussel 1978), p. 137.

717. Een uitwerking van deze stelling bij B.S. Markesinis, *The not so dissimilar tort and delict*, *L.Qy.Rev.* 1977 p. 78.

actie zoals burgerlijke ongehoorzaamheid, tot nieuwe discussies over aard en begrenzing van de tolerantie. Zij hebben echter tot juridische ontwikkelingen geleid die voor elk land uniek zijn en die slechts tegen de achtergrond van de politieke en juridische tradities van het betrokken land begrijpelijk zijn. In Frankrijk kwam nieuwe onderwijswetgeving tot stand, die tot splitsing en herindeling van universiteiten leidde met de bedoeling om aan overzichtelijker en beter georganiseerde universiteiten een grotere mate van autonomie te verschaffen – maar van die autonomie kwam niets terecht omdat het departement doorging zich met alle details te bemoeien en daarbij het streven naar uniformiteit weer vooropzette.⁷¹⁸ In Engeland werden daarentegen de bestaande universiteiten nauwelijks hervormd, maar kregen nieuw op te richten universitaire instellingen wel nieuwe en soms experimentele bestuursvormen. Het voorbeeld is met vele andere te vermeerderen. De straatagitatie in de jaren zestig leidde in vrijwel alle landen tot grote spanningen, die zich vrijwel overal juridisch vertaalden in nieuwe afwegingen tussen de vrijheid van demonstratie enerzijds, openbare orde en rust anderzijds. In de VS voerde dat o.a. tot een vernieuwing van de uitlegging van het Ie Amendement: bepaalde demonstratievormen werden gezien als ‘symbolic speech’ zodat zij, ook al werd er geen woord bij gezegd, onder de bescherming werden gebracht van de ‘freedom of speech’ – bijv. het dragen van rouwbanden door leerlingen van een school om afkeer van de Vietnamoorlog te betuigen, of het verbranden van de Amerikaanse vlag in het openbaar.⁷¹⁹ In de Bondsrepubliek is van een dergelijke ontwikkeling niets te merken geweest; sterker, het zou kunnen zijn dat deelneming aan contestatieve optochten het tegendeel van bescherming ondervindt, omdat het de deelnemers als ‘radicaal’ brandmerkt en aldus later bij sollicitaties naar een overheidsfunctie tegen hen kan worden uitgespeeld.⁷²⁰ De mate van juridische convergentie die door de gelijkheid van onderliggende sociale problemen wordt bepaald is kennelijk relatief.

Ook als materieel sprake is van convergentie, is dat soms moeilijk vast te stellen omdat de rechtsbegrippen waarmee gewerkt wordt in verschillende categorieën zijn ingedeeld: dezelfde inhoud is als het ware in andere hokjes gestopt. Om de mate van demonstratievrijheid vast te stellen moet men in Amerika de rechtspraak op het Ie Amendement consulteren, in Engeland de literatuur over ‘keeping the peace’. Om een omgekeerd voorbeeld te nemen: de gelijkheid voor de wet is in het Amerikaanse XIVE Amendement en in de Franse Déclaration des droits de l’homme et du citoyen in vrijwel identieke termen geformuleerd; maar de belangrijkste ‘offshoot’ ervan was in de VS de jurisprudentie over de rassenintegratie, in Frankrijk tot nog toe het beginsel

718. Peyrefitte op. cit. (nt. 685) hfdst. XXVII. De ervaringen in Nederland zijn overigens niet veel gunstiger.

719. Resp. *Tinker v. Des Moines School District*, 393 US 503 (1969); *Street v. New York*, 394 US 576 (1969). In het laatste geval was overigens niet helemaal duidelijk of het hof zich op de gedachte van ‘symbolic speech’ baseerde.

720. Dat is trouwens ook in de VS mogelijk. Het komt er, door een sterk van het Duitse afwijkend ambtenarenrecht, minder gemakkelijk aan de oppervlakte.

van de 'égalité devant les charges publiques' dat een belangrijk deel van het recht betreffende de overheidsaansprakelijkheid beheerst. Toch heeft Frankrijk ook een rassenprobleem en kennen de VS ook regels van overheidsaansprakelijkheid. Als men even afziet van de leer van de sovereign immunity⁷²¹, zijn de gevallen waarin de overheid op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk wordt geacht in de praktijk zelfs niet al te verschillend, maar om tot goeddeels gelijke resultaten te komen moest bijv. in Frankrijk de Conseil d'Etat het begrip 'faute de service' uitvinden⁷²², terwijl in Duitsland de burgerlijke rechter zich moest redden met de 'unerlaubte Handlung' uit het Bürgerliche Gesetzbuch. Daarom is publiekrechtelijke rechtsvergelijking niet alleen onderzoek naar wat gemeenschappelijk en wat verschillend is; het gaat vaak juist om de verschillen in wat gemeenschappelijk is.

Een van de cliché-voorstellingen die de laatste jaren veel opgeld doen, is de gedachte dat wij in één wereld leven, dat er een steeds grotere mate van onderlinge verbondenheid ontstaat en dat 'de grenzen verdwijnen'. Er is veel van waar, maar er staan 'nationaliserende' ontwikkelingen tegenover: de verzorgingsstaat schept zijn eigen clientèle, diepgewortelde nationalistische gevoelens kunnen nog altijd vrij gemakkelijk worden bespeeld, er ontstaat soms populair verzet tegen het cosmopolitisme van de bovenlagen uit de samenleving enz. Onze studie leert ons misschien dat er eveneens een ander element is: de unieke wijze waarop in elke nationale samenleving ook gemeenschappelijke problemen, en zelfs gemeenschappelijke ervaringen, worden verwerkt. Publiekrechtelijke en politieke tradities en houdingen hangen nauw samen; zij vormen samen een bedding die menige nieuwe stroom blijkt te kunnen opnemen en die zich slechts langzaam verlegt. Dat is misschien een van de redenen waarom werkelijk geslaagde revoluties zo zeldzaam zijn: uiteindelijk schijnt bijv. de Chinese revolutie tot herstel van het mandarinaat te leiden. En om het moderne Russische recht goed te begrijpen moet men zich eerst in de tsaristische bureaucratie van de 19e eeuw hebben verdiept.⁷²³ Er zijn historische patronen die men wel kan veronachtzamen maar daarmee nog niet krachteloos heeft gemaakt. De schrijver beseft dat hij hiermee uit de schulp van de juridische techniek is gekropen waarin hij zich bewust had verschanst⁷²⁴; de lezer zij daarom gewaarschuwd dat zijn vertrouwen in deskundigheid, zo hij dat al mocht hebben, hier niet een goede leidsman is. Voor de slechte lezer zij nog toegevoegd dat in het voorgaande geen conservatief credo schuilt; wel het bewustzijn dat 'maatschappijhervorming' een taaier werkje is dan soms wordt gedacht.

721. Zie no. 37.

722. Zie no. 34.

723. Zie H. Bocken in: Gorlé-Bourgeois-Bocken op. cit. (nt. 555) p. 292 e.v.

724. Zie no. 4.

77. Methode: conclusies

Wij hebben bij de opzet van deze studie een eigen variant van de triasleer gevolgd: door nl. niet de drie 'departments of government' afzonderlijk te bestuderen, maar elk ervan te bezien in zijn verhouding tot de beide andere; de verschillen in benadering tussen de verschillende rechtsstelsels die daaruit volgden, zijn daarna in relatie gebracht tot de rechten en vrijheden van de burger. Deze benadering is oorspronkelijk in die zin dat de schrijver haar voor de opzet van dit werk heeft uitgedacht; de weinige bestaande algemene literatuur over vergelijkend staatsrecht gaat uit van een gans andere systematiek.⁷²⁵ De hier gevolgde benadering is beproefd omdat zij geschikt leek als instrument van onderzoek tijdens de voorafgaande bestudering van de Amerikaanse, Engelse, Franse en Duitse rechtsstelsels. De schrijver maakt er geen aanspraak op de methodologie van het vergelijkend publiekrecht te hebben vernieuwd; het gaat om een probeersel, en andere probeersels zijn zeker mogelijk. De waarde van een methodologie schuilt evenwel in de mate waarin men ermee kan werken; abstracte beschouwingen zetten in dat opzicht niet zoveel zoden aan de dijk. Door een methode toe te passen ziet men hoe werkbaar zij is.⁷²⁶

Onze benadering stelde ons in staat een aantal verschillen tussen de hoofdkenmerken van de bestudeerde systemen in het licht te stellen. Daarmee kon enerzijds een eerste oriëntatie in buitenlandse publiekrechtelijke stelsels worden gegeven, anderzijds een eerste meting van de belangrijkste verschillen. Bij het ene onderwerp, zoals het toetsingsrecht, ging dat gemakkelijker dan bij het andere, zoals de individuele vrijheidsrechten. Bovendien bracht de benadering mee dat een aantal onderwerpen onderbelicht bleef, of zelfs niet of nauwelijks aan de orde kwam. Het federalisme is bijv. als zelfstandig onderwerp van onderzoek buiten de deur gehouden, al kwam het wel incidenteel ter sprake.⁷²⁷ Ook aan de derdenwerking van grondrechten is geen aandacht gewijd, al zijn daar interessante rechtsvergelijkende beschouwingen aan vast te koppelen. En van minder principiële onderwerpen zijn enkele dozijnen te noemen die niet, niet voldoende of slechts zijdelings aan de orde zijn gesteld. Zoals rechters soms de gevangene worden van beginselen die zij zelf hebben geschapen, zo kan een schrijver het slachtoffer worden van zijn eigen systematiek. De gevolgde methode heeft, naar het oordeel van de schrijver, wel gewerkt, maar slechts tot een bepaalde grens. Het aardige van de wetenschap is dat anderen dan, met andere methoden, de hier aanwezige tekorten kunnen aanzuiveren.

Toch is het opvallend dat de triasleer als uitgangspunt voor analyse nog

725. Bijv. R. Kranenburg, *Inleiding in de vergelijkende staatsrechtswetenschap* (2e dr., Haarlem 1955); C.F. Strong, *Modern political constitutions* (5e dr., Londen 1958).

726. Andere benadering bij Burkens, *Methodologie van staatsrechtelijke rechtsvergelijking*, *Geschr. Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking* no. 19 (Deventer 1975).

727. Bijv. in no. 21 en 73. Over vergelijkend federalisme bestaat al veel literatuur; bijv. McWhinney, *Comparative federalism* (Toronto 1962).

steeds een zekere mate van bruikbaarheid heeft. Het is niet te ontkennen dat de grenzen tussen wetgeving en 'uitvoering' sterk zijn vervaagd: men denke slechts terug aan het Franse staatsrecht.⁷²⁸ Het is ook waar dat moderne bureaucratiseringsverschijnselen en nieuwe vormen van beleidsplanning de triasconstructie soms rijkelijk irreëel doen schijnen. Dat neemt echter niet weg dat het rudimentaire begrippenapparaat dat de triasleer biedt, zich voor de rechtsstelsels die wij in onze beschouwingen betrokken tot enige uitwerking leende en dusdoende een startpunt kon zijn voor verder onderzoek. Meer misschien niet, maar dat is toch al heel wat. Over de geschiktheid van de triasleer als politiek-theoretisch model ('machtenscheiding' als norm) is hiermee uiteraard niets gezegd.

78. Een kijk op de rechtsvergelijking

Rechtsbeginselen en rechtsregels zijn in constante ontwikkeling. Ook in de rechtsvergelijking geldt dat momentopnamen een verwrongen beeld geven, omdat zij niets laten zien van het evolueren van rechtsstelsels. Grondwetten, wetten en rechtsbeginselen zijn in woorden vevat, maar die woorden zijn voor de jurist vooral van belang om wat ermee wordt gedaan; zijn zijn 'guides to action'.⁷²⁹ Om die 'action' gaat het dan ook, en die vertoont vaak een eigen dynamiek, die soms geheel losstaat van wat de bedenkers van de woorden hebben beoogd. De ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel in de VS, en van het recours pour excès de pouvoir in Frankrijk, hebben ons daar duidelijke voorbeelden van verschaft.⁷³⁰ Deze evolutieve trek speelt in het publiekrecht waarschijnlijk een grotere rol dan in het privaatrecht. Om nog eenmaal Justice Holmes te citeren:

'... we may add that when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago.'⁷³¹

Publiekrechtelijke rechtsvergelijking voert daarom langs een glibberig pad.

728. Zie no. 25 en 58.

729. Karl Olivecrona, *Law as fact* (2e dr., Londen 1971) p. 252. Zie ook no. 5.

730. Resp. no. 22 en 31. Zie voor de Amerikaanse grondwet in het algemeen: Louis Henkin, *Constitutional fathers – constitutional sons*, 60 *Minnesota Law Review* 1113 (1976).

731. *Missouri v. Holland*, 252 US 416 (1920).

Met de ene verzameling regels wordt 'a nation' gecreëerd; de andere blijft onopengesneden op de prefectuur liggen; een derde wordt na decennia herontdekt en komt pas dan tot daadwerkelijke toepassing, en wellicht door nieuwe interpretatie tot volledige ontplooiing. De comparatist moet daarom pogen zijn materiaal eerst te bezien uit de gezichtshoeken die in het desbetreffende rechtsstelsel overheersend zijn; pas daarna kan hij beginnen dat materiaal te confronteren met wat dezelfde operatie hem elders heeft opgeleverd. Eenvoudig is dat niet.

Is het sop de kool dan wel waard? In de 19e eeuw heersten nog idealistisch getinte gedachten over gemeenschappelijke beginselen die het rechtsvergelijkend onderzoek, tot vreugde van allen, zou kunnen opleveren. Thorbecke sprak zelfs van 'het constitutionele *ius gentium*, in de Romeinse zin' en van 'die algemene beginselen welke een wereldkracht zijn geworden, en die geen Rijk straffeloos verzaakt'.⁷³² Wij zijn niet alleen, in de tweede helft van de 20e eeuw, wat sceptischer geworden, wij zijn ons er ook meer van bewust dat het voor een goed begrip van het publiekrecht niet zozeer op de beginselen aankomt als op de wijze waarop deze beginselen worden uitgelegd en gehanteerd. Die uitlegging en hantering worden bepaald door de 'setting', de institutionele, juridische, politieke en sociale omgeving waarin de beginselen zijn ingebed; en deze omgeving is grotendeels nationaal bepaald, al zijn er zeker voorbeelden van transnationale beïnvloeding.

Ook het aankweken van wederzijds begrip als doel van rechtsvergelijkend onderzoek, en als middel om tot een betere verstandhouding tussen de volkeren te komen, schijnt ons thans wat ver gezocht.⁷³³ Het praktische nut voor wetgeving en rechtspraak lijkt ook al beperkt: voor het privaatrecht kan men nog snufjes van buitenlandse rechtsstelsels op het gebied van faillissementsrecht, aanvaring of produktenaansprakelijkheid overnemen⁷³⁴; in het publiekrecht is dat niet helemaal uitgesloten, maar bij de belangrijkste regels en beginselen niet goed denkbaar. De constitutionele toetsing is in de VS geworden wat zij geworden is, omdat Amerika Amerika is, met alles wat daarbij hoort; receptie van zo'n rechtsfiguur in een ander land kan tot volmaakt verschillende resultaten leiden. De wijze waarop de Hoge Raad de toetsing van de wet aan de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens heeft gehanteerd, spreekt in dit opzicht boekdelen.⁷³⁵

'Um die Moral zu heben, muss man die Ansprüche senken', heeft een verstandig man eens opgemerkt.⁷³⁶ Wat er zij van de algemene geldigheid van

732. J.R. Thorbecke, 'Voorrede' bij de tweede uitgaaf van Aantekening op de Grondwet (1841, heruitg. 's-Gravenhage 1906).

733. Zie ook J. Drion, De doeleinden van rechtsvergelijking, Verzamelde Geschriften (Leiden-Deventer 1968) p. 315.

734. Zie D.C. Fokkema, De invloed van de rechtsvergelijking op de ontwikkeling van het nieuwe BW, NJB 1983 p. 1223. Meer scepsis bij H.U. Jessurun d'Oliveira, Bestaat rechtsvergelijking? Geschr. Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking no. 30 (1980).

735. Zie no. 25.

736. Stanislaw Jerzy Lec, Neue unfrisierte Gedanken (München 1964) p. 19.

deze uitspraak, op ons probleem kan hij goed worden toegepast. Als men zich minder ambitieuze doelen stelt dan de verbroedering der volken, of zelfs dan de verbetering van een compleet rechtsstelsel, maar mikt op het ambachtelijke niveau van het dagelijkse juristenwerk, is met vergelijkend publiekrecht heel wat uit te halen. Het stelt ons in staat om bij grensoverschrijdende discussies elkaars taal te verstaan, en dat is een noodzakelijke voorwaarde voor iedere vorm van samenwerking. Dat de Amerikaanse jurist bij 'due process of law' een andere voorstelling heeft dan de Britse, en bij machtenscheiding een andere dan de Franse, kan alleen een bestudering van publiekrechtelijke ontwikkelingsprocessen in vergelijkend perspectief ons leren; daarbij kan zowel de gemeenschappelijkheid van de wortel van deze begrippen, als de divergentie van de praktische ontwikkeling ervan, duidelijk worden. Als men dit soort termen, in de mond van buitenlandse juristen, niet enigszins kan taxeren, doet men er beter aan het gesprek maar niet aan te vangen. Soms moet dat echter wel: er wordt op de wereld heel wat onderhandeld en geconfereerd door juristen van allerlei herkomst.

Naast dit enigszins platvloerse nuttigheidseffect is er een tweede, zo men wil wat meer wetenschappelijke, dimensie aan dit soort rechtsvergelijking. Als men let op de dynamiek van de rechtsontwikkelingen, niet om die ontwikkelingen te begrijpen, maar om die dynamiek zelf, dan leert vergelijkend onderzoek iets over de aard van het juristenvak: over de rekbaarheid en niet-rekbaarheid van begrippen, over rechterlijke interpretatie van wets- en grondwets teksten, over de samenhang van rechtsontwikkelingen met sociale en culturele ontwikkelingen, over de verhouding tussen recht en politiek en over nog een half dozijn van dit soort fundamentele problemen meer. Men kan daar abstracte beschouwingen over schrijven – soms gebeurt dat ook zeer verdienstelijk –, men kan ook proberen dat aan de hand van concrete ontwikkelingen te laten zien. Pas de vergelijkende benadering geeft dat zijn eigen aroma: het ene rechtsstelsel laat zijn dynamiek op andere terreinen zien dan het andere. Een goede verklaring van die verschillen zou een afzonderlijk boek eisen, misschien zelfs twee; maar ook met een belichting van de verschillen kunnen wij, als we in fundamentele vragen geïnteresseerd zijn, ons voordeel doen.

En dit is niet alles; juist de vergelijking illustreert hoe belangrijk de verbeeldingskracht als faktor in de rechtsontwikkeling is. De onbevangen lezer van het XIVe Amendement op de Amerikaanse grondwet, of van de Franse wetsteksten over de rechtsmacht van de Conseil d'Etat, kan geen flauw idee hebben van wat inventieve rechters in de loop van de jaren daaruit tevoorschijn hebben getoverd. Toegegeven: beïnvloed door wat om hen heen gebeurde, wellicht gestuurd door (eigen of anderer) normatieve voorstellingen; er waren op een gegeven moment niettemin lieden die ideeën, oud of nieuw, zo in het vat konden gieten dat volgende generaties daarmee steeds nieuwe vraagstukken tot een oplossing konden brengen. Maar zowel de te beantwoorden vragen als de gevonden oplossingen hangen tenslotte samen met wat de mensen in een bepaalde rechtsgemeenschap bezig houdt. In de taal van de late 18e eeuw drukte Burke dat al uit door te spreken van 'the science of jurispru-

dence, the pride of the human intellect,' (hij was zelf jurist) 'which, with all its defects, redundancies, and errors, combines the principles of original justice with the infinite variety of human concerns ...'.⁷³⁷ De comparatist gaat nog een stapje verder: het verschil in 'human concerns' maakt dat ook gelijke 'principles', door de concrete toepassing die eraan gegeven wordt, er op verschillende delen van de aardbol anders komen uit te zien – zoals zij ook van periode tot periode een ander gezicht kunnen tonen.

Het 'constitutionele *ius gentium*' waar Thorbecke over sprak⁷³⁸, zal daarom nog wel even op zich laten wachten. En als men het wil construeren, zal men niet alleen op 'gemeenschappelijke beginselen' moeten koersen maar ook op gemeenschappelijkheid van de 'action' waarin die beginselen zich zullen vertalen. In Europees verband is daartoe, met de institutionele voorzieningen die aan de Europese Gemeenschappen en aan de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens zijn gekoppeld, in zekere zin een aanloop geschapen. Er is daarbij sprake van nieuwe stukken publiekrecht, die, hoewel gebaseerd op beginselen die de Europese landen gemeen zijn, een eigen dynamiek vertonen. Ook daar zou veel over te zeggen zijn; maar dat is een ander verhaal.

737. Burke, Reflections (nt. 288), Everyman ed. p. 92.

738. Zie nt. 732.