

Louis Kaplow & Steven Shavell, Fairness versus Welfare, Cambridge MA: Harvard University Press 2002, xxii + 544 p.

Dit boek kan worden gezien als de afronding van een omvangrijk project waarin de auteurs de vraag proberen te beantwoorden op basis van welke criteria rechtsregels geëvalueerd dienen te worden. In de jaren voorafgaand aan de publicatie verschenen al diverse artikelen waarin gedeelten van de theorie uit de doeken werd gedaan (zie de literatuurlijst op p. 492) en tevens testten de auteurs hun thesis tijdens een groot aantal workshops en symposia (p. xxii). Vorig jaar mei was ik aanwezig op het congres van de *American Law and Economics Association* (ALEA), waar beide auteurs ook (nadrukkelijk) aanwezig waren. *Fairness versus Welfare* was weliswaar een jaar eerder al in artikelvorm gepubliceerd (114 Harv. L. Rev. 961 (2001)), maar werd tijdens het congres voor het eerst in druk gepresenteerd en Robert Clark – de *Dean* van Harvard Law School – voorspelde dat het boek zeker een klassieker zou worden op het gebied van politieke theorie. Gezien zijn relatie met beide auteurs (beiden eveneens verbonden aan Harvard), wekte dit weinig verbazing, maar desondanks lijkt zijn uitspraak mij niet overdreven. Dit roept uiteraard direct de vraag op wat dit boek dan zo bijzonder maakt. Kortweg hebben Kaplow en Shavell de eeuwenoude discussie tussen deontologen en teleologen weer doen oplaaien; sterker nog: zij menen de deontologen voor eens en altijd schaakmat te hebben gezet! Het gevolg laat zich raden. Binnen de kortste keren regende het (woedende) reacties en dankzij

het internet levert dit nu al een boeiende discussie op waar ook beide auteurs zich in mengen.*

Het boek is onderverdeeld in drie delen. In het eerste deel zetten de auteurs hun theorie uiteen, het tweede deel bestaat uit een viertal voorbeelden (*torts, contracts, legal procedure en law enforcement*) die de theorie moeten staven.

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

Zij besluiten het boek met het bespreken van een aantal mogelijke tegenwerpingen van de door hen voorgestelde theorie. Ik zal me in deze bespreking vooral richten op het eerste deel, het tweede en derde deel van het boek zullen aan het einde van deze bespreking slechts kort aan bod komen.

Kaplow en Shavell geven in de proloog al duidelijk aan waar zij voor staan: 'In this book, we ask what criteria ought to guide social decisionmaking. Our thesis is that social decisions should be based exclusively on their effects on the welfare of individuals – and, accordingly, should not depend on notions of fairness, justice or cognate concepts.'

Ze bouwen dit argument in het eerste deel op door eerst de methode van de welzijnseconomie te bespreken, vervolgens komen de – gezien de titel van het boek niet erg verwonderlijk – hieraan tegenovergestelde *notions of fairness* aan bod. Daarna bespreken ze de reden voor hun standpunt dat alleen welzijnsmaximalisatie als normatief criterium kan dienen: wanneer welzijn niet als exclusief evaluatiecriterium voor (onder andere) rechtsregels wordt genomen, kan dit er toe leiden dat *iedereen* in die samenleving slechter af is. Tot slot gaan de auteurs in op de vraag waarom de evaluatie van rechtsregels op basis van *notions of fairness* dan toch zo vaak wordt toegepast als dit er soms toe leidt dat iedereen slechter af is.

Bij het bespreken van de welzijnseconomie doen Kaplow en Shavell eigenlijk niet veel meer dan het weergeven van de standaardmethode van de economische wetenschap. Deze methode houdt in dat om te beslissen welke rechtsregel het welzijn van een samenleving maximaliseert, eerst gemeten moet worden welk effect mogelijke rechtsregels hebben op het welzijn van

* Een aantal van de mij bekende reacties: J.L. Coleman, The grounds of welfare, 112 Yale L. Rev. 1511 (2003); M.B. Dorff, Why welfare depends on fairness, 75 S. Cal. L. Rev. 847 (2002); J.W. Singer, Something important in humanity, 37 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 103 (2002); D.A. Hoffman & M.P. O'Shea, Can law and economics be both practical and principled?, 53 Ala. L. Rev. 335 (2002); W. Farnsworth, Review essay: The taste for fairness, 102 Colum. L. Rev. 1992 (2002); D. Dolinko, Review essay: The perils of welfare economics, 97 Nw. U. L. Rev. 351 (2002); R. Craswell, Kaplow and Shavell on the substance of fairness, 32 Journal of legal studies 245 (2003); J. Waldron, Locating distribution, 32 Journal of legal studies 277 (2003); L.A. Kornhauser, Preferences, well-being and morality in social decisions, 32 Journal of legal studies 303 (2003); De auteurs zelf in reactie op deze laatste drie: L. Kaplow & S. Shavell, Fairness versus welfare. Notes on the Pareto principle, preferences and distributive justice, 32 Journal of legal studies 331 (2003). Op <www.ssrn.com> kunnen ook nog niet gepubliceerde reacties worden gevonden, zie bijvoorbeeld: B. McDonnell, The economists' new arguments, <www.ssrn.com/abstract=381542>.

individuen. Kaplow en Shavell verstaan onder welzijn alles waar een individu waarde aan hecht, zodat ook wanneer een individu een *taste for a notion of fairness* heeft, deze voorkeur (middels empirisch onderzoek) meegewogen dient te worden. Welzijn is in hun ogen dus niet gelimiteerd tot materialistisch of hedonistisch genot, de enige limitering hierbij zit volgens hen in de hoeden van individuen zelf en niet in die van analisten (p. 18-19).

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

Wanneer het welzijn van alle individuen bij een aantal alternatieve rechtsregels is gemeten, dient hun welzijn te worden samengevoegd, om zodoende te kunnen vaststellen welke van de voorgestelde rechtsregels maatschappelijk gezien het meeste welzijn oplevert. De manier van optellen bepaalt in hoeverre welzijn over de samenleving verdeeld wordt. Het gelijkwaardig optellen van alle preferenties van alle individuen zou tot puur utilitarisme leiden, maar men zou ook naar Rawls kunnen besluiten om alleen het welzijn mee te wegen van het individu dat het slechtste af is. Kaplow en Shavell verdedigen echter geen enkele visie omtrent de vraag hoe men dient te aggregeren – wiens welzijn in hoeverre dient te worden meegewogen –, het enige wat zij stellen is dat de sociale welzijnsfunctie direct afhankelijk moet zijn van individueel welzijn (p. 27).

In een reactie heeft Dorff (*Why welfare depends on fairness*, p. 859-860 en 897-898) opgemerkt dat een keuze voor een dergelijke aggregatie toch weer op *fairness* gebaseerd moet zijn, hetgeen volgens hem volledig haaks staat op wat de auteurs in essentie betogen. Wat mij vooral opvalt, is dat Kaplow en Shavell niet onderzoeken of het mogelijk is om de verdeling van welzijn uitsluitend als een *notion for fairness* direct mee te wegen bij het individuele welzijn. Door de voorkeuren van mensen voor de verdeling van welzijn feitelijk te meten wordt de wijze van aggregeren een empirische vraag in plaats van een keuze gebaseerd op *fairness*.

Een algemeen probleem bij hun bespreking van de welzijnseconomie is dat nogal wat economische basiskennis bij de lezer voorondersteld wordt. En deze kennis lijkt juist bij het publiek dat ze wensen te bereiken – academici die *fairness* als normatief criterium toepassen – te ontbreken. Wie dus niet goed thuis is in de economische wetenschap en toch dit boek wil lezen, doet er goed aan een inleiding in de welzijnseconomie paraat te hebben.

Onder *notions of fairness* verstaan Kaplow en Shavell die methoden van evalueren die niet exclusief gebaseerd zijn op het effect dat mogelijke rechtsregels hebben op het welzijn van individuen. Hier vallen dus ook hybride methoden onder die zowel gebaseerd zijn op welzijn als op *notions of fairness*. De auteurs zien nogal wat problemen met dergelijke theorieën. Vaak blijft onduidelijk wat nu wel en niet als *fair* gezien moet worden, worden de consequenties van regels niet meegewogen en zijn ze *ex post* van aard, hetgeen betekent dat vooral gefocust wordt op datgene wat is gebeurd, in plaats van te bezien wat *ex ante* had kunnen gebeuren.

Kaplow en Shavell stellen echter, dat ook al zouden de genoemde problemen worden verholpen dit onverlet laat dat dergelijke theorieën er toe kunnen leiden dat iedereen in een samenleving slechter af is. Dit is *altijd* het geval wanneer alle individuen ten aanzien van een bepaald probleem gelijk gesitueerd zijn en dus allemaal dezelfde voorkeur hebben voor een bepaalde rechtsregel. Wanneer nu op basis van een *fairness*-principe een andere rechtsregel gekozen wordt dan onder de welzijnseconomie, dan betekent dit automatisch dat iedereen slechter af is. Kaplow en Shavell vragen zich mijns inziens terecht af tegenover wie een dergelijke keuze dan *fair* is (p. 52-54).

Kaplow en Shavell geven echter wel toe dat hun argument in zekere zin een tautologie betreft (p. 58). Op de manier waarop zij *fairness* definiëren kan het ook niet anders dan dat het nastreven van *fairness* ten koste gaat van welzijn. Toch zijn zij de eerste die dit punt maken en zetten daarmee de discussie op scherp. De auteurs zoeken vervolgens wel naar redenen die het gebruik van *notions of fairness* kunnen rechtvaardigen, maar zij geven aan deze niet te kunnen vinden.

Coleman (The grounds of welfare, p. 118) stelt in zijn commentaar dat met hetzelfde gemak de redenering omgedraaid kan worden en dat derhalve het nastreven van welzijn ten koste gaat van *fairness*. Hij is van mening dat Kaplow en Shavell hun keuze dienen te verantwoorden daar zij exclusiviteit claimen en niet de *fairness*-theoristen die ook ruimte laten voor welzijnsafwegingen. Komt het dan uiteindelijk toch neer op een normatieve keuze? Maar aan de andere kant, wie is er nu op uit om iedereen slechter af te maken? Over de vraag of het wel reëel is om vanuit een symmetrische situering – het hierboven beschreven geval dat iedereen dezelfde voorkeur heeft – te redeneren, stellen de auteurs in de eerste plaats dat er genoeg van dergelijke situaties bestaan – bijvoorbeeld de situatie dat men de ene keer voetganger is en gevaar loopt, terwijl men de andere keer automobilist is en juist ‘gevaar’ zet. In de tweede plaats is een theorie volgens de auteurs ongeschikt als het in een domein waarvoor het van toepassing is, tegengesteld is aan datgene wat die theorie onderschrijft. En tot slot is het gebruikelijk om bij normatieve analyse gebruik te maken van deze symmetrische situering; Kants *categorical imperative* en Rawls’ *veil of ignorance* doen exact hetzelfde (p. 56-57).

Wanneer alle individuen nu niet gelijk gesitueerd zijn, hebben verschillende groepen verschillende voorkeuren voor een rechtsregel. Het enige verschil met de symmetrische casus is de wijze waarop welzijn over de individuen verdeeld wordt (p. 118). Deze verdeling van welzijn wordt echter, zoals hierboven aangegeven, al meegewogen wanneer een keuze gemaakt wordt voor de manier waarop individueel welzijn samengevoegd moet worden tot een mate van sociaal welzijn. Bovendien zijn Kaplow en Shavell van mening dat eventuele negatieve effecten voor wat betreft de verdeling van welzijn het beste door *herverdeling*, middels een belastingsysteem, opgeheven kunnen worden (p. 33).

De reden dat *notions of fairness* toch zo massaal toegepast worden bij beleidsevaluatie, is volgens de auteurs dat deze vaak corresponderen met sociale normen. Sociale normen worden door mensen gebruikt om allerlei alledaagse beslissingen te nemen. Deze normen zijn nuttig omdat ze bijvoorbeeld opportunistisch gedrag tegengaan en ze bevorderen op die manier ook het individuele welzijn. Omdat ze elke dag gebruikt worden en

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

ook aan kinderen moeten worden bijgebracht zijn sociale normen simpel van aard. Dit is ook de reden dat deze normen ongeschikt zijn voor de evaluatie van zo iets complex als rechtsregels (p. 77), wel kunnen ze – juist omdat ze in simpele gevallen welzijn maximaliseren – eventueel dienen als aanwijzingen voor welke regel welzijn maximaliseert (p. 68). De verklaring die de auteurs geven is erg herkenbaar en geeft zeer helder aan waarom analisten geneigd zijn *notions of fairness* voor hun evaluatie te gebruiken.

In het tweede deel lopen Kaplow en Shavell de bovengenoemde stappen voor een viertal voorbeelden na. Dit betekent dat ze kijken welke regel de welzijnseconomie respectievelijk *fairness*-theorie voorschrijft en vervolgens laten ze zien dat kiezen voor *fairness* iedereen slechter af maakt. Verder bekritisieren ze de *fairness*-theorieën vooral vanwege het feit dat deze een *ex post*-karakter hebben en derhalve geen rekening houden met de gevolgen die rechtsregels veroorzaken. Zo stellen ze dat het zeker beter is om een onrechtvaardige rechtsregel te hebben waardoor geen of weinig ongelukken/contractbreuken/misdaden plaatsvinden dan een rechtvaardige rechtsregel waarbij de aantallen hoger liggen. Tot slot laten ze zien waarom in de praktijk sociale normen er voor zorgen dat toch gekozen wordt voor een evaluatie op basis van *notions of fairness*.

Opgemerkt moet hierbij worden dat de auteurs er blijk van geven de bestaande *fairness*-theorieën goed te hebben bestudeerd en derhalve een genuanceerd beeld weten weer te geven. Een probleem is echter wel dat de voorbeelden vooral op economische leest geschoeid zijn en daarom voor een jurist niet even makkelijk te volgen zijn, hetgeen de acceptatie van de voorbeelden niet ten goede komt. Daarbij halen Kaplow en Shavell wel vaak aan dat *tastes for notions of fairness* meegewogen moeten worden, maar op welke wijze dit exact dient te gebeuren en tot welke (andere) resultaten dit dan kan leiden, blijft in het midden. De auteurs hadden er daarom beter gedaan een voorbeeld – op een voor juristen begrijpelijke wijze – volledig uit te werken om zodoende te laten zien dat hun methode tot wezenlijk betere uitkomsten leidt.

In het derde deel bespreken de auteurs vooral een aantal mogelijke tegenwerpingen van de welzijnstheorie. Het betreft hier vooral praktische problemen van de welzijnseconomie, die, zoals Kaplow en Shavell terecht opmerken, niets afdoen aan de juistheid van hun theorie (p. 403). In het verband van mijn opmerkingen hierboven, hadden de auteurs er in verband

met de acceptatie onder juristen toch goed aan gedaan deze problemen wat uitvoeriger te behandelen om zodoende aan te tonen dat de welzijnseconomie ook in de praktijk werkbaar is. Ook bespreken de auteurs een aantal principiële problemen, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid dat individuen door cognitieve beperkingen niet altijd in staat zijn hun eigen welzijn te bevorderen (p. 410-411). De auteurs geven echter telkens weer aan waarom dergelijke problemen niets afdoen aan hun theorie.

Ter afsluiting ben ik van mening dat Kaplow en Shavell een prachtig boek hebben geschreven waarin ze pogen eens en voor altijd af te rekenen met deontologisch denken bij de evaluatie van rechtsregels. Tot op zekere hoogte zijn ze hier goed in geslaagd. Doordat ze zich goed verdiept hebben in de deontologische manier van redeneren zijn ze telkens weer in staat tekortkomingen aan te geven en duidelijk te maken waarom het volgen van die methode er onherroepelijk toe leidt dat iedereen slechter af is. Jammer is wel dat hier en daar niet wat meer is tegemoetgekomen aan de beperkingen van traditionele juristen, wellicht had dit de acceptatie van hun thesis vergroot. Of het deontologische kamp echt schaakmat staat, vraag ik me af – de argumenten van bijvoorbeeld Coleman zijn sterk – maar een remise lijkt mij het maximaal haalbare.