

kelingen nieuwe en bijzonder dynamische economische ontwikkelingen met zich mee en ook dat lijkt moeilijk weerlegbaar. Juridische conflicten kunnen in dit turbulente tijdperk hoog oplopen. De titanenstrijd tussen Microsoft en de Amerikaanse overheid volg ik met spanning.²⁵ Het aardigste nieuws voor dit artikel was wel dat Richard A. Posner benoemd is tot bemiddelaar in het conflict. Als er iemand in staat is de partijen voor te houden wat redelijkheid en billijkheid is, dan is hij het wel. De markt reageerde op de benoeming met een 4,4% stijging van het Microsoft aandeel. Ik houd het erop dat Microsoft zal moeten inbinden, met name waar het andere IT bedrijven in een dwangpositie heeft gebracht. Dat wil niet zeggen dat de beurs ongelijk had. De markt rekent erop dat Posner niet de brokken zal maken van iemand van mindere klasse. Het proces van de eeuw geschikt door de schrijver van het boek van het millennium! □

Richard De Mulder

(hoogleraar informatica en recht aan de
Erasmusuniversiteit Rotterdam)

1. M. Weber, 'Wirtschaft und Gesellschaft', 1964, Keulen.
2. Dijksterhuis, E.J., 'De mechanisering van het wereldbeeld', p. 125 e.v., Amsterdam, 1998, 8e druk.
3. Dijksterhuis is in zoverre niet zo onder de indruk van de Adelard en zijn tijdgenoten, dat zij 'daarbij in absoluten zin niet veel bereikt hebben', maar hij meent dat zij door enorme problemen tegengehouden werden, die dit nog enkele eeuwen zouden doen. Dat zijn: 1. Het te sterke vertrouwen in de kennis van de klassieken, 2. Het ontbreken van voldoende wiskundige kennis en zelfs de bereidheid om die op te doen uit wat de klassieken en de Arabieren tot stand hadden gebracht en 3. Het gemis van de specifieke denktucht die nodig is om tot natuurkundig wetenschappelijk inzicht te komen.
4. Voor het belang van Adelard van Bath, vgl. Burke, James, 'The day the

universe changed', 1985, Londen, p. 41. Hij geeft het volgende citaat: 'Hoewel de mens niet van nature bewapend is of grote snelheid kan ontwikkelen, bezit hij iets veel beters – de rede. Het zichtbare universum is noodzakelijkerwijs getalsmatig vastgelegd.'

5. Eerste druk 1931, tweede druk 1934, Zwolle.
6. Trouwens ook in Rotterdam, waar Jan van Dunné de traditie voortzette met zijn 'normatieve uitleg'. Zie b.v. Ten Kate e.a. (red.), 'Miscellanea', 1997, Deventer.
7. Dit is de gerechtelijke bekenenis van overspel, een manier om echtscheiding te verkrijgen in de tijd dat echtscheiding via overeenstemming nog niet was toegestaan.
8. Ankum en Cohen Jehoram vonden, geloof ik, dat ik maar rare vragen stelde.
9. Zie ook Lissenberg, E. e.e. (red.) 'De actualiteit van Paul Scholten', 1996, Nijmegen, Ars Aequi Libri.
10. Londen, 1969.
11. In Korrel, P.G en Kamstra, O.W.M., 'Sociaal wetenschappelijke en juridische methodologie', 1991, Amsterdam, p. 133 e.v. wordt dit kritisch rationalisme helder uiteengezet.
12. Zie noot 2.
13. 1969, Cambridge V.S..
14. Vgl. Kerkmeester, H.O., 'Recht en speltheorie', 1989, Lelystad, p. 37.
15. Mulder, R.V. De, 'Een model voor juridische informatica', 1984, Lelystad, p. 242.
16. Vierde druk, 1986, Boston & Toronto.
17. 'Chief judge of the 7th Circuit Court of Appeals'. Zie ook J.F. Bruinsma en N.J.H. Huls, Interview met Richard A. Posner, *NJB* 1995, p. 1625.
18. Voor een uiteenzetting van legal realist onderzoek zie b.v. Combrink-Kuiters, C.J.M., Kennis van zaken, 1998, Rotterdam, p. 25 e.v.
19. Voor wie dat, zoals ik, wel interessant vind zie b.v. Noortwijk, C. van, 'Het woordgebruik meester',
20. Francis Fukuyama, 'The end of history and the last man', New York, 1993
21. Zoals door o.a. Popper voorgestaan, zie boven.
22. Michael C. Jensen en William H. Meckling, 'The nature of man', in: *Journal of Applied Corporate Finance*, summer 1994, V. 7, No. 2, p. 4 -19.
23. Vgl. Mulder, R.V. De, 'The digital revolution: from Trias to Tetras Politica', in: Snellen, I.Th. M en Donk, W.B.H.J. van de (eds) 'Public Administration in an information age', 1998, Amsterdam, p. 47.
24. B. v. Hal, R. Varian en Carl Shapiro, 'Information Rules', 1998.
25. Deze strijd gaat over de vraag of Microsoft zijn economische machtspositie heeft misbruikt.

De zeven zuilen van het ongeschreven recht

De wijsheid heeft haar huis gebouwd, zij heeft haar zeven zuilen uitgehouwen (Spreuken 9:1)

Vraag aan een kandidaat-rechter: kent U het verhaal van Kaïn en Abel?

Zijn antwoord: Kaïn en Abel? Geen idee; al sla je me dood.

Pleit dit antwoord tegen benoeming? Heeft de kandidaat een hoofdzonde begaan door de canon te verzaken? De canon; het fonds van verhalend proza dat iedere jurist moet lezen en herlezen, niet omdat dit ten goede komt aan zijn algemene ontwikkeling en de stilering van zijn schrijf- en spreekvaardigheid, maar sterker: omdat deze canon¹ het fundament vormt van het ongeschreven recht: redelijkheid en billijkheid als pijlers van het contractenrecht en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als grondslag en

toetssteen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De bezwaren die kunnen worden aangevoerd tegen de vaststelling van een literaire canon, liggen voor het oprapen. Leidt canonisatie van een beperkt aantal – in dit geval zeven – boeken niet onvermijdelijk tot uitsluiting van hele bibliotheken vol prachtige literatuur? Het antwoord ligt evenzeer voor de hand: nee. Het staat iedereen vrij zijn besef van de zompige gang van het recht te verdiepen door de lectuur van een niet-canoniek meesterwerk: Dickens' *Bleak House*: 'And hard by Temple Bar, in Lincoln's Inn Hall, at the very heart of the fog, sits the Lord High Chancellor in his High Court of Chancery. (...) Jarndyce and Jarndyce drones on. This scarecrow of a suit has, in course of time become so

complicated, that no man alive knows what it means. The parties to it understand it least.'

Een ander bezwaar is vooral in de Verenigde Staten naar voren gebracht. Iedere canon geeft stevast blijk van een hoog DWM-gehalte. Dat geldt ook voor het hier gecanoniseerde zevental. Voor zover de auteurs bekend zijn, zijn het dode witte mannen. Waarom niet *The bluest eye*, een indringend boek over een voor juristen uiterst belangwekkend thema: emancipatie. 'The novel tries to hit the raw nerve of racial self-contempt (...) Each night, without fail, she prayed for blue eyes.', een boek geschreven door Toni Morrison, een springlevende negerin? Ja, waarom niet? De reden is dat iedere canon kiest, en moet kiezen, voor het reeds ruim gebaande pad. De canon beantwoordt slechts aan zijn doel als de daarin opgenomen boeken *duurzame* weerklank hebben gevonden. Een hoog oplagecijfer is niet vereist, regelmatige heruitgave wel. Dit leidt

ontegengesteld tot een traditionele, weinig verrassende keuze, maar niet tot een keuze die ertoe strekt de samenstelling van de canon eens en voor altijd te fixeren. Demografische ontwikkelingen binnen multicultureel Nederland kunnen heel wel ertoe leiden dat in de volgende eeuw méér mensen het verhaal van Jozef en zijn broeders kennen uit het twaalfde hoofdstuk van de Koran ('*Surat Yusuf*') dan uit het eerste boek van de Bijbel. De uiteenlopende culturele fundering van 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen', één van de door de wetgever aangewezen bronnen van het ongeschreven recht (art. 3:12 BW), zal steeds dringender de aandacht vragen voor de grote, funderende verhalen van andere culturen: het verhaal van Krishna en Arjuna bijvoorbeeld, onderdeel van het Hindu epos *Mahabharata*: 'Welke macht is het, Krishna, die de mens tot de zonde leidt, tegen zijn wil, als ware hij machteloos? (Bhagavad Gita, 3:36).

Slechts één voorstel tot canonisatie wordt hierna van een toelichting voorzien: het verhaal van Kaïn en Abel, ook daarin gaat het om de macht van de zonde. Zij ligt als een belager aan uw deur. Kunt gij haar overwinnen?

De canon als fundament van het ongeschreven recht; rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; inachtneming van de zorgvuldigheid die volgens ongeschreven recht jegens de ander betaamt. In welke vorm biedt het ongeschreven recht zich aan? Ongeschreven recht; de negatieve omschrijving (niet geschreven) wekt de indruk dat, afgezien van het ontbreken van de schriftelijke vastlegging, dit type recht dezelfde structuur vertoont als zijn geschreven tegenhanger. Gij zult niet doden; een gebod geschreven op stenen tafelen door de vinger Gods (Exodus 31:18; zie thans art. 287 Wetboek van Strafrecht). Heeft het ongeschreven recht niet dezelfde structuur: gij zult geen kelderluik laten openstaan in de schaars verlichte gang van een café; gij zult de koper van uw auto spontaan mededelen dat de auto betrokken is geweest bij een aanrijding? Toch is die indruk onjuist. Het ongeschreven recht openbaart zich niet in een reeks ongeschreven geboden van het type: gij zult, gij zult niet... Het ongeschreven recht is op geen andere wijze kenbaar dan in gedramatiseerde vorm. 'Bij de vaststel-

*Demografische
ontwikkelingen binnen
multicultureel Nederland
kunnen heel wel ertoe leiden
dat in de volgende eeuw méér
mensen het verhaal van Jozef
en zijn broeders kennen uit
het twaalfde hoofdstuk van
de Koran dan uit het eerste
boek van de Bijbel.*

ling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met de persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken' (art. 3:12 BW). Ook zonder expliciete verwijzing in de wet geldt hetzelfde voor de vaststelling van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Persoonlijke belangen, het gegeven geval; de casuïstische oriëntatie van redelijkheid en billijkheid en van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm verzet zich tegen hun reductie tot algemene, gedepersonaliseerde geboden van het type: gij zult niet doden.

Lindenbaum tegen Cohen; Baris contra Riezenkamp; eerst door de botsing van hun persoonlijke belangen treden de contouren van het ongeschreven recht aan het licht. Het ongeschreven privaatrecht wordt gevormd door een nooit eindigende reeks heropvoeringen van een oud drama. Daarin wordt geworsteld met een cruciale vraag: ben ik mijns broeders hoeder?

Waarom behoort het verhaal van Kaïn en Abel tot de funderende verhalen van het recht en het verhaal van Romulus en Remus niet?

Kaïn was landbouwer; zijn broeder Abel schaapherder; van de vruchten der aarde bracht Kaïn een offer aan God. Ook Abel bracht een offer aan God: een van de eerstelingen van zijn schapen. De Heer sloeg acht op Abel en zijn offer, maar op Kaïn en zijn offer sloeg Hij geen acht. Toen werd Kaïn zeer toornig en zijn gelaat betrok. Toen zij in het veld waren stond Kaïn tegen zijn broeder Abel op en doodde hem. Toen zeide de Heer tot Kaïn: waar is uw broeder Abel? Kaïn antwoordde: ik weet het niet; ben ik mijns broeders hoeder? En de Heer sprak: wat hebt gij gedaan? Hoor, het bloed van uw broeder roept tot Mij uit de aarde.

Nu de andere broedertwist met dodelijke afloop: de tweelingbroers Remus en Romulus twisten over de vraag wie aan de nieuw te stichten stad zijn naam mag geven; wat zal het zijn Rema of Roma? Zij besluiten de locale goden te raadplegen door middel van een *augurium*, een vogelschouw. Beide broers nemen plaats op een eigen heuvel; Romulus op de Palatijn en Remus op de Aventijn. De goden geven eerst een gunstig teken aan Remus: zes gieren. Maar kort daarna volgt een onmiskenbare wenk aan Romulus: twaalf gieren. Nu ontstaat een interpretatiegeschil; wat heeft voorrang: de prioriteit van het teken aan Remus; of het grotere aantal vogels dat aan Romulus is verschenen? Een handgemeen volgt; Remus wordt gedood.

Het relaas van de lotgevallen van Romulus en Remus bevat voor juristen interessante stof: de confrontatie van twee gezichtspunten die in uiteenlopende richting wijzen zonder de mogelijkheid om met behulp van een vast criterium uit te maken welk gezichtspunt de doorslag geeft. Waarom behoort het toch niet tot de funderende verhalen van het recht? De reden is dat het hier gaat om een *petite histoire*; het verhaal is af. Het anekdotisch gehalte wordt nog onderstreept door Livius die eraan toevoegt dat een ander gerucht (*fama*) over de toedracht van de dood van Remus in ruimere kring is verspreid. Remus zou spottend over de nieuwe, door Romulus gebouwde muren zijn gesprongen. Romu-

lus, in toorn ontstoken, doodt zijn broer Remus, de gelegenheid te baat nemend voor een gevleugeld woord: 'Zo zal het een ieder vergaan die over mijn muren springt.'² Het verhaal van Kaïn en Abel is van een geheel ander gehalte. Het is volstrekt niet 'af'. Het bevat de grondstof voor een *never ending story*: ben ik mijns broeders hoeder? Deze vraag ontketent een reeks nieuwe vragen. In de eerste plaats de vraag of het wel een vraag is. Aan het einde van de vierde eeuw na Chr. vertaalde Hieronymus de Hebreeuwse grondtekst in het Latijn: *num custos fratris mei sum*; ik ben toch niet mijns broeders hoeder? In deze Latijnse vertaling, in latere eeuwen bekend als de Vulgaat, is het woord van Kaïn in het collectieve geheugen van Europa gegrift. Zo krijgt de vraag een sterk retorische lading; zij is de repliek op een vraag die ook geen vraag is: waar is uw broeder Abel? Hij die haar stelde kende het antwoord al: 'Hoor, het bloed van uw broeder roept tot Mij uit de aarde.' Aldus opgevat, als aanklacht en verweer, vormt deze dialoog het grondpatroon van het processuele debat over de eisen van redelijkheid en billijkheid bij de totstandkoming van overeenkomsten. Riezenkamp: nu ik mijn verwachting omtrent de productieprijs van de bromfietsmotoren ontleende aan een door Baris gedane mededeling, mag deze mij niet tegenwerpen dat ik mijn dwaling aan eigen schuld heb te wijten. Baris verweert

van de opwellingen van ons gemoed: gramschap, afgunst. Kaïn weet daarover mee te praten, maar ook Cohen: waarom slaan de klanten wel acht op Lindenbaum en zijn drukwerk, en niet op hem?

De wereld is onbillijk; de één wordt geboren in een villa in Bloemendaal, een gouden lepel in de mond, de ander in een krottenwijk van Calcutta, voorbestemd om vanaf zijn achtste jaar voor wat kopergeld dag in dag uit, twaalf uur lang, te werken in een tapijtweverij.

Niet al het onverdiende leed, waar ook ter wereld geleden, is *onrecht*. Het recht boekt vooruitgang daar waar als onrecht wordt aangemerkt: onverdiend en vermijdbaar leed dat door menselijk ingrijpen wordt veroorzaakt. Het in 1995 in werking getreden Verdrag inzake de rechten van het kind verleent kinderen niet het recht om geboren te worden in een villa in Bloemendaal, en niet in een krot in Calcutta, maar het beoogt wel hen te beschermen tegen werk dat schadelijk is voor hun geestelijke en maatschappelijke ontwikkeling (art. 32). Bij deze voortschrijdende juridisering van de (mondiale) samenleving is de literaire *topos* van de broederschap een onmisbare bron van inspiratie. Lees Havelaars toespraak tot de Hoofden van Lebak:

'Waar Allah waterstromen uitgiet, die de akkers wegne- men...waar Hij de grond hard maakt als dorre steen...waar Hij Zijn zon doet gloeien ter verschroeïing...waar Hij oorlog zendt, die de velden omkeert...waar Hij slaat met ziekten die de handen slap maken, of met droogte die de aren doodt...daar, Hoofden van *Lebak*, buigen wij deemoedig het hoofd, en zeggen: "Hij wil het zo!".'

Maar dit geldt niet voor de knevelarijen van de inlandse Hoofden. Havelaar vervolgt:

Hoofden van *Lebak*, eens sterven wij allen!

Wat zal er gezegd worden in de dorpen waar wij gezag hadden? En wat door de voorbijgangers die de begrafenis aanschouwen?

En wat zullen wij antwoorden, als er na onze dood een stem spreekt tot onze ziel, en vraagt: 'waarom is er geweest in de velden, en waarom verbergen zich de jongelingen? Wie nam de oogst uit de schuren, en uit de stallen de buffel die het veld ploegen zou? Wat hebt gij gedaan met de broeder die ik u gaf te bewaken? Waarom is de arme treurig en vloekt de vruchtbaarheid zijner vrouw?'

'Wat hebt gij gedaan met de broeder die ik u gaf te bewaken?' De inspiratie is onmiskenbaar: 'Waar is uw broeder Abel?' Havelaars vermanend woord bevat echter ook een verwijzing naar de nieuw-testamentische herschrijving van Genesis 4: 9: 'ben ik mijns broeders hoeder?' 'Hoofden van Lebak, eens sterven wij allen!' En dan zal van ons rekening en verantwoording worden gevraagd: 'Waarom is er geweest in de velden?' Vergelijk hiermee Lucas 10:25-28:

'En zie, een wetgeleerde stond op om Hem te verzoeken en zeide: Meester, wat moet ik doen om het eeuwige leven te beërven? En Hij zeide tot hem: Wat staat in de wet geschreven? Hoe leest gij? Hij antwoordde en zeide: Gij zult de Here uw God liefhebben uit geheel uw hart en met geheel uw ziel en met geheel uw kracht en met geheel uw verstand, en uw naaste als uzelf. En Hij zeide tot hem: Gij hebt juist geantwoord: Doe dat en gij zult leven. Maar hij wilde zich rechtvaardigen en zeide tot Jezus: En wie is mijn naaste?'

Gij zult uw naaste liefhebben. In de Engelse King James vertaling luidt de Griekse grondtekst (*agapêseis ton plêsion sou*): Thou shalt love thy neighbour. Deze tekst inspireerde Lord Atkin in een uitspraak die op één lijn kan worden gesteld met ons Lindenbaum/Cohen-arrest. Wanneer ben ik aansprakelijk wgens *negligence*? Hoever reikt mijn *duty of care*?

Verbijsterend is de laconieke mededeling waarmee het verhaal wordt ingeleid: 'De Heer sloeg acht op Abel en zijn offer, maar op Kaïn en zijn offer sloeg Hij geen acht.' Geen spoor van rechtvaardiging voor deze ongelijke behandeling.

zich door de repliek van Kaïn te parafaseren. Bij memorie van antwoord wijst hij erop 'dat het zaak was van Riezenkamp om in alle vrijheid te beslissen of hij koper wilde worden of niet.' Ben ik mijns broeders hoeder?³

Ook in ander opzicht is het verhaal van Kaïn en Abel nog lang niet 'klaar'. Wie is mijn broeder? Hoever reikt mijn hoederschap? Verbijsterend is vooral de laconieke mededeling waarmee het verhaal wordt ingeleid: 'De Heer sloeg acht op Abel en zijn offer, maar op Kaïn en zijn offer sloeg Hij geen acht.' Geen spoor van rechtvaardiging voor deze ongelijke behandeling. Was het omdat herders als Abel beter dan landbouwers als Kaïn pasten bij het nomadisch bestaan dat de Heer voor Zijn volk in petto had, vooraleer het eeuwen later, na vele avontuurlijke omzwervingen, het beloofde land zou bereiken? Juist het ontbreken van iedere verklaring onthult het fundamentele probleem van het recht: hoe redelijkheid en billijkheid scheppen in een onredelijke en onbillijke wereld?

De wereld is onredelijk; dat geldt voor de wereld van plant en dier: de betrekkingen tussen wolf en schaap zijn stabiel en voorspelbaar maar daarmee nog niet redelijk. Ook de drijfveren van het menselijk gedrag worden slechts voor een klein deel gevormd door de rede; belangrijker is het aandeel

'The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; (...) Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.'⁵

Who, then, in law is my neighbour? Atkins antwoord volgt de klassieke juridische receptuur: een definitie *per genus proximum et differentiam specificam*. Mijn naasten zijn personen (*genus proximum*) die als bijzonderheid (*differentia specifica*) gemeen hebben dat zij zo rechtstreeks bij mijn gedraging zijn betrokken dat ik hen redelijkerwijs als zodanig in aanmerking behoor te nemen wanneer ik mijn aandacht richt op het doen en laten dat mij wordt verweten. Dit antwoord kenmerkt de jurist: formeel onberispelijk, maar je schiet er geen meter mee op.

Hoe anders de retorische strategie van Jezus. Wie is mijn naaste?

'Een zeker mens daalde af van Jeruzalem naar Jericho en viel in handen van rovers, die hem niet alleen uitschudden, maar ook slagen gaven en weggingen, terwijl zij hem halfdood lieten liggen. Bij geval daalde een priester af langs die weg; en deze zag hem, doch ging aan de overzijde voorbij. Evenzo ging ook een Leviet langs die plaats, en hij zag hem en ging aan de overzijde voorbij. Doch een Samaritaan, die op reis was, kwam in zijn nabijheid, en toen hij hem zag, werd hij met ontferming bewogen. En hij ging naar hem toe, verbond zijn wonden, goot er olie en wijn op; en hij zette hem op zijn eigen rijdier, bracht hem naar een herberg en verzorgde hem. En de volgende dag stelde hij de waard twee schellingen ter hand en zeide: Verzorg hem en mocht gij meer kosten hebben, dan zal ik ze u vergoeden, op mijn terugreis. Wie van deze drie dunkt u, dat de naaste geweest is van de man, die in handen der rovers was gevallen? Hij zeide: Die hem barmhartigheid bewezen heeft. En Jezus zeide tot hem: Ga heen, doe gij evenzo.'

Niet een definitie, maar een gelijkenis: het verhaal van de barmhartige Samaritaan. Waarin schuilt de kracht van een gelijkenis? Een definitie richt zich tot ons begrip. Wat is een akte? Een akte is een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen. Een gelijkenis spreekt tot onze verbeelding. Maar moet een jurist beschikken over verbeelding?

Drie mannen zitten in een pleziervaartuig, afgemeerd aan de oever van de Haarlemmer Trekvaart. Het bootje zinkt, langzaam maar steeds sneller. In de verte nadert een boer op zijn tractor. Een der mannen klampt hem aan met de vraag of hij bereid is om met behulp van de tractor het bootje op de wal te trekken. De boer weigert; 'Hij moet de bieten nog van het land halen', en rijdt voorbij. Het scheepje zinkt (schade f 20 000). De eigenaar spreekt de boer aan uit onrechtmatige daad ('gedragingen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt').

Een moderne variant van de gelijkenissen uit het nieuwe testament wordt gevormd door wat Wiarda in zijn 'Drie typen van rechtsvinding' 'de vergelijkingsmethode' heeft genoemd. Vergelijk het ter beslissing voorgelegde geval met 'imaginaire buurgevallen', denkbeeldige situaties 'waarin hetzij op grond van een duidelijk wettelijk voorschrift, hetzij op grond van reeds bestaande jurisprudentie, hetzij op grond van de evidentie, de oplossing duidelijk is.'⁶

Bij gelegenheid van het raadkameroverleg zou een der rechters kunnen wijzen op het gedrag van de priester en de Leviet ten opzichte van een zeker mens die – halfdood – lag langs de weg van Jeruzalem naar Jericho. Naar huidige

maatstaven, te vinden in art. 450 Wetboek van Strafrecht, zouden zij zeker aansprakelijk zijn als zij zouden worden aangesproken door de weduwe van het inmiddels overleden slachtoffer. Zijn collega zou uit zijn vermogen tot literaire verbeelding kunnen putten: het vervolg op Bordewijks Karakter, de rijke broer van Dreverhaven die zijn 'natuurlijke neef' Jacob laat wegzinken in een financieel moeras en weigert hem de helpende hand te bieden. Het gedrag van deze rijke 'oom' is wellicht hardvochtig, maar het leidt stellig niet tot diens aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

De vergelijking met deze beide 'imaginaire buurgevallen' levert het volgende gezichtspunt op: het door het burgerlijk recht geveerde hoederschap reikt aanmerkelijk verder daar waar het gaat om gevaar voor leven en gezondheid van de ander dan daar waar slechts aantasting van vermogensbelangen dreigt. In het geval van het gezonken pleziervaartuig zal dit gezichtspunt waarschijnlijk leiden tot afwijzing van de vordering.

Traditioneel wordt alom gebruik gemaakt van een andere, evenzeer imaginaire, figuur: de Voorbeeldige Persoon; de bonus paterfamilias, de sorgfältige Mensch, de reasonable man. Wat zou hij, geplaatst in dezelfde omstandigheden als die waarin gedaagde verkeerde, hebben gedaan? Een andere Law Lord, Lord Radcliffe, onthult trefzeker zijn louter imaginaire status:

Het recht boekt vooruitgang daar waar als onrecht wordt aangemerkt: onverdiend en vermijdbaar leed dat door menselijk ingrijpen wordt veroorzaakt.

'(He) represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice.' En zijn spreekbuis 'is and must be the court itself.'⁷

The anthropomorphic conception of justice; het is de taak van de rechter aan deze menselijke gestalte van de rechtvaardigheid een geloofwaardige en overtuigende vorm te verlenen. Met betrekking tot de figuren die de schrijver in zijn roman laat optreden, schrijft E.M. Forster (*Aspects of the Novel*, p. 73 en 81):

'We may divide characters into flat and round. Flat characters are sometimes called types and sometimes caricatures. In their purest form they are constructed round a single idea or quality (...) The test of a round character is whether it is capable of surprising in a convincing way.

Het onderscheid tussen 'flat' en 'round' valt niet samen met het verschil tussen slechte en goede romans. De door Dickens geschapen wereld wemelt van de 'flat characters' (Mr. Pickwick, Mr. Micawber) terwijl hij zeker niet de mindere is van Dostojevski die in zijn romans vrijwel uitsluitend 'round characters' laat optreden (Raskolnikov, Ivan Karamazov).

Nu schijnt het zonneklaar waar de goede huisvader, de sorgfältige Mensch, de reasonable man moet worden ingedeeld: onverbiddelijk bij de 'flat characters' Hij wordt geconstrueerd, in de woorden van Forster, 'round a single idea

or quality': redelijkheid, zorgvuldigheid. Sjouwerman, die in een Amsterdams café kratten cola moest afleveren, liet een kelderluik openstaan. Een der cafébezoekers viel in het gat en raakte gewond. Wat zou een zorgvuldige bezorger van kratten in de gegeven omstandigheden hebben gedaan? Deze scene, beschreven door de Hoge Raad, munt uit door redelijkheid. Hij zou een afweging hebben gemaakt van drie boekhoudkundige factoren: de hoegrootheid van de kans op schade, de ernst van de schade en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen; hij zou vervolgens tot de conclusie zijn gekomen dat het maar beter was het luik te sluiten en zou dienovereenkomstig hebben gehandeld.⁸

Kunnen mannen van (licht-)gevorderde leeftijd als Martens, Mijnsen, Korthals Altes en Neleman zich voorstellen wat het voor een vrouw betekent, indien wordt onthuld wie de verwekker is van haar buitenechtelijk geboren kind?

Heeft de Redelijke Persoon ook emoties? Moet zijn *auctor intellectualis* – de rechter – beschikken over emotionele intelligentie, het vermogen om emotionele belangen van partijen onder woorden te brengen en hun gewicht te bepalen? Kunnen mannen van (licht-)gevorderde leeftijd als Martens, Mijnsen, Korthals Altes en Neleman zich voorstellen wat het voor een vrouw betekent, indien wordt onthuld wie de verwekker is van haar buitenechtelijk geboren kind?

'De R. is, als buitenechtelijk kind, in 1935 geboren in 'Moederheil' een toen door rooms-katholieke religieuzen gedreven inrichting met als doelstelling het verlenen van zorg en begeleiding aan ongehuwde moeders en hun kinderen.' Dit is niet de eerste zin van een roman van Bordewijk, maar het begin van een arrest van de Hoge Raad. Zijn onheilspellende kracht ('een door rooms-katholieke religieuzen gedreven inrichting') doet nauwelijks onder voor de opening van Karakter:

'In het zwartst van de tijd, omtrent Kerstmis, werd op de Rotterdamse kraamzaal het kind Jacob Willem Katadreuffe met de sectio caesarea ter wereld geholpen. Zijn moeder was de achttienjarige dienstbode Jacoba Katadreuffe, zij werd bij verkorting Joba genoemd. Zijn vader was de deurwaarder A.B. Dreverhaven, een man van achter in de dertig, toen reeds bekend als het zwaard zonder genade voor iedere schuldenaar die hem in handen viel.'

De R. eist dat Valkenhorst, die de inrichting thans exploiteert, haar meedeelt wat haar moeder destijds aan de leiding van 'Moederheil' heeft verteld omtrent de identiteit van haar vader. Valkenhorst heeft dit geweigerd met verwijzing naar het recht op respect voor het privé-leven van de moeder. Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch kon zich verenigen

met het door Valkenhorst ingenomen standpunt. In cassatie wordt geconcludeerd door de Advocaat-Generaal Koopmans. Hij concludeert tot vernietiging van 's-Hofs arrest:

'Wie een vlijtig lezer is van kranten en tijdschriften, of wie gewoon zijn ogen de kost geeft, moet wel tot overtuiging komen dat de Nederlandse zeden de laatste vijftig jaar aanzienlijk zijn veranderd. Het sociale ostracisme waaraan de buitenechtelijke relatie onderworpen placht te zijn, is vrijwel verdwenen. De aanstaande moeder hoeft zich niet meer in existentiële nood tot een eenzaam gelegen tehuis te wenden omdat elders in de wereld geen plaats voor haar is.'

Een overtuigende schets van de verandering van de vaderlandse zeden, geput uit een nauwelijks verborgen bron: de beschrijving van een buitenechtelijke geboorte tweeduizend jaar geleden; 'en zij baarde haar eerstgeboren zoon en wikkelde Hem in doeken en legde Hem in een kribbe, omdat voor hen geen plaats was in de herberg' (Lucas 2: 6-7).

Koopmans schildert vervolgens een reeks situaties die vijftig jaar geleden gènant werden geacht:

'De gehuwde man die een pleziertje buiten de echt heeft gezocht, de zoon uit betere kringen die zich door een dienst- of werkmeisje laat inwijden, de geestelijke wie het celibaat te machtig werd, de oudere man die het jonge meisje verleidt. Het werd toen waarschijnlijk in het maatschappelijk belang geacht dat de buitenwereld hiervan onkundig bleef(...) Dit tijdperk lijkt mij voorbij'

Het is uiteraard niet uitgesloten dat de Advocaat-Generaal deze inzichten heeft verworven door 'vlijtig de krant te lezen' en 'zijn ogen goed de kost te geven'; waarschijnlijker is echter dat zijn observaties omtrent de spanningen van het celibaat en het lot van het meisje voor dag en nacht zijn ontleend aan literaire bronnen: Le Rouge et le Noir van Stendhal en Karakter van Bordewijk:

'Het meisje Joba Katadreuffe had bij de ongehuwde Dreverhaven een korte tijd gediend, toen was hij bezweken voor haar onschuldig schoon, en zij voor zijn kracht.'

Het betoog van de Advocaat-Generaal trof doel. De Hoge Raad volgde de conclusie en honoreerde het cassatieberoep: 'Wat betreft de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig natuurlijk kind als De R. om te weten door wie het is verwekt, en anderzijds het – in het recht op respect voor haar privé-leven besloten – recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, moet – anders dan het Hof klaarblijkelijk tot uitgangspunt heeft genomen – worden geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert. Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind.'⁹

Het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt, wordt door de Hoge Raad aangemerkt als een 'vitaal belang'. Dit belang is in ieder geval van geheel andere aard dan het belang van Riezenkamp dat Baris hem adequaat inlicht met betrekking tot de productieprijs van de bromfietsmotoren. Nog afgezien van zijn emotionele, niet-financiële gehalte, is het belang van het kind niet enkel gericht op één doel: de waarheid. Het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt, omvat het recht dit NIET te weten. De mens is slechts in beperkte mate bestand tegen de waarheid. De waarheid kan zelfs de allersterksten verpletteren. Vrijwel niemand zal overeind blijven na de onthulling dat de man die hij jarenlang voor zijn grootvader heeft gehouden, tevens zijn (biologische) vader is.

De overweging van de Hoge Raad wekt de indruk dat het recht van de moeder om de identiteit van de verwekker ook



Multatuli (1820-1887)

tegenover haar kind verborgen te houden, louter strekt ter eerbiediging van *haar* privé-leven. Toch is het zeer wel mogelijk dat haar zwijgen is ingegeven door de oprechte wens haar kind te beschermen tegen de ondraaglijke last van de waarheid.

Het burgerlijk recht draait niet om geld alleen. De fundamentele rechten van de burger zijn voor een groot deel van niet-monetaire aard. De botsing van emotionele belangen zal steeds meer aandacht van het burgerlijk recht opeisen. Hier biedt de literatuur haar diensten aan. Zij bevat het recept tegen rechtlijnigheid. Nergens wordt een beter zicht geboden op het kromme hout waaruit de mens is gemaakt dan in Dostojevski's *Misdaad en Straf*. Nergens wordt de door moderne gezinspsychologen geconstateerde toegenomen

De fundamentele rechten van de burger zijn voor een groot deel van niet-monetaire aard.

De botsing van emotionele belangen zal steeds meer aandacht van het burgerlijk recht opeisen.

men 'stamboomnieuwsgierigheid'¹⁰ scherper ontleed – met inbegrip van haar soms fatale afloop – dan in Sophocles' *Koning Oedipus*.

Het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt; een *vitaal* belang, aldus de Hoge Raad. Inderdaad, soms een kwestie van leven en dood. De indrukwekkendste herschrijving van het verhaal van Kaïn en Abel is van de hand van John Steinbeck: *East of Eden*; 'this monumental novel sweeps from Connecticut to California, covers seven decades in the passionate lives of two turbulent American families; It is a novel of good and evil, lust and love, birth and death and life...'. Het boek vertelt na een aanloop van vijfhonderd bladzijden hoe Caleb Trask, uit woede over de miskennis door zijn vader, zijn tweelingbroer Aron de dood injaagt door hem te confronteren met de waarheid: de identiteit van hun moeder. Een betere *éducation sentimentale* dan de lezing van dit boek is nauwelijks voorstelbaar. Heeft de rechter die het verhaal van Kaïn en Abel niet kent een hoofdzonde begaan?

Ja.

Is dit erg?

Nee.

Het aantrekkelijke van de zonde is gelegen in de mogelijkheid van vergeving. Daartoe is boetedoening vereist. Tolle, lege; neem op en lees: Bijbel: Genesis, Job, *Evangelie naar Lucas*; Homerus: *Ilias*; Plato: *Politeia*; Sophocles: *Koning Oedipus*, *Antigone*; Kleist: *Michael Kohlhaas*; Dostojevski: *Misdaad en Straf*; Multatuli: *Max Havelaar*. □

J.H. Nieuwenhuis

(hoogleraar privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen)

1. *Bijbel*: Genesis, Job, *Evangelie naar Lucas*; *Homerus*: *Ilias*; *Plato*: *Politeia*; *Sophocles*: *Koning Oedipus*, *Antigone*; *Kleist*: *Michael Kohlhaas*; *Dostojevski*: *Misdaad en Straf*; *Multatuli*: *Max Havelaar*.

2. Livius, *Ab urbe condita*, I, 6 e.v.

3. HR 15 nov. 1957, *NJ* 1958, 67.

4. Multatuli, *Max Havelaar*, hoofdstuk 8.

5. Donoghue v. Stevenson, *House of Lords* (1932) A.C. 562, 580.

6. G. J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer: Kluwer 1999, p. 110.

7. Davis contractors v. Fareham; [1956] A.C. 696.

8. HR 5 nov. 1965, *NJ* 1966, 136.

9. HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 (mrs. Martens, Mijnsen, Korthals Altes, Neleman, Swens-Donner).

10. Zie de conclusie van de A-G Koopmans voor HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608, onder 6.