



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Eenheid der wet

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2005). Eenheid der wet. *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 25-47. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36614>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36614>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Deel I

EENHEID BINNEN HET NATIONALE
RECHT

2 Eenheid der wet

J.H. Nieuwenhuis[■]

1 EENHEID

Is het Burgerlijk Wetboek een eenheid? Op vergelijkbare wijze als het telefoonboek voor Leiden en omstreken (van Aartman tot Zwijnstra) dat is, is ook het Burgerlijk Wetboek een eenheid. Het begint met de A van 'Allen die zich in Nederland bevinden' (art. 1:1) en het eindigt, duizenden artikelen later, met een algemene slotbepaling over de uitzonderingspositie van de zondag. Wie op zoek is naar regels over erfdienstbaarheden kan het trefwoordenregister raadplegen (erfdeel, erfdienstbaarheid, erfenis). Hij kan ook systematischer te werk gaan en zoeken in Boek Vijf dat als opschrift draagt: 'Zakelijke Rechten'. Het systematisch aspect van de tweede aanpak heeft slechts betrekking op de *uitwendige* kant van het Burgerlijk Wetboek opgevat als eenheid. Vertoont het Burgerlijk Wetboek ook een *inwendige* eenheid, een samenhang die de onafzienbare reeks bepalingen over zo uiteenlopende onderwerpen als personen, zaken en verbintenissen tot een omvangrijke maar niettemin hechte eenheid aaneensmeedt?

Eenheid schuilt in *the eye of the beholder*. De één ziet de nachtelijke sterrenhemel als een donkere deken waarop uit losse pols duizenden lichtjes zijn gestrooid. De ander ontwaart stabiele eenheden, constellaties: Grote Beer, Waterman, Cassiopeia. Een spectaculaire eenheidsvisie op het uitspaniel van het burgerlijk recht staat op naam van Savigny. Hij zag in het nog niet gecodificeerde Duitse burgerlijk recht van zijn dagen (1840) een 'innere Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verknüpft'.¹

Een inwendige samenhang die alle rechtsinstituten en rechtsregels tot een grote eenheid samenbindt; geldt dit ook voor het Nederlands burgerlijk recht? Is sprake van een inwendige samenhang die uiteenlopende rechtsinstituten als eigendom en overeenkomst en verspreide rechtsregels als art. 3:61 (ontoereikende volmacht) en art. 6:34 (betaling aan een onbevoegde) tot een eenheid samenbindt? Zo ja, waaruit bestaat dan de middelpuntzoekende kracht die deze inwendige samenhang tot stand brengt?

■ J.H. Nieuwenhuis is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 1 (1840), p. 214.

2 AFWEZIGHEID VAN TEGENSpraak

Paul Scholten wijdt in zijn *Algemeen Deel* belangwekkende beschouwingen aan 'De eenheid der wet' (§ 12). Hij vat eenheid vooral op als consistentie, afwezigheid van tegenspraak:

'Het geheel der wetgeving (...) kan als een eenheid worden begrepen, waarin geen tegenspraak is. Dit vloeit voort uit de aard van het recht als bevel en ordening. Een tegenstrijdig bevel heft zichzelf op, een ordening die zichzelf tegenspreekt, is wanorde. Te allen tijde heeft men erkend, dat een nieuwe wet, met een oude in tegenspraak, die oude doet vervallen. Dit heeft in de eenheid zijn grondslag, het 'lex posterior derogat priori' is niet een bepaling van positief recht, maar een logische voorwaarde van elk positief recht.'²

Wat Scholten hier aanduidt als een logische voorwaarde van positief recht, vloeit voort uit de tweede hoofdwet van de traditionele logica, de wet van de (non-)contradictie. Onjuist is iedere uitspraak van het type 'p en niet-p', 'Haarlem is de hoofdstad van Noord-Holland en Haarlem is niet de hoofdstad van Noord-Holland.' Dit geldt ook voor de deontische logica. De regel die het fokken van honden van het type Cano Andino toestaat is onverenigbaar met de regel die het fokken van de Cano Andino verbiedt.

Niet snel zal mogen worden aangenomen dat de wet zichzelf tegenspreekt. De regel dat overeenkomsten zowel mondeling als schriftelijk tot stand kunnen komen, wordt niet ontkracht door de recente invoering van art. 7:2 BW (koop van een woning dient schriftelijk te geschieden). Dit volgt uit de vervulling van een andere logische voorwaarde van elk positief recht: erkenning van de regel *exceptio firmit regulam*. Door een bepaling aan te merken als uitzondering wordt het bestaan van de andersluidende hoofdregel bevestigd.

Scholten's opvatting dat de eenheid van de wet vooral is gelegen in de afwezigheid van tegenspraak laat ook onverlet de mogelijkheid van coëxistentie van twee bepalingen die met elkaar op gespannen voet verkeren. Uit 1829 dateert de regel dat de rechter volgens de wet rechtsprekt en hij in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordeelt (art. 11 Wet Algemene Bepalingen). In 1992 werd een regel ingevoerd die de rechter opdraagt een tussen partijen geldende regel buiten toepassing te laten, indien toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Dwingt deze bepaling de rechter niet ertoe zich te verdiepen in de innerlijke waarde en billijkheid van de tussen partijen geldende wettelijke regel?

Bij haar poging in een trein te stappen die op het punt stond te vertrekken van station Santpoort-Noord is mevrouw B. ernstig gewond geraakt. Haar arm kwam tussen de sluitende deuren. Toen de trein ging rijden is zij mee-

2 P. Scholten, *Algemeen Deel* (1931), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 45.

gesleurd en met beide benen onder het treinstel terechtgekomen. De trein is na enkele tientallen meters weer tot stilstand gekomen doordat aan de noodrem is getrokken. NS heeft aansprakelijkheid erkend, maar beriep zich op de wettelijke limitering van haar aansprakelijkheid tot het bedrag van € 137 000 (art. 8:110 BW). Tevergeefs; het Amsterdamse Hof was van oordeel dat toepassing van deze tussen partijen geldende regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. NS diende de door mevrouw B. geleden schade, die het bedrag van € 137 000 verre te boven ging, volledig te vergoeden.³ In weerwil van het daartoe strekkend verbod van art. 11 Wet Algemene Bepalingen, vormde het Hof zich een oordeel over de innerlijke waarde en billijkheid van art. 8:110 BW. Er diende naar het oordeel van het Hof een 'fair balance' te bestaan tussen enerzijds het algemeen belang (limitering van de aansprakelijkheid om het ondernemersrisico beheersbaar te houden) en anderzijds de bescherming van de individuele rechten van B. Aan het vereiste van een 'fair balance' was in dit geval niet voldaan omdat sprake was van een individuele en buitensporige last voor B.

Betekent dit dat art. 11 Wet Algemene Bepalingen, althans de zinsnede 'hij (de rechter) mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen' een dode letter is geworden? Deze conclusie zou bepaald voorbarig zijn. Art. 11 bevat nog steeds een zinvolle waarschuwing aan rechters om zich niet te ontpoppen als volstrekt autonome rechtsvinders die, niet gehinderd door de regelen des rechts, het hun voorgelegde geschil beslechten als goede mannen naar billijkheid.⁴ De 'onaanvaardbaarheidstoets' van art. 6:248 lid BW moet serieus worden genomen. De rechter mag de tussen partijen geldende regel niet negeren, maar moet uitleggen waarom toepassing van deze regel in dit geval onaanvaardbaar is. De omstandigheid, dat art. 11 Wet Algemene Bepalingen en art. 6:248 lid 2 BW op onderling gespannen voet staan, is geen bedreiging voor de eenheid van het recht. Integendeel, doordat zij elkaars tegenhanger vormen, verstevigen zij het evenwicht.

Scholten's constatering dat de eenheid der wet eist dat de wetgever zichzelf niet tegenspreekt is juist, maar ziet slechts op een noodzakelijke, doch geenszins voldoende voorwaarde voor eenheid. Afwezigheid van tegenspraak vormt nog geen garantie voor een enigszins hechte samenhang. Ook al zou het telefoonboek voor Leiden en omstreken zichzelf nergens tegenspreken, dan betekent dit nog niet dat de geboden informatie veel samenhang vertoont. De band die het telefoonboek smeedt tussen Aartman en Zwijnstra is beperkt tot de mogelijkheid elkaar door het intoetsen van het juiste nummer te bereiken via een vaste telefoonverbinding.

3 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *NJf* 2004, 543.

4 Zie over dit type van rechtsvinding G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer: Kluwer 1999, p. 14.

3 SYNTHESE VAN RECHTSREGELS

Enkele schreden verder op het door Savigny gebaande pad naar de *grosse Einheit* van het recht zijn gezet door Suyling. In zijn *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* wordt eerst de banvloek uitgesproken over twee gangbare typen van rechtvinding: de rechtshistorische methode ('Oude schrijvers worden uitgeplozen. En als recht dient men vervolgens op (...) wat de scherpzinnige Domat (...) of wat een onzer Oudhollandse rechtsgeleerden voor een of meer eeuwen hebben geschreven.') en de theorie der vrije rechtsvinding (deze leer 'verleent aan de rechter de bevoegdheid zijn subjectief inzicht omtrent hetgeen recht is, als rechtsinhoud aan de man te brengen.'). Dan volgt de door Suyling aanbevolen methode van wetsuitleg: 'synthese der rechtsregelen'.

'Noch uit het grijs verleden, noch uit het individueel geweten valt dus de onmisbare voorlichting te trekken. Als enige bron voor de uitleg der wet rest daarom de wet zelve. (...) Hoe gebrekkig de afzonderlijke artikelen der wetten al geredigeerd mogen wezen, zij bergen in hun schoot, zij het ook nog zo verscholen, de grote beginselen, die het gehele rechtssysteem schragen.'⁵

Synthese van rechtsregels aan de hand van de grote beginselen die het gehele rechtssysteem schragen? Een proef op de som:

Art. 3:61 lid 2 BW:

'Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.'

Art. 6:34 lid 1 BW:

'De schuldenaar die heeft betaald aan iemand die niet bevoegd was de betaling te ontvangen, kan aan degene aan wie betaald moest worden, tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald, indien hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald.'

Twee bepalingen die in het uitwendige systeem mijlenver uiteen liggen en die betrekking hebben op fors uiteenlopende onderwerpen: volmacht en nakoming. Toch valt het niet moeilijk te ontdekken welk machtig beginsel zij in hun schoot bergen: het vertrouwensbeginsel. Wie op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ander bevoegd was (tot vertegenwoordiging; tot inont-

5 J.Ph. Suyling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, I, derde druk, Haarlem 1948, nrs. 24 e.v.

vangstneming van een betaling), verdient bescherming als deze veronderstelling onjuist blijkt te zijn. Wel is sprake van een opvallend verschil. In art. 3:61 is ter aanvulling van het vertrouwensbeginsel nog een beginsel werkzaam dat in art. 6:34 lijkt te ontbreken: het toedoenbeginsel. Voor een geslaagd beroep op art. 3:61 is vereist dat het vertrouwen werd gewekt door een verklaring of gedraging van degene in wiens naam de rechtshandeling werd verricht. Een dergelijke eis ontbreekt in art. 6:34; niet nodig is dat het vertrouwen van de schuldenaar dat degene aan wie hij betaalde tot inontvangstneming bevoegd was, is gewekt door verklaringen of gedragingen van de werkelijke schuldeiser.

Is dit een onoverkomelijke breuk in het stelsel van de wet? Stel, een rechter staat voor een beslissing in twee zaken:

T, in een leidinggevende positie in dienst van A., koopt zonder daartoe bevoegd te zijn in naam van A een 25 tons aluminium bulkoplegger van D. De volgende dag zendt D een orderbevestiging aan A die daarop niet reageert. Kan D met succes een beroep doen op art 3:61 lid 2?

Rijdend op zijn fiets maakt E een verkeersfout waardoor de auto van F ernstig wordt beschadigd (schade €12 000). Enkele weken nadat G, de schadeverzekeraar van F, diens schade heeft vergoed, betaalt E €12 000 aan F. G stelt zich op het standpunt dat zij door subrogatie recht heeft verkregen op betaling van €12 000 door E. Kan E zich met succes beroepen op art. 6:34 lid 1?

Synthese van rechtsregels; na rijp beraad bereikt onze rechter de conclusie dat in beide gevallen het vertrouwensbeginsel de doorslag moet geven.

In de eerste zaak overweegt hij dat weliswaar D door raadpleging van het Handelsregister had kunnen weten dat T niet bevoegd was de bulkoplegger in naam van A te kopen, maar dat voor hem zwaarder weegt dat A heeft nagelaten na ontvangst van de orderbevestiging D onmiddellijk uit de droom te helpen wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid van T.⁶

In de tweede zaak volgt zijn gedachtegang een vergelijkbaar spoor. Weliswaar had E wellicht rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat de schade van F reeds was vergoed door een verzekeraar, zodat deze daardoor in diens rechten was getreden, maar anderzijds had het op de weg van de verzekeraar gelegen om E onverwijld op de hoogte te stellen van het feit dat hij niet langer bevrijdend kon betalen aan F. Dit laatste geeft de doorslag bij de beslissing om het door E gedane beroep op art. 6:34 lid 1 te honoreren.

Deze convergentie illustreert het evolutionaire karakter van rechtsbeginselen. Wat het toedoenbeginsel betreft kan zijn ontwikkeling in een enkel woord worden samengevat: van *toedoen* naar *toerekening*. Hoetink omschreef het toedoenbeginsel, door hem in navolging van de Duitse doctrine *Veranlassungsprinzip* genoemd, als de ‘zeer billijke gedachte (...) dat wie een rechtsschijn

6 Zie HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157.

opwekt of althans door wiens toedoen, door wiens bijzonder gedrag zij ontstaat, ervoor moet opkomen, indien derden zich aan die rechtsschijn houden.⁷ Zo opgevat gaat het bij het toedoenbeginsel om een vorm van zuivere causaliteitsaansprakelijkheid. Wie bij gelegenheid van de verkoop van een rijdende kraan meedeelt dat voor deze kraan zeker een kentekenbewijs zal worden afgegeven, zal moeten gedogen dat de ander de overeenkomst vernietigt, indien achteraf blijkt dat deze kraan niet in aanmerking komt voor een kentekenbewijs. Dit is niet anders als de verkoper de mededeling volstrekt te goeder trouw heeft gedaan en hem op dat punt geen enkel verwijt valt te maken.

Wegens zijn louter causale karakter heeft een modern Duits auteur de staf gebroken over het *Veranlassungsprinzip*:

‘Das Veranlassungsprinzip (...) stellt vielmehr ein Relikt reiner Kausalhaftung dar und hat daher in der modernen Dogmatik keinen Platz.’⁸

Art. 3:61 lid 2 (onjuiste voorstelling omtrent de omvang van de volmacht) en art. 6:34 lid 1 (onjuiste voorstelling met betrekking tot de vraag wie schuldeiser is) hebben betrekking op bijzondere vormen van dwaling. Het ligt voor de hand bij synthese van deze rechtsregels ook acht te slaan op art. 6:228 BW. Louter afgaande op de tekst, lijkt hier het toedoenbeginsel zeer dominant. De overeenkomst is vernietigbaar indien de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij (lid 1 onder a). Dit oogt onmiskenbaar causaal: de dwalende kan de overeenkomst vernietigen als de dwaling is veroorzaakt door een mededeling van de wederpartij. Schuld aan de zijde van de wederpartij is niet vereist. Sedert het arrest Baris/Riezenkamp is het echter zo dat het antwoord op de vraag of de dwalende de overeenkomst kan vernietigen, afhankelijk is van de wijze waarop partijen zich jegens elkaar hebben gedragen. Hebben zij voldoende rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de ander? Dit brengt mee dat voor degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft. De omvang van deze gehoudenheid wordt mede hierdoor bepaald dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen.⁹

In de regel mag worden afgegaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen. De regel bevestigt de uitzondering. Makelaar De Galan geeft vastgoedhandelaar Hilders een tip: een aantrekkelijk bedrijfspand is te koop. Hilders koopt het pand en zegt De Galan *f* 25 000 tipgeld toe. Aan-

7 H.R. Hoetink, ‘Rechtsschijn en goede trouw’, *WPNR* 3685-3687 (1940). Ook opgenomen in zijn *Rechtsgeleerde Opstellen*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1982, p. 181 e.v.

8 C-W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: Beck 1971, p. 476.

9 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67.

gesproken tot nakoming van deze toezegging, beroept Hilders zich op dwaling; hij voert aan dat De Galan hem had meegedeeld dat het bedrijfspand was verhuurd aan een 'eersteklas huurder'. Het Hof verwierp het beroep op dwaling. Ook al zou komen vast te staan dat De Galan deze mededeling aan Hilders heeft gedaan, dan rechtvaardigt dit niet een beroep op dwaling. De Galan mocht in dat geval immers van Hilders verwachten dat hij zichzelf zou vergewissen van de juistheid van de mededeling dat de huurder van het bedrijfspand kon worden aangemerkt als 'eersteklas'. Het tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddel werd door de Hoge Raad verworpen.¹⁰ Hoezeer de dwaling ook mocht zijn veroorzaakt door toedoen van De Galan, zij leidt niet tot vernietiging van de overeenkomst. In de woorden van art 6:228 lid 2: in verband met de omstandigheden van het geval behoort de dwaling voor *rekening* van de dwalende te blijven. Van toedoen naar toerekening. Bij de beantwoording van de vraag of, en in welke mate, het gewekte vertrouwen bescherming verdient, gaat het niet om het vaststellen van een enkelvoudige causale lijn (Is het vertrouwen al dan niet gewekt door toedoen van de ander?), maar om de wederzijdse afbakening van 'risico-sferen'. Hierbij zijn 'toedoen' en 'schuld' factoren die naast andere omstandigheden bepalen aan wie moet worden toegerekend dat vertrouwen is ontstaan dat niet met de werkelijkheid strookt.

Ook met betrekking tot art. 3:61 wordt een dergelijke evolutie waargenomen en toegejuicht. Er is alle reden niet te krampachtig vast te houden aan het toedoenbeginsel, zoals uitgedrukt in de eis dat het vertrouwen in het bestaan van een toereikende volmacht is veroorzaakt door een verklaring of gedraging van degene in wiens naam de rechtshandeling werd verricht:

'Nu moet ik constateren dat ook andere omstandigheden dan 'een verklaring of gedraging' basis voor een gerechtvaardigd vertrouwen kunnen zijn. Ook het nieuwe BW ontkomt niet aan de tand des tijds!'

Aldus Van Schendel in zijn bijdrage aan het boek 'Rechtshandeling en Overeenkomst'.¹¹

Een schuldenaar kan aan de schuldeiser tegenwerpen dat hij bevrijdend aan een ander heeft betaald omdat hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat die ander als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was (art. 6:34 lid 1). Wanneer slaagt de schuldenaar in zijn beroep op de aanwezigheid van 'redelijke gronden'? Er is alle reden ook op deze bijzondere vorm van dwaling de Baris/Riezenkamp-doctrine toe te passen. Voor degene die overweegt een schuld te voldoen, bestaat tegenover de schuldeiser een gehoudenheid om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij betaalt

¹⁰ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 442.

¹¹ W.A.M. van Schendel in Jac. Hijma et al., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 127.

aan iemand die niet bevoegd is de betaling in ontvangst te nemen. De omvang van deze gehoudenheid wordt mede hierdoor bepaald dat de schuldenaar *in de regel* mag afgaan op de juistheid van door de schuldeiser gedane mededelingen.

Heeft de schuldeiser aan de schuldenaar meegedeeld dat hij niet langer schuldeiser is, omdat de vordering door hem is overgedragen aan een ander, dan zijn voor de schuldenaar redelijke gronden aanwezig om die ander aan te merken als de nieuwe schuldeiser en aan hem te betalen. Mocht achteraf blijken dat overdracht van de vordering is mislukt omdat een geldige titel ontbrak, dan belet dit niet dat de schuldenaar zich met succes op het standpunt stelt dat hij bevrijdend heeft betaald. De door de oorspronkelijke schuldeiser gedane mededeling dat de vordering is overgedragen aan een ander ontheft de schuldenaar niet onder alle omstandigheden van nader onderzoek. Bij gereede twijfel aan de geldigheid van de cessie doet de schuldenaar goed de betaling op te schorten. Art. 6:37 verleent hem hiertoe de bevoegdheid.

4 LAW AS INTEGRITY

Synthese van rechtsregels; hoe gebrekkig de afzonderlijke artikelen der wetten al geredigeerd mogen wezen, zij bergen, zij het ook nog zo verscholen, in hun schoot de grote beginselen die het gehele rechtssysteem schragen. De kans dat rechters tijdens hun rechtenstudie zijn geconfronteerd met de denkbeelden van Suyling neemt zienderogen af. Hogere ogen gooit thans de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin:

‘Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness (...), and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards.’¹²

Law as integrity, de eenheid van het recht opgevat als een samenhangend geheel van beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid (*a coherent set of principles about justice and fairness*); de rechter moet, zoveel als mogelijk is, ervan uitgaan dat het recht in deze zin een eenheid vormt. De eenheid van het recht is een opdracht, niet een verworvenheid. Variërend op een beroemd woord van Paul Scholten (‘Het recht is er, doch het moet worden gevonden’)¹³ kan de conclusie luiden: de eenheid van het recht is er, maar zij moet worden gevonden.

Onze rechter heeft zojuist met toepassing van art. 6:74 BW een ziekenhuis veroordeeld tot vergoeding van de volledige schade van mevrouw A., die haar

12 R. Dworkin, *Law’s Empire*, London 1986, p. 243.

13 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

benen is kwijtgeraakt doordat in het ziekenhuis per vergissing eerst haar gezonde been is geamputeerd. Volgende zaak: mevrouw B. is beide benen kwijt doordat zij als gevolg van een fout van NS bij het instappen onder het rijdende treinstel is beland (zie boven). Zijn eerste inval is de wet te volgen en op de voet van art. 8:110 BW te beslissen dat de aansprakelijkheid van NS is beperkt tot €137 000. Vervolgens realiseert hij zich dat hij zo het aansprakelijkheidsrecht niet opvat als een coherent geheel van beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid. Hij zoekt, en vindt, de noodrem: art. 6:248 lid 2 BW. Hij oordeelt dat de tussen partijen geldende regel (de wettelijke limitering van de aansprakelijkheid) in dit geval buiten toepassing moet blijven omdat toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. NS dient de schade van mevrouw B volledig te vergoeden. Zo bereikt hij dat, in de woorden van Dworkin, 'each person's situation is fair and just according to the same standards.'

5 FAIRNESS OR WELFARE?

Hoe belangrijk is *law as integrity*, de opdracht om het recht op te vatten als een eenheid, als een samenhangend geheel van beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid? Recent zijn pogingen ondernomen een forse bres te schieten in visie op het recht als bolwerk van rechtvaardigheid en billijkheid:

'Legal rules should be selected entirely with respect to their effects on the well-being of individuals in society. This position implies that notions of fairness like corrective justice should receive no independent weight in the assessment of legal rules.'¹⁴

Aldus Kaplow en Shavell, twee aan Harvard Law School verbonden rechts-economen. In Tilburg vinden zij een willig oor.¹⁵ Kies de regel die de grootste bijdrage levert aan het welzijn van individuen. Stel, onze rechter kan kiezen tussen twee interpretaties van het geldende recht. Interpretatie A past aanmerkelijk beter in het stelsel van de wet dan interpretatie B, maar genereert veel minder welzijn van individuen dan interpretatie B. Wat te doen?

- A. Indien iemand overlijdt als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander hebben zijn nabestaanden geen recht op een vergoeding voor het ondervonden verdriet.
- B. Indien iemand overlijdt als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander hebben zijn nabestaanden recht op een vergoeding voor het ondervonden verdriet.

14 L. Kaplow and S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, MA etc: Harvard University Press 2002, p. 3.

15 J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2003, p. 605 e.v. en R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg 2005) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

A past beter in het stelsel van de *huidige* wet.¹⁶ De Hoge Raad heeft dat onlangs nog helder uiteengezet:

‘Het stelsel van de wet brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of affectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, geen vordering geldend kunnen maken tot vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. Art. 6:108 BW geeft immers in een dergelijk geval slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van bepaalde vermogensschade.’¹⁷

Bij gelegenheid van de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de wetgever ter rechtvaardiging van de uitsluiting van de vergoeding van ‘affectieschade’ in de eerste plaats een beroep gedaan op een argument van vergeldende rechtvaardigheid:

‘Hoe schrijnender het leed waarom het gaat, hoe groter de weerstand tegen de gedachte dat men dit op enigerlei wijze met geld zou kunnen vergoeden. Dit spreekt het sterkst juist in de gevallen van verdriet om anderen.’¹⁸

Total loss van een auto kan adequaat worden gecompenseerd door vergoeding van de dagwaarde voorafgaande aan de aanrijding; het verlies van een kind is met geen enkel geldbedrag goed te maken. Dit laatste zal door weinigen worden ontkend, maar de vraag is wel of het achterwege laten van iedere financiële tegemoetkoming leidt tot optimalisering van het welzijn van burgers. Welzijn (*welfare*) moet ruim worden genomen en omvat alles waaraan mensen waarde hechten, de som van hun preferenties. Welke voorkeur zouden de meeste respondenten uitspreken als hun werd gevraagd te kiezen tussen twee kwaden: a. verlies van hun kind zonder enigerlei financiële tegemoetkoming van de kant van degene die verantwoordelijk is voor de dood van hun kind en b. verlies van hun kind gevolgd door betaling € 10 000? De Hoge Raad houdt rekening met de mogelijkheid dat de samenleving de voorkeur geeft aan het tweede alternatief:

‘Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.’

16 Zie echter (gewijzigd) voorstel van wet inzake de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (22 maart 2005), *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, A.

17 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (Taxibus).

18 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 389.

De Hoge Raad ziet hier een taak voor de wetgever:

‘Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.’

De wetgever heeft deze taak inmiddels aanvaard en heeft een voorstel van wet, strekkend tot (beperkte) vergoeding van affectieschade, voorgelegd aan het parlement.¹⁹

Respect voor het stelsel der wet en bevordering van maatschappelijk welzijn zijn deugden die de rechter sieren bij het uitvoeren van zijn rechtsvormende taak. Soms staan zij op gespannen voet, maar dat wil niet zeggen dat de ene dan bij voorbaat moet wijken voor de andere. Welke uitleg van het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW verdient de voorkeur?

‘Een rechtshandeling die ten doel heeft het goed over te dragen tot zekerheid (...) is geen geldige titel van overdracht van dat goed.’

Wordt de geldigheid van een *sale and lease-back* overeenkomst getroffen door het fiducia-verbod? A heeft krediet nodig. B is bereid dat krediet te verschaffen, maar tegen zekerheid. A verkoopt een hem toebehorende drukpers aan B (levering per *constitutum possessorium*). B geeft de drukpers vervolgens in lease aan A. Met betrekking tot een dergelijke overeenkomst was de Amsterdamse rechtbank van oordeel dat weliswaar de eigendom van de kredietverschaffer ‘trekken vertoont van een zekerheidseigendom’, maar dat een beperkte uitleg van art. 3:84 lid 3, een uitleg die ertoe leidt dat de *sale and lease-back* overeenkomst niet wordt getroffen door het fiducia-verbod, de voorkeur verdient. De Rechtbank beriep zich hiertoe op het door de Minister erkende ‘belang dat bestaande financieringspatronen onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd’. De Hoge Raad verwierp het tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep.²⁰

Als het stelsel van de wet ruimte biedt aan twee uiteenlopende interpretaties, is het volstrekt geoorloofd dat de rechter de uitleg kiest die het meest bevorderlijk is voor het maatschappelijk welzijn. Dit is ook dan het geval, wanneer de andere interpretatie met minder frictie in het wettelijk systeem

¹⁹ Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, A.

²⁰ HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Keereweer/Sogelease).

zou zijn in te passen. De beperkte uitleg van art. 3:84 lid 3 strookt stellig met een in het (internationale) kredietverkeer levende behoefte aan een ruimer gesorteerd aanbod van zekerheden dan de makers van het Burgerlijk Wetboek in 1992 voor ogen stond. Dat de eenvoud en helderheid van het wettelijk stelsel daardoor enigszins wordt aangetast, moet op de koop toe worden genomen.

6 GEEN ORDE ZONDER RANGORDE?

Leidt de weigering een vaste rangorde aan te brengen tussen maatschappelijk welzijn en rechtvaardigheid als doeleinden van rechtsvorming onontkoombaar tot een post-modern eclecticisme: doe maar wat? Vaak biedt een vaste rangorde onmisbare steun bij het vinden van het juiste antwoord; in het telefoonboek bijvoorbeeld. Wat is het telefoonnummer van Azewijn? De zekerheid dat het antwoord is te vinden vóór het nummer van Baardman versnelt het zoeken. Een samensteller van het telefoonboek die Baardman op grond van zijn hogere A-gehalte vóór Azewijn zou plaatsen, bewijst de gebruikers geen dienst.

In zijn *A Theory of Justice* maakt de Amerikaanse (rechts-)filosoof John Rawls gebruik van deze 'lexical or serial ordering' om zijn twee beginselen van rechtvaardigheid te rangschikken:

'First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.
Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.'

Vervolgens bepaalt Rawls hun onderlinge rangorde:

'These principles are to be arranged in a serial order with the first principle prior to the second. This ordering means that a departure from the institutions of equal liberty required by the first principle cannot be justified by, or compensated for, by greater social and economic advantages.'²¹

Een samenleving van hongerige, vrije boeren die samen beraadslagen over de verdeling van het laatste schepel graan verdient uit het oogpunt van deze twee beginselen van rechtvaardigheid de voorkeur boven het hof van keizer Nero waar tevreden, weldoorvoede slaven hun dagen en nachten slijten met zang, dans en snarenspeel.

Toegepast op de onderlinge verhouding van rechtvaardigheid en welzijn levert een dergelijke 'lexicale' rangschikking het volgende beeld op. Als we prioriteit verlenen aan rechtvaardigheid boven welzijn, kan aanvaarding van

21 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Clarendon Press 1972, p. 60 e.v.

een regel met een lager rechtvaardigheidsgehalte nooit worden gerechtvaardigd door de grotere bijdrage die de regel levert aan het welzijn van burgers. Bij een keuze tussen twee regels komen we aan een beoordeling van hun bijdrage aan het maatschappelijk welzijn pas toe als beide regels uit een oogpunt van rechtvaardigheid even hoog scoren. Plaatsen we welzijn op de bovenste plank, dan geldt hetzelfde, maar dan omgekeerd.

De traditionele visie op de juiste omgang met een door de samenleving beleden waardenpluralisme (vrijheid, rechtvaardigheid, welzijn) wordt door Rawls aangeduid als 'intuitionism':

'The doctrine that there is an irreducible family of first principles which have to be weighed against one another by asking ourselves which balance, in our considered judgment, is the most just.'²²

Bij een keuze tussen drie mogelijke interpretaties, A, B en C, zal een rechter die te rade gaat bij zijn 'door ervaring geschoolde intuïtie' (Bregstein)²³ als volgt te werk gaan. Na te hebben geconstateerd dat de interpretaties alledrie even goed in het stelsel van de wet passen, zal hij de balans opmaken:

A: rechtvaardigheid 9; welzijn 2

B: rechtvaardigheid 2; welzijn 9

C: rechtvaardigheid 7; welzijn 7

Vervolgens zal hij onvervaard kiezen voor interpretatie C, aangezien deze bij gebreke van een vaste rangorde tussen rechtvaardigheid en welzijn een optimaal resultaat oplevert. Wat is hier mis mee? Wie eenheid opvat als 'eenvoudigheid' zal het 'gemengde' karakter van interpretatie C, die wat rechtvaardigheid betreft lager scoort dan A en wat welzijn betreft lager dan B, als een gemis ervaren. Maar eenheid kan ook worden opgevat als 'harmonie'. In dit opzicht heeft rechtsvorming veel gemeen met wijnbereiding. Men zou kunnen menen dat het de eenheid van een wijn altijd ten goede komt, als gebruik wordt gemaakt van slechts één druivensoort (Cabernet Sauvignon, Syrah). Toch is dit niet steeds het geval. De karakteristieke smaakeigenschappen van de Cabernet Sauvignon (donkere kers, ceder, tabak) kunnen zozeer overheersen dat slechts toevoeging van een stevige dosis Syrah de wijn een fraaie harmonie verleent.

Voor het recht geldt hetzelfde. Een samenleving die iedere vorm van onrechtvaardigheid heeft uitgebannen, sterft in saaiheid. De omstandigheid dat de koningin op de derde dinsdag van september recht heeft op gratis vervoer door de straten van Den Haag, in een gouden koets nog wel, is een

²² A *Theory of Justice*, p. 34.

²³ M.H. Bregstein, 'De betrekkelijke waarde der wet', opgenomen in: *Verzameld Werk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1960, p. 14.

ongelijke behandeling die op geen enkele wijze valt te rijmen met het tweede rechtvaardigheidsbeginsel van John Rawls: ‘social and economic inequalities are to be arranged so that they are (...) attached to positions and offices open to all.’ Niettemin zal zelfs de meest geharnaste republiek in de rijtoer als een vrolijke noot ervaren.

7 LEGAL TRANSPLANTS

Is het ook mogelijk dat de *wetgever* zondigt tegen het gebod om het stelsel van de wet te respecteren? Is dit niet per definitie onmogelijk omdat het stelsel van de wet de optelsom is van de wettelijke bepalingen die de wetgever in het Staatsblad plaatst? Een wetswijziging die ertoe strekt vergoeding van affectieschade mogelijk te maken is niet in strijd met het stelsel van de wet, aangezien vergoeding van affectieschade strookt met het stelsel van de wet zodra de wijziging is ingevoerd. Als we daarentegen het stelsel van de wet niet opvatten als de som der afzonderlijke wettelijke bepalingen, maar in het voetspoor van Suyling, als het samenstel van grote beginselen dat zij in hun schoot bergen, wordt het anders.

‘Onder een vervoerovereenkomst al dan niet onder *cognossement* is noch de vervoerder noch het schip aansprakelijk voor verlies of schade ontstaan of voortgevloeid uit: a. een handeling, onachtzaamheid of nalatigheid van de kapitein, een ander lid van de bemanning, de loods of ondergeschikten van de vervoerder, gepleegd bij de navigatie of de behandeling van het schip (...).’ (Art. 8:383 lid 2 BW).

Voor schade aan de lading die is veroorzaakt door een nautische fout van de kapitein (uitvaren ondanks zeer slechte weersvooruitzichten bijvoorbeeld) is de vervoerder niet aansprakelijk. Staat deze wettelijke ontheffing van de aansprakelijkheid van de vervoerder niet haaks op het beginsel dat ten grondslag ligt aan het stelsel van contractuele aansprakelijkheid: iedere toerekenbare tekortkoming verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, ook als de schuldenaar bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt van de hulp van andere personen? Bovendien is hier sprake van een geheid beginsel van vergeldende rechtvaardigheid. Is de conclusie niet onontkoombaar: art. 8:383 lid 2 vormt een ontoelaatbare inbreuk op de eenheid van het Burgerlijk Wetboek?

Art. 8:382 lid 2 is een *Legal Transplant* (Alan Watson).²⁴ Het is ontleend aan de *Hague-Visby Rules*, een in Brussel gesloten (1924) en aldaar gewijzigd (1968) verdrag. Het verdrag moet ingevolge art. 8:371 BW in de daar aangege-

24 Zie A. Watson, *Legal Transplants*, tweede druk, Athene/Londen: University of Georgia Press 1993.

ven – talrijke – gevallen door de Nederlandse rechter worden toegepast. De in de Hague-Visby Rules gehanteerde begrippen (*navigation, management of the ship, peril of the sea, act of God*) zijn afkomstig uit het Anglo-Amerikaanse recht. De omvangrijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van de vervoerders is het werk van een invloedrijke lobby van reders; zij konden een krachtiger vuist maken dan de ladingbelanghebbenden.

Is dit niet een onduidelijke aanslag op het rechtvaardigheidsgehalte van het recht met betrekking tot goederenvervoer over zee? Dat valt reuze mee. Het vergoeden van ladingschade is voor een groot deel een zaak van verzekeraars. Schadeverzekering door de ladingbelanghebbende zal, doordat zo de omvang van de eventueel te lijden schade met groter precisie kan worden geschat, doorgaans goedkoper zijn dan uitbreiding van de aansprakelijkheid van de zeevervoerder. De kosten van die uitgebreide aansprakelijkheid komen uiteindelijk toch terecht in de prijs van het vervoer.

8 LEGAL IRRITANTS

Het Burgerlijk Wetboek heeft de transplantatie van de *Hague-Visby Rules* zonder problemen overleefd. Andere *Legal Transplants* zijn reeds uitgevoerd of staan op stapel. Is dit een bedreiging voor de identiteit van het Nederlands burgerlijk recht? Waar Alan Watson in zijn *Legal Transplants* de nadruk legt op het wereldwijde succes van de juridische transplantatietechniek, toont Gunther Teubner de keerzijde:

‘The metaphor of legal transplants, suggestive as it is, is in itself misleading. I think “legal irritant” expresses things better than “legal transplant”.’

Teubner heeft weinig vertrouwen in de kansen van een soepel verlopende inburgering:

‘Legal irritants cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule’s meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change.’

Als voorbeeld van een *legal irritant* noemt Teubner de opgedrongen overname door het Engelse recht van het begrip *good faith* uit de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Het is zeker waar dat sommige Engelse rechters hun weerzin tegen de *bona fides*, pijler van het continentale contractenrecht, niet onder stoelen of banken steken:

‘The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations’ (Lord Ackner in *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128).

Volgens Teubner vloeien de problemen met de export van *bona fides*, *bonne foi*, *Treu und Glauben* naar Engeland voort uit een verschil in economische cultuur. Wat goed gedijt in een overlegeconomie (Duitsland, Frankrijk), ondermijnt de pijlers van een veel grondiger geliberaliseerde markteconomie (Engeland):

‘Good faith will become a strong irritation to the market-driven production regime in Britain if (...) its effect would be to outlaw certain excesses of economic action.’²⁵

Van een *strong irritation* is in Engeland nog weinig te merken. Integendeel:

‘There are signs that the traditional English hostility towards good faith might be abating. The courts have adopted a more sympathetic stance on a number of occasions. (...) The individual bricks which could be used to create a general principle of good faith and fair dealing can already be identified.’²⁶

Zijn in het Nederlandse recht *legal irritants* werkzaam? We zouden kunnen denken aan art. 6:188 BW dat strekt tot implementatie van art. 4 van de Europese Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken:

‘De benadeelde moet de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade bewijzen.’

Betekent implementatie van art. 4 van de Richtlijn het einde van de ruimhartige wijze waarop art. 6:99 BW door de Hoge Raad in het DES-arrest is uitgelegd? In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat de eiseressen, die aanvoerden dat zij ernstige schade (baarmoederkanker) hadden geleden door een geneesmiddel dat hun moeder had gebruikt, niet behoefden aan te tonen welke producent het geneesmiddel in het verkeer had gebracht dat in hun geval de schade had veroorzaakt.²⁷ Hartkamp acht het ‘voorshands niet aannemelijk’ dat het Europese Hof in Luxemburg zal oordelen dat deze uitleg geoorloofd is met betrekking tot de op de richtlijn gebaseerde productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v.²⁸ Mocht de verwachting van Hartkamp uitkomen, dan zou dit bijzonder irritant zijn; dat wel. Maar het gaat wel erg ver om te veronderstellen

25 G. Teubner, ‘Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences’, *Modern Law Review* 1998, p. 11 e.v.

26 E. McKendrick, *Contract Law*, Houndmills 2000, p. 259 e.v.

27 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

28 Asser/Hartkamp (4-III), Deventer: Kluwer 2002, nr. 211.

dat dit voor het Nederlandse recht zou betekenen dat zijn 'internal context will undergo fundamental change' (Teubner).

Op geheel andere wijze dan Teubner bedoelde, geeft de term 'legal irritant' de stand van zaken wel juist weer waar het gaat om Europese richtlijnen: prikkels die soms ergernis veroorzaken, maar die steeds de nationale rechtssystemen stimuleren tot uiteenlopende reactie:

'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.' (Art. 249 EG).

De keuzevrijheid met betrekking tot vorm en middelen zal doorgaans voldoende ruimte bieden aan rechtsvorming die niet alleen 'richtlijnconform' is, maar ook het stelsel van de nationale wet respecteert.

9 LEVEND EN STERVEND RECHT

Recht leeft; biologische metaforen ter karakterisering van het recht zijn en blijven courant. Beroemd is Savigny's visie op de levensloop van het recht:

'Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich mit diesem aus, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.'²⁹

Het recht sterft als het volk zijn identiteit verliest. Het trotse volk der Salische Franken; waar is het gebleven? Spoorloos opgegaan in het Franse, Duitse en Nederlandse volk. Zijn wetgeving, de *Lex Salica*, verdween in de rechtshistorische reeks 'Leges Barbarorum'.

Bij ons schreef Suyling in zijn *Levend en stervend recht*:

'Achter het scherm van de onveranderde woorden der wet beroeren de woelingen van 's mensen zieleleven haar geest. Om de wet naar de eis te interpreteren heeft de jurist dus, voorzover haar tekst het toelaat, de spanningen te temperen, door de tijd tussen de formules van het positieve recht en de geboden der gerechtigheid opgewekt.'³⁰

In 1838 werd een tekst tot leven gewekt, die eerst anderhalve eeuw later, in 1992 ten grave werd gedragen:

'Met betrekking tot roerende goederen (...) geldt het bezit als volkomen titel.' (Art. 2014 *oud* BW).

29 F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

30 J.Ph. Suyling, *Levend en stervend recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn, 1947, p. 4.

Bezit geldt als volkomen titel. De tekst van de wet maakt geen onderscheid tussen bezit te goeder trouw en bezit te kwader trouw. Nog in 1900 verbond de Hoge Raad daaraan de conclusie dat ook een bezitter te kwader trouw door art. 2014 wordt beschermd.³¹ Maar de voortgang der tijden ging gepaard met voortschrijdend inzicht. De geboden der gerechtigheid konden niet langer worden genegeerd. Rechters weigerden sindsdien de oorspronkelijke rechthebbende zijn eigendom te ontnemen ten gunste van degene die het bezit van de zaak te kwader trouw had verworven. Wat ‘eenheid der wet’ ook moge betekenen, in ieder geval niet: onveranderlijkheid.

Recht leeft. Ook het Hof in Straatsburg blijft erop hameren: het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM, Rome 1950) is ‘a living instrument.’ Zijn betekenis wordt beïnvloed door de tijdgeest. Het EVRM ‘must be interpreted in the light of present-day conditions’, aldus het Hof.³²

Gedogen de geboden der gerechtigheid dat de wetgever onderscheid maakt tussen ‘wettige’ en ‘onwettige’ kinderen? Het Hof voor de Rechten van de Mens overwoog dat het in 1950 in veel Europese landen geoorloofd en normaal werd geacht om onderscheid te maken tussen ‘wettige’ en ‘onwettige’ kinderen, maar dat sindsdien de publieke opinie ervan overtuigd was geraakt dat discriminatie van onwettige kinderen diende te worden beëindigd.³³ Het Hof oordeelde dat dergelijke discriminatoire bepalingen in strijd waren met art 8 EVRM (recht op respect voor het familie- en gezinsleven). Deze uitspraak heeft geleid tot ingrijpende herziening van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Is een beroep op het EVRM niet een ongeleid projectiel als het wordt afgevuurd binnen rechtsverhoudingen die worden beheerst door het Burgerlijk Wetboek? Met betrekking tot de vordering van mevrouw B., die haar benen verloor als gevolg van een fout van NS overwoog het Amsterdamse Hof:

‘B. stelt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat NS zich op de limitering beroept. In dat verband is van belang het beroep van B. op artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Volgens B. heeft zij op grond van die bepaling het recht op ongestoord genot van haar eigendom, waaronder ook valt het recht op volledige (dat wil zeggen ongelimiteerde) schadevergoeding.’

Art. 1, Eerste Protocol (EP) luidt in (herziene) vertaling:³⁴

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

31 HR 14 december 1900, W. 7536.

32 Zie voor een recent voorbeeld, Vo v. France, 8 July 2004, Application no. 53924/00.

33 Marckx v. Belgium, (6833/74) [1979] ECHR 2.

34 Trb. 1990, 157, gewijzigd 11 mei 1994, Trb. 165.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om betaling van belasting of andere heffingen of boeten te verzekeren.

In dubbel opzicht lijkt het beroep op art. 1 EP op het gebruik van een breekijzer om het stelsel van de wet uit zijn voegen te lichten.

In de eerste plaats blijkt uit het tweede lid dat art. 1 is geschreven voor de verticale relatie tussen de Staat en zijn burgers. B. richt haar vordering niet tegen de Staat, maar tegen een privaatrechtelijke rechtspersoon (NS reizigers BV). Het Hof heeft geen moeite met verlening van 'horizontale werking' aan een bepaling die van huis uit is bestemd voor het verticale vlak. Het heeft echter iets ongemakkelijks. Je kunt uiteraard een ladder, bestemd om, verticaal tegen een muur geplaatst, te worden beklommen, horizontaal over een sloot leggen en als brug gebruiken, maar dat maakt een behouden overtocht niet eenvoudig. Over het hoofd van NS heen treedt het Hof in debat met de Staat. Hoe noodzakelijk is limitering van de aansprakelijkheid? Het Hof: 'De argumenten om bij personenletsel tot limitering over te gaan verliezen aan kracht.'

In de tweede plaats zou tegen het beroep op het zeer ruime en onbepaalde eigendomsbegrip van art. 1 EP kunnen worden aangevoerd dat zo het eigendomsbegrip van het Burgerlijk Wetboek, dat is beperkt tot het recht op stoffelijke voorwerpen (zaken), grondig wordt ondermijnd. B. voerde aan dat het recht op volledige schadevergoeding onderdeel vormt van haar eigendom als bedoeld in art. 1 EP. NS bestreed dit beroep met het argument dat het recht op volledige schadevergoeding niet op grond van artikel 1 Eerste Protocol wordt beschermd omdat B. – vanwege de wettelijke limitering – dit recht nimmer heeft gehad. Het Hof deelde evenwel het standpunt van B. Het Hof overwoog 'dat NS zou kunnen afzien van een beroep op de wettelijke limitering en (alsdan niet onverschuldigd) de volledige schuld aan B. zou kunnen vergoeden.' Op die grond kwalificeerde het Hof de wettelijke beperking van haar vordering tot € 137 000 als 'regulering' van het gebruik van eigendom.³⁵

Is de eenheid van het burgerlijk recht in gevaar als twee zo uiteenlopende typen van eigendom inzet kunnen vormen van geschillen tussen burgers? Het gevaar kan eenvoudig worden bezworen door de tweeslachtigheid te reduceren tot een van terminologische aard. De authentieke, Franse tekst van art. 1 EP luidt: 'Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses *biens*.' 'Biens' komt overeen met ons begrip 'goederen'; 'Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). Het recht op schadevergoeding is weliswaar geen 'eigendom' in de enge zin die art. 5:1 BW daaraan hecht, maar wel een 'goed' als bedoeld in art. 3:1 BW. 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn goederen' zo dient de aanhef van art. 1 EP te worden gelezen.

35 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *Njf* 2004, 543.

10 GEMEEN RECHT

Er is een principiële reden om de doorwerking van het EVRM in het civiele recht niet te zien als bedreiging, maar als verrijking. De doorwerking van grondrechten in het civiele recht wordt niet alleen in Nederland, maar ook elders in Europa vaak aangeduid als ‘constitutionalisering van het burgerlijk recht’. Sommige civilisten bezorgt deze uitdrukking kippenvel, omdat ‘constitutionalisering’ bij hen het beeld oproept van een publiekrechtelijke aanslag op de autonomie van het privaatrecht. Dit berust op misverstand. Grondrechten zijn geen grondrechten omdat zij zijn opgenomen in een Grondwet, of in een ander constitutioneel document, maar omdat zij fundamenteel zijn, zo fundamenteel dat zij vóórafgaan aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet) is niet een *publiekrechtelijk* subjectief recht dat onder omstandigheden horizontale werking kan krijgen als het door de ene burger tegen de andere burger wordt ingeroepen.³⁶ Het is evenmin een *privaatrechtelijk* subjectief recht terzake waarvan de Staat grondwettelijk heeft vastgelegd dat ook hij het zal eerbiedigen. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer behoort, in de woorden van Paul Scholten, tot het gemene recht: regels die reeds bestaan vóórdat zij door enige machthebber zijn geformuleerd.³⁷ Ook vóór inwerkingtreding van art. 10 Grondwet in 1983 waren overheid en burgers gehouden tot eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het recht van een ieder op leven (art. 2 EVRM) werd in 1950 niet gecreëerd, maar opnieuw erkend en bevestigd, juist omdat het kort tevoren op zo gruwelijke wijze was geschonden.

De omstandigheid dat enige machthebber op enig moment ertoe overgaat de regel vast te leggen in de wet, laat zijn gemeenrechtelijk karakter onverlet. Als de wetgever besluit in het Wetboek van Strafrecht een bepaling op te nemen die aan hem die opzettelijk een ander van het leven berooft een straf van ten hoogste vijftien jaren in het vooruitzicht stelt (art. 287), wil dit niet zeggen dat het verbod van doodslag niet ook een norm is die geldt in het civiele recht en aldaar in geval van overtreding de grondslag vormt van een veroordeling tot schadevergoeding.

11 DRIEËENHEID

De eenheid der wet; een heldere en eenvoudige buitenkant, blijkend uit een overzichtelijke inhoudsopgave is het minst belangrijk. Twee rechtssystemen die uitwendig een tamelijk wanordelijke aanblik bieden, zijn niettemin zeer succesvol gebleken: de wetgeving van keizer Justinianus uit de zesde eeuw en de Engelse common law.

36 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandmoeder).

37 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 28 e.v.

De Justiniaanse wetgeving munt niet uit door een heldere opbouw. Het opschrift van het negenenentwintigste boek van de Digesten zal de op orde gestelde geest niet vrolijk stemmen: 'Begin van het negenenentwintigste boek, het tiende over losse onderwerpen'.

De Engelse common law heeft veel gemeen met het telefoonboek: 'The common law has always depended heavily on the alphabet.'³⁸ Deel 9 (1) van Halsbury's *Laws of England* bevat de onderwerpen: consumer credit, contempt of court en contract.

Belangrijker voor de eenheid van de wet is haar inwendige samenhang; berust zij op 'a coherent set of principles about justice and fairness' (Dworkin)? In dat opzicht gooit de wetgeving van Justinianus wèl hoge ogen. Daar staat als eerste zin van het eerste boek van de Instituten het beginsel van alle beginselen van rechtvaardigheid en billijkheid: 'Gerechtigheid is de onwankelbare en bestendige wil die een ieder zijn recht doet toekomen' (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*).³⁹

Ieder het zijne; het lijkt een grijsgedraaide deun, maar de vraag wat een ieders 'zijne' is, leidt nog dagelijks tot verhit debat. Behoort het recht op schadevergoeding tot het *ius suum* van een kind dat ernstig gehandicapt ter wereld is gekomen en dat niet zou zijn geboren als de verloskundige geen fout zou hebben gemaakt? Het Burgerlijk Wetboek laat zowel ontkennende als bevestigende beantwoording toe. Welke weg leidt naar gerechtigheid?

De Instituten bevatten een driedelige routekaart: 'Al het recht dat wij toepassen, heeft betrekking op personen, goederen of middelen om zijn recht te handhaven' (*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*).⁴⁰ Personen, goederen, middelen; deze drie vormen de coördinaten om te bepalen wat het 'zijne' is dat aan een ieder moet worden toegedeeld. De Leidse hoogleraar Vinnius heeft reeds in de 17^e eeuw gewezen op het belang van deze drieslag als het erop aankomt gevolg te geven aan de onwankelbare en bestendige wil om ieder zijn recht toe te delen.⁴¹ Drie stappen moeten worden gezet: 1. Aan ieder (*cuique*); 2. zijn recht (*ius suum*); 3. toedelen (*tribuere*).

Ieder zijn recht toedelen; geen toedeling zonder aanzien des *persoons*. Een twaalfjarig kind dat op zijn fiets door rood licht rijdt en wordt aangereden door een auto, krijgt zijn schade volledig vergoed. Zijn veertienjarige lotgenoot moet genoegen nemen met vergoeding van 50% van zijn schade.

Ieder *zijn recht* toedelen. Een recht op schadevergoeding is een 'goed', (goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten; art. 3:1 BW). De aard van

38 P. Birks ed. *English Private Law I*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. xlvii.

39 *Instituten*, I, 1, aanhef.

40 *Instituten*, I, 2. 12.

41 'Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus.' A.Vinnius, *In Quattuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, Amstelodami 1642, I, 2.

het goed bepaalt zijn omvang. Schade is het nadelig verschil tussen de actuele situatie en de (hypothetische) situatie waarin het slachtoffer zou hebben verkeerd als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgegrepen. Welk inkomen zou het kind hebben verworven als het niet op twaalfjarige leeftijd zwaar gehandicapt was geraakt door het verkeersongeval?

Ieder zijn recht *toedelen*; ook al beschrijft de wet op voorbeeldige wijze ieders recht, dit heeft nog weinig te betekenen, als niet tevens wordt aangegeven met behulp van welk middel dit recht kan worden *gerealiseerd*. Geen recht zonder middel om het te handhaven. Echtgenoten zijn elkander getrouwheid verschuldigd (art. 1:81 BW). Wat stelt het recht van de ene echtgenoot op de huwelijkstrouw van de ander vóór, als geen rechter bereid is die ander op straffe van verbeurte van een dwangsom te veroordelen zijn/haar buitenechtelijke relaties te staken en gestaakt te houden?

Personen, goederen, middelen; wie, wat, waarmee. Deze drie zijn de *topoi*, de bronnen waaruit argumenten kunnen worden geput om te bepalen waarop een ieder in rechte aanspraak kan maken. Het onlangs gewezen Kelly-arrest illustreert het duurzaam belang van deze *topoi*. Kelly is ernstig gehandicapt ter wereld gekomen. Als de verloskundige tijdens de zwangerschap van haar moeder geen fout zou hebben gemaakt, zou een erfelijke afwijking aan het licht zijn getreden en zou de moeder hebben besloten tot abortus. Heeft Kelly recht op schadevergoeding?

Personen; was Kelly als ongeboren vrucht al *persoon* met wiens belangen de verloskundige rekening diende te houden. Met verwijzing naar art. 1:2 BW ('Het kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.') oordeelde de Hoge Raad dat de zorgplicht van de verloskundige meebracht dat zij ook jegens het nog ongeboren kind gehouden was de vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten.

Goederen; Kelly's recht op schadevergoeding is een goed. Het bijzondere van dit goed is gelegen in het begrip 'schade'. Welke schade heeft Kelly als gevolg van de fout van de verloskundige geleden? De situatie waarin Kelly zich zou hebben bevonden als de fout van de verloskundige achterwege was gebleven, is het absolute nulpunt: haar niet-bestaan. De verloskundige had aangevoerd dat dit niet-bestaan niet op waarde mag worden geschat, althans dat aan het (gehandicapt) bestaan niet een lagere waarde mag worden toegekend dan aan het niet-bestaan. De Hoge Raad ziet het anders. Door toekenning van schadevergoeding 'wordt aan de menselijke waardigheid van Kelly niet tekortgedaan, maar wordt zij juist in staat gesteld, voorzover betaling van een geldsbedrag dat kan bewerkstelligen, zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden.'

Middelen; Kelly heeft recht op schadevergoeding. Welk middel staat haar ten dienste? Kan zij beroep doen op een contractueel vorderingsrecht (art. 6:74 BW), omdat haar moeder een behandelingsovereenkomst heeft gesloten, of is zij aangewezen op het buitencontractuele traject van art. 6:162 BW? Anders

dan het Hof, dat van oordeel was dat Kelly partij was bij de behandelingsovereenkomst, besliste de Hoge Raad dat Kelly haar vordering slechts kon doen steunen op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁴²

Personen, hun goederen en de middelen om hun recht te realiseren; weet de wet de betrekkingen tussen deze drie aaneen te smeden tot een hecht verband, dan bereikt zij de hoogste staat van eenheid: drieëenheid.

42 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42 (Kelly).

