



**Universiteit  
Leiden**  
The Netherlands

## **De constitutie van het burgerlijk recht**

Nieuwenhuis, J.H.

### **Citation**

Nieuwenhuis, J. H. (2000). De constitutie van het burgerlijk recht. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3233>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3233>

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

# De Constitutie van het burgerlijk recht

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis

**De betrekkingen tussen het constitutionele en het burgerlijke recht veranderen. De grondrechten vormen een 'Wertsysteem' dat het gehele – dus ook het burgerlijke – recht omvat. De tweedeling van verdelende en vergeldende rechtvaardigheid is uiterst misleidend als zij wordt ingezet ter karakterisering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.**

## De hoekige verhouding van constitutioneel en burgerlijk recht

*Staat en maatschappij*, zij zijn hecht met elkaar verbonden. Maar op welke wijze? Naar gangbare opvatting vormen zij een hoek van exact negentig graden. De Staat en zijn ambten zijn geplaatst langs een verticale as. Zij treden de maatschappij tegemoet als overheid. De maatschappij daarentegen beweegt zich langs een horizontale lijn. Voor hun pak koffie staan de heer De Vries en de gemeente Apeldoorn op gelijke voet in de rij voor de kassa van Albert Heijn. Betekent dit niet dat de constitutie haaks staat op het burgerlijk recht en dat het, van huis uit verticale, constitutionele recht in privaatrechtelijke verhoudingen per definitie slechts een oneigenlijke, horizontale, 'reflex'-werking kan hebben? Is met de verwijzing naar de literatuur over de 'zogenoemde' horizontale werking van grondrechten<sup>1</sup>, wat Nederland betreft, voldoende gezegd over 'die Konstitutionalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union' the constitutionalization of private law in the European Union, het thema van een onlangs in Bremen gehouden congres? Zijn contract en eigendom als autonome producten van het recht van de maatschappij geen rechtsfiguren met een apolitieke, preconstitutionele status?

Met partijen gevestigd in landen met een politieke constitutie die fundamenteel verschilt van de onze, het fundamenteel islamitische Iran bijvoorbeeld, kunnen in rechte afdwingbare overeenkomsten worden gesloten. Vormt het bestaan van een *Lex Mercatoria*<sup>2</sup> niet het bewijs van de mogelijkheid van een 'statenloze' rechtsorde die in de loop der eeuwen is gegroeid uit de contacten tussen kooplieden afkomstig uit landen met zeer diverse politieke systemen? Luidt de onstuitbare groei van

het verschijnsel 'e-commerce' via het World Wide Web niet onvermijdelijk het einde in van het handelsrecht gevat binnen het constitutionele kader van de nationale staat? Blijkbaar wordt het privaatrecht beheerst door een eígen, ijzere logica: handel is handel.

Met het eigendomsrecht lijkt iets dergelijks aan de hand. Het nieuwe Nederlandse burgerlijk wetboek van 1992 laat de eigenaar enkele tonen lager zingen. Zijn recht om op 'de volstrektste wijze' over de zaak te beschikken (art. 625 *oud* BW), werd hem ontnomen. Art. 5:1 BW omschrijft eigendom voortaan als 'het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben'. Deze formulering is gekozen om aldus de positie van het eigendomsrecht te markeren ten opzichte van de 'beperkte rechten' als pand en vruchtgebruik die uit het eigendomsrecht zijn 'afgeleid' (art. 3:8 BW). Bij de redactie van het nieuwe eigendomsartikel heeft de wetgever willen vermijden dat 'de indruk zou ontstaan van een absoluteheid van het recht van de eigenaar, die met moderne opvattingen omtrent eigendom moeilijk zou zijn te verenigen'<sup>3</sup>. Het tweede lid van art. 5:1 BW onderwerpt vervolgens de bevoegdheden van de eigenaar aan een reeks beperkingen.

'Het staat de eigenaar met uitsluiting van ieder vijf van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijd met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.'

In een nog nieuw burgerlijk wetboek, het *Bô Luât Dân Su* van de Socialistische Republiek Viet Nam uit 1996 lezen we, in Engelse vertaling: 'Ownership rights include the right to possess, use and dispose of the owner's property in accordance with the provisions of law' (art. 173).

Wat heeft dit te betekenen? Wat zegt het over de aard van het burgerlijk recht, indien de omschrijving van een van zijn meest fundamentele begrippen eigendom, nauwelijks uiteenloopt in twee landen die wat hun politieke structuur betreft, hemelsbreed van elkaar verschillen? Betekent dit het einde van het burgerlijk recht als ideologie?

Soms lijkt het erop. In de aan eigendom gewijde

1 Zie bijvoorbeeld M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten*, Zwolle 1989, p. 166 e.v., C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 1997, p. 352 e.v.,

M.B.W. Biesheuvel en J.L.M. Elders, *Burgerlijk recht en grondrechten*, pleidvies en uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1986.

2 Zie daarover J.M. Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen-Groningen 1999, p. 71 e.v.

3 Paul Gusch, *Boek 5*, p. 27.

bijzondere aflevering van Rechtsgeleerd Magazijn Themis schrijft Van der Ven

‘De eigendom als rechtsinstituut schijnt aldus niet meer gehuisvest te zijn in de trotse burcht van “vrij genot” en “beschikken op de volstrekste wijze”, maar te zijn vervluchtigd tot een schim, die doelloos rondspookt door de veelvuldige en veelvormige instituten waarin op uitlopende wijzen de maatschappelijke verhoudingen en functies tussen mensen en dingen rechtens zijn geregeld’<sup>4</sup>

Slagter concludeert

‘De eigendomsstructuur is eigenlijk weinig fundamenteel als criterium voor onderscheiding tussen het kapitalistische en het socialistische stelsel’<sup>5</sup>

Van der Ven’s verwijzing naar de ‘trotse burcht’ als vroegere huisvesting van de eigendom, geeft al aan dat het ooit anders is geweest. En inderdaad, bij de introductie van de Franse Code civil in 1804 pijst staatsraad Portalis in gloedvolle woorden het eigendomsrecht aan als beloning van, en daardoor aansporing tot, ondernemingszin en nijverheid (*L’industrie encouragée par la certitude de jouir de ses propres conquêtes, transforme des déserts en campagnes nantes, creuse des canaux, dessèche des marais*). Hij stelt aan zijn gehoor van *citoyens législateurs* het Nederlandse volk ten voorbeeld, een nijver volk dat het land waar het woont, op eigen kracht heeft ontworsteld aan het water (*A côté de nous, un peuple industrieux, aujourd’hui notre allié, a fait sortir du sein des eaux la terre sur laquelle il s’est établi, et qui est entièrement l’ouvrage des hommes*). Onmiddellijk hierop volgt een gewichtige conclusie: eigendom is de hoeksteen van de samenleving (*En un mot, c’est la propriété qui a fondé les sociétés humaines*)<sup>6</sup>

Reeds een eeuw eerder had de Engelse politieke filosoof John Locke eigendom, door hem zeer ruim opgevat (*lives, liberties and estates*), aangewezen als een constitutioneel fenomeen van de eerste orde

‘The great and chief end of Mens uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government, is the Preservation of their Property’<sup>7</sup>

‘Putting themselves under Government’, niet God, maar de mens zelf, schept zijn overheid.<sup>8</sup> Sedert Locke’s Second Treatise (‘Essay concerning the extent and end of Civil Government’) strekt de constitutie tot regeling van het bestuur van de burgerlijke maatschappij, de constitutie bepaalt niet slechts haar regeringsvorm (monarchie, republiek), maar ook haar voornaamste doel: handhaving van de burgerlijke rechten

‘The extent and end of Civil Government’, de Staat is niet alleen gebonden aan een doel (*the preservation of lives, liberties and estates*, in één woord *property*), maar zijn macht kent ook haar grens (*extent*). De kern van het constitutionele recht wordt gevormd door de ideologie van de rechtsstaat: het temmen van de Leviathan door de overheid te onderwerpen aan het recht. Moderne constituties hanteren daartoe twee technieken: machtenscheiding (*‘Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n’est pas déterminée, n’a point de Constitution’*)<sup>9</sup> en proclamatie van grondrechten, aanspraken van burgers om gevrijwaard te blijven van inmenging door de overheid

### Grondrechten als ‘Wertsysteem’

De functie van een constitutie is niet uitgeput met het vestigen, verdelen en beperken van (overheids-)macht. Constituties hebben per definitie ‘horizontale’ werking, zij bevatten steeds tevens de normatieve uitgangspunten voor de beoordeling van het maatschappelijk verkeer. De inhoud van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’, als toetssteen voor de horizontale aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), wordt voor een belangrijk deel bepaald door de maatschappelijke kernwaarden die – expliciet dan wel impliciet – zijn af te lezen uit de constitutie. Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet). Dit voorschrift schept niet slechts een onthoudingsplicht voor de overheid, het artikel verwijst ook naar een van de meest fundamentele waarden van onze samenleving: de waarde van de intimiteit die moet worden beschermd tegen de indringende blik van deiden, in een glazen kooi kan niemand leven. De in art. 10 vermelde waarde (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) vormt aldus tevens de grondslag voor een kritische beoordeling van het gedrag van de roddelpers, ook indien de gepubliceerde onhullingen op waarheid zouden berusten.

De sterkste formulering van een dergelijke grondrechtelijke waardentheorie is afkomstig van het Duitse Bundesverfassungsgericht

‘Das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, hat in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet ( ) Dieses Wertsystem, das sein Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche

4 *RM Themis* 1976, p. 241

5 *RM Themis*, 1976 p. 288

6 *Motifs des lois du code civil des Français, An XII (1804) livre II p. 14*

7 John Locke, *Two treatises of Government, second treatise (essay concerning the true ori-*

*ginal extent, and end of civil Government*, Londen 1698)

8 Een veelzeggend contrast biedt de theocratische opvatting van Locke’s tijdgenoot Jean Domat in de aanhef van zijn *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689). Comme Dieu

fit les Rois pour tenir Sa place au dessus des hommes il ne les eleva à ce rang que pour le faire régner lui-même

9 Art. 16 Déclaration des droits de l’homme et du citoyen

des Rechts gelten ( ) Der Einfluss grundrechtlicher Wertmassstäbe wird sich vor allem bei diejenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des ordie public – im weiten Sinne – bilden ( ) Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die “Embruchstellen” der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden.<sup>10</sup>

Grondrechten als ‘Weitsystem’, als systeem van waarden dat het gehele recht, met inbegrip van het burgerlijk recht, in zijn greep houdt<sup>11</sup>, en waarvan de kern wordt gevormd door de waarde van de menselijke persoon, kan een zo hooggestemde opvatting ook worden aanvaard voor het Nederlandse recht? De Nijmeegse constitutionalist Kortmann zal hiertegen bezwaar aantekenen. Hij heeft een belangwekkende vraag opgeworpen, die hij vervolgens ontkennend beantwoordt. Zijn grondrechten subjectieve rechten? Zijn conclusie is nuchter: ‘Laten we het hier maar op houden: klassieke grondrechten zijn rechtsplichten voor de overheid’<sup>12</sup>. Niet minder, maar zeker niet meer. Toch rijst de vraag of de Hoge Raad deze ééndimensionale visie op de werking van grondrechten deelt. Kortmann verwijst naar het Valkenhorst-arrest. Daarin heeft de Hoge Raad bevestigd dat

‘wat betreft de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig natuurlijk kind ( ) 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 verboden te houden, moet ( ) worden geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert’<sup>13</sup>.

Het recht op respect voor het privé leven wordt door de Hoge Raad aangemerkt als een grondrecht dat tezamen met andere klassieke grondrechten als vrijheid van godsdienst en meningsuiting zijn ‘grondslag’ vindt in ‘het algemene persoonlijkheidsrecht’.

Het algemene persoonlijkheidsrecht als grondslag van grondrechten, is deze voorstelling van zaken niet al te diepgravend? Advocaat-Generaal Koopmans, die de Hoge Raad op het spoor heeft gezet van het algemene persoonlijkheidsrecht, is van oordeel dat ‘dit recht een van de onuitgesproken uitgangspunten vormt van onze rechtsorde’. Zonder dit uitgangspunt zijn bepalingen als art. 1 Grondwet (non-discriminatie) en art. 1:1 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (‘Alleen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten’) niet te begrijpen, aldus Koopmans.

Wat valt te zeggen over het rechtsgehalte en de structuur van deze nieuwe rechtsfiguur: het algemene persoonlijkheidsrecht? Zo, in onbewerkte vorm is het zeker geen in rechte inroepbaar subjectief recht, zoals de vordering tot terugbetaling van uitgeleend geld, en evenmin een afdwingbare rechtsplicht van de overheid om zich van inmenging te onthouden. Als onuitgesproken uitgangspunt van onze rechtsorde is het een van de maatschappelijke waarden die eist in een proces van concretisering de status van rechten en plichten verkrijgen. Het algemene persoonlijkheidsrecht werkt in onversneden staat *erga omnes*. Pas door concretisering kan blijken in welke richting het algemene persoonlijkheidsrecht in het desbetreffende geval zijn invloed laat gelden, in verticale richting doordat het wordt geconcretiseerd tot een rechtsplicht die de overheid gebiedt zich te onthouden van inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de burgers, in horizontale richting doordat het algemene persoonlijkheidsrecht wordt toegespitst tot een concrete rechtsnorm die de burger een aanspraak verleent jegens een van zijn medeburgers. Het algemene persoonlijkheidsrecht omvat mede het recht om te weten van welke ouders men afstamt, zo overwoog de Hoge Raad. Dit recht zou nader kunnen worden geconcretiseerd tot een rechtsplicht van de overheid om zich te onthouden van de garantie aan spermadonoren, inhoudende dat hun anonimiteit te allen tijde gewaarborgd blijft. Het kan ook, zoals in de Valkenhorst-zaak, het uitgangspunt vormen voor het rechtsoordeel dat het kind jegens de privaatrechtelijke rechtspersoon die bekend is met de identiteit van zijn biologische vader, aanspraak kan maken op onthulling van diens identiteit.

Zo kan een nieuwe wending worden gegeven aan een oud debat in hoeverre hebben grondrechten horizontale werking? De vraag is niet: Is het mogelijk is de verticale grondrechten te projecteren in het platte vlak? Maar: welke door de samenleving gekoesterde waarden vormen de (onuitgesproken) uitgangspunten van onze rechtsorde, rechtsorde hier opgevat als het bezielde verband van burgerlijk en constitutioneel recht? Het heeft weinig zin die waarden *in abstracto* onder woorden te brengen. Welke waarden liggen besloten in het begrip ‘persoon’? Zo gesteld, valt de vraag niet te beantwoorden. Concretisering leidt vanzelf tot articulatie. Wat is het voor een kind waard dat het weet van wie het afstamt? Ken uzelf (*gnothi scauton*), deze les, eens gebeiteld in de gevel van de Apollo-tempel te Delphi, staat thans nog gegrift in de geest van de moderne Europeaan.

10 Bundesverfassungsgericht, 15 juni 1958 BVerfGE, 1958 p. 198.

11 Toch zijn er ook louter verticale grondrechten die uitsluitend voor de overheid verplichtingen scheppen. Zo bijvoorbeeld uit 5 Grondwet. Op grond van deze bepaling is de

overheid gehouden schriftelijke verzoeken in ontvangst te nemen en civiel kennis te nemen. Particulieren zijn niet verplicht kennis te nemen van tot hen gericht verzoeken om geld ten behoeve van het door verzoeker gediende goede doel.

12 C. A. J. M. Kortmann, *Op Recht, opstellen aangeboden aan A. V. M. Struycken*, Zwolle 1995, p. 155.

13 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

Zelfontplooiing is onmogelijk zonder (een bescheiden mate van) zelfkennis, kennis omtrent de eigen talenten, maar ook kennis omtrent de eigen identiteit. Voor dat laatste is kennis van de eigen afstamming onontbeerlijk, aldus Koopmans in het voetspoor van het Bundesverfassungsgericht.<sup>14</sup>

### Eigendom als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht

Ligt het door de Hoge Raad onthulde algemene persoonlijkheidsrecht ook ten grondslag aan het eigendomsrecht? Wat is de waarde van eigendom voor de ontplooiing van de persoon? Is *to have or not to have* een even existentiële vraag als *to be or not to be*?

Een stuk grond met daarop een woning, twee varkensstallen met elk veertig varkens, een kippenhok en een opslagloods, de wereld van Johannes Franciscus Maria Nawijn, wonende te Eip. Het nieuwe burgerlijk wetboek heeft het eigendomsrecht sterk 'verzakelijkt'. In de visie van de wetgever heeft de eigendom van Nawijn betrekking op een reeks afzonderlijke zaken, dat wil in de terminologie van de wet zeggen stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). Zelf ziet Nawijn het anders: de grond, de woning, de stallen en de varkens vormen een eenheid, het is zijn bedrijf, zijn onderneming. Als de varkens hem worden ontnomen, verliest hij niet een aantal stoffelijke objecten, maar verliest hij een vitaal onderdeel van zijn identiteit: varkenshouder. Uiteraard is denkbaar dat Nawijn zelf meent toe te zijn aan een nieuwe identiteit: schapehouder in Australië, en dat hij, om dit plan te kunnen realiseren, besluit zijn varkenshouderij van de hand te doen. Maar ook dan staat zijn eigendom ten dienste van de vrije ontplooiing van zijn persoon.

Behoort het eigendomsrecht tot rechten van de mens?

Niet alleen in het Burgerlijk Wetboek, maar ook in de Grondwet is in vergelijking met de negentiende eeuw de waarde van het eigendomsrecht fors gedaald. De Grondwet van 1848 legde het accent op de bescherming van de eigenaar tegen *ontzetting* uit zijn eigendom. De Grondwet (art. 147) eiste dat de wetgever vooraf verklaarde dat het algemeen nut de ontzetting vorderde. De huidige Grondwet legt alle nadruk op het vooraf verzekeren van een adequate schadevergoeding (art. 14).<sup>15</sup>

De bescherming tegen ontzetting uit de eigendom staat nog wel voorop in het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM).

'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions.'

Deze bescherming is echter verre van absoluut. Art. 1 van het eerste Protocol bij het EVRM vervolgt:

'No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the con-

ditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

Het recht van de Staat 'to secure the payment of taxes' blijft onaangetast. Wie door vererving een vermogen heeft verworven, moet een deel daarvan afstaan aan de overheid. De macht van de overheid om door belastingheffing de burger te storen in zijn 'peaceful enjoyment of his possessions', is in de Grondwet aan banden gelegd ('Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet', art. 104). *No taxation without representation*. Richtsnoer bij het debat in de volksvertegenwoordiging dient te zijn, het constitutionele rechtvaardigheidspostulaat bij uitstek: de *iustitia distributiva*, belastingheffing naar draagkracht.

### Intermezzo: een korte (opfris-)cursus 'Rechtvaardigheid volgens Aristoteles'

De patriarchale maatschappij in een notendop: de vader (Wim) en zijn drie zonen, Albert (16), Berend (12) en Carel (8). Aristoteles onderscheidt twee typen van rechtvaardigheid: de verdelende (distributieve) en de vergeldende (correctieve) rechtvaardigheid.<sup>16</sup> Het eerste type gaat vooraf aan het tweede, eerst moeten rechten en plichten worden verdeeld. De verdelingsmaatstaf wordt gevormd door de 'waarde' (*axia*) van de personen betrokken bij de verdeling. Bij 'waarde' moet in dit verband worden gedacht aan capaciteiten en verdiensten. Op grond van de door hen getoonde keistrapporten kan Wim besluiten Berend en Carel mee te nemen op een wintersportvacantie en Albert aan te melden voor een bijlescursus economie. Met de trein op weg naar Zwitserland, zal Wim zelf de twee zwaarste koffers voor zijn rekening nemen, als er dan nog een koffer van 12 kilo en een rugzak van 8 kilo overblijven zal hij de koffer toewijzen aan Berend en de rugzak aan Carel. Dit is verdelende rechtvaardigheid.

Heeft de verdeling eenmaal plaatsgevonden, dan komt vervolgens de vergeldende rechtvaardigheid aan bod. Zij dient ertoe verstoringen van de aanvankelijke verdeling 'recht te zetten' (Aristoteles noemde dit type van rechtvaardigheid het 'rechtzettende', *dikaion diorthotikon*). Deze vorm van rechtvaardigheid heet 'zonder aanzien des persoons'. De persoonlijke capaciteiten en verdiensten blijven buiten beeld. Albert heeft bij gelegenheid van zijn zestiende verjaardag van zijn vader een aquarium ten geschenke gekregen. Het aquarium valt in scheven door een onhandigheid van Berend. Als Wim beslist

14 Zie conclusie voor het in de vorige noot aangehaalde arrest.

15 Zie V in der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, hoofdstuk 20.

16 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V, 11 (1130 b).

dat Berend de schade (f 200) moet vergoeden, is sprake van vergeldende rechtvaardigheid. Hierbij is niet van belang dat het spaarvarken van Berend in één klap tot op de bodem wordt geledigd, terwijl de bankrekening van Albert (na schooltijd: pizza-koe-ner) een omvangrijk positief saldo vertoont.

‘Traditioneel is de verdelende gerechtigheid de gerechtigheid van het publiekrecht genoemd en de vergeldende die van het privaatrecht. (...) Voor het verbintennisrecht is bij mijn weten niet in twijfel getrokken, dat daar de vergeldende rechtvaardigheid onbetwist meester van het terrein is.’

Deze Aristotelische observatie is afkomstig van Brunner.<sup>17</sup> Hij constateert ernstige grensschendingen: de opmars van de verdelende gerechtigheid binnen het verbintennisrecht, culminerend in het algemene matigingsrecht van art. 6:109 BW. De rechter kan de verplichting tot schadevergoeding matigen op grond van, onder andere, de draagkracht van partijen. Brunner ziet deze ontwikkeling met lede ogen aan:

‘Ik houd het billijkheidsgehalte van kortingen op een vordering tot schadevergoeding uit contract of onrechtmatige daad voor uiterst dubieus. De verzekering aan de pleger van een onrechtmatige daad, of aan een wanpresterende contractsparty, van een redelijk bestaansminimum kan bezwaarlijk een verplichting van het slachtoffer worden genoemd.’<sup>18</sup>

Niet alleen het draagkrachtbeginsel, ook andere aspecten van de verdelende rechtvaardigheid hebben hun stempel gezet op het verbintennisrecht. De keuze van de wetgever dat dezelfde onrechtmatige daad (een voetbal door een winkelruut), gezien hun leeftijd, niet kan worden toegerekend aan Carel en Berend (art. 6:164 BW), maar wel aan Albert, berust op overwegingen van verdelende rechtvaardigheid.

De twee typen van rechtvaardigheid volgens Aristoteles blijven van groot belang voor een kritische waardering van het recht, maar de tweedeling is uiteraard misleidend als zij wordt ingezet ter karakterisering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

### ‘De waardigheid van het kind als mens’

Op het eerste gezicht nog steeds een onaantastbaar bolwerk van vergeldende rechtvaardigheid: de verbintenis tot schadevergoeding. Is de aansprakelijkheid eenmaal gevestigd, dan is de bepaling van de *omvang* van de schadevergoeding vervolgens een ‘waardevrij’ proces. Hier geldt het boekhoudkundig

principe van Mommsen: de ‘Differenzmethode’, schade is het (financiële) verschil tussen de situatie waarin de schuldeiser verkeert en de (hypothetische) situatie waarin hij zou hebben verkeerd, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (wanprestatie, onrechtmatige daad) niet had plaatsgevonden.<sup>19</sup> Een waardering van de persoonlijke omstandigheden van schuldeiser en schuldenaar komt in beginsel niet te pas. Een kras op de dubbelgeparkeerde zilvergrijze BMW van een drugsdealer, veroorzaakt door een bijstandsmoeder, die, rijdend op haar fiets met twee kinderen en drie tassen, haar evenwicht verliest, geeft de eerste recht op volledige vergoeding van zijn schade.

Het oordeel of sprake is van een voldoende hecht causaal verband tussen de daad en de schade wordt in een indrukwekkende reeks rechtsstelsels gevormd op grond van een neutrale theorie die is gebaseerd op het principe van vergeldende rechtvaardigheid: de leer van de adequate veroorzaking. Zijn daad en schade aan elkaar gewaagd? Is dit soort daden in het algemeen geëigend dit soort schade te veroorzaken? Het Nederlandse recht heeft in de jaren zeventig een ruimer perspectief geopend. Naast het adequatiecriterium is daarna ook plaats voor andere gezichtspunten, zoals de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade (zie art. 6:98 BW). Schept dit ruimte voor een benadering die, in de terminologie van Aristoteles, *kat’axian* verloopt, in evenredigheid met de ‘waarde’ van de bij het oordeel betrokken personen? Rijkdom, deugdzaamheid en geboorte als vrij man zijn de waarden die Aristoteles aanreikt als verdelingsmaatstaf.<sup>20</sup> Ondermijnen de grondrechten, opgevat als ‘objektive Wertordnung’ die het gehele recht omvat, het bolwerk van de vergeldende rechtvaardigheid binnen het burgerlijk recht?

*Wrongful birth*; een juridisch probleem van Euro-pees formaat; kunnen de ouders de opvoedingskosten verhalen op de arts door wiens fout, gemaakt bij de sterilisatie van één van hen, een gezond kind ter wereld is gekomen? Verzet de bijzondere aard van deze schade zich tegen toerekening?

‘Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungswegen (art. 1,1 Grundgesetz) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten (...), verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.’

17 C.J.11 Brunner, Aansprakelijkheid naar draagkracht, tede Groningen, Duvener 1973, p. 5. Brunner verwijst naar G. Radbruch, Rechtsphilosophie, achte Auflage, Stuttgart 1973, § 4. ‘Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit im Verhältnis der Nebenordnung, die ausgleichende Gerechtigkeit will im Verhältnis der Ueber-

Unterordnung gelten. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts.’

18 De in de vorige noot vermelde tede, p. 17.

19 F. Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Brunswijk 1855, p. 3. Schade is

‘die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschadigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.’

20 Ethica Nicomachea, V, iii (1131 a)

Dit *obiter dictum* van het Bundesverfassungsgericht<sup>21</sup> vormt het brandpunt in een debat dat in Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk heeft geleid tot principieel gemotiveerde uitspraken waarin de hoogste rechters balanceren op de door Aristoteles gemarkeerde breuklijn

Het Bundesgerichtshof<sup>22</sup> heeft vol overtuiging stelling genomen tegen de zienswijze van het Bundesverfassungsgericht en volgt gedeceideerd het richtsnoer van de vergeldende rechtvaardigheid *'der Schadensbegriff als solcher ist wertfrei'*. De arts moet de behandelingsovereenkomst, gericht op de beëindiging van het voortplantingsvermogen van de patiënt, op behoorlijke wijze nakomen. Is aan zijn kant sprake van een toerekenbare tekortkoming, dan moet hij de wederpartij in financieel opzicht brengen in de situatie waarin deze zou hebben verkeerd indien het contract goed zou zijn nagekomen, en de ouders derhalve niet zouden zijn geconfronteerd met de opvoedingskosten van het, als gevolg van de fout van de arts, geboren kind. *'Diese schadensrechtlich-wirtschaftliche Betrachtungsweise ist durch die Grundprinzipien des Schadensrecht bedingt und stellt keine Missachtung des Kindes dar.'*

De Hoge Raad<sup>23</sup> kiest een vergelijkbare koers. De opvoedingskosten zijn 'onmiskkenbaar vermogensschade en, gelet op de aard van zowel deze schade als van de voormelde gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is niet in te zien waarom deze schade niet aan de arts als een gevolg van deze gebeurtenis toegerekend zou moeten worden'. De aansprakelijkheid van de arts past in het stelsel van de wet en de wet zelf biedt geen grondslag om vergoeding af te wijzen, aldus de Hoge Raad.

Tot zover volgt de redenering de gebaande paden van de vergeldende rechtvaardigheid. Er is een gebeurtenis die tot schadevergoeding verplicht (de tekortkoming) en er is schade van een type dat voor vergoeding in aanmerking komt (vermogensschade). De arts moet zijn fout 'recht zetten' door de schade van de ouders voor zijn rekening te nemen. Hierbij laat de Hoge Raad het evenwel niet. Overwegingen van een onmiskkenbaar distributieve signatuur volgen nog. Komt de aansprakelijkheid van de arts voor de opvoedingskosten van het kind niet in strijd met 'de waardigheid van het kind als mens'? Integendeel, aldus de Hoge Raad, de vergoeding strekt ten behoeve van het gehele gezin, met inbegrip van het nieuwe kind en diens reeds aanwezige broers en zusters. Ook de belangen van anderen dan de beide contractspartijen worden meegewogen en gehonoreerd.

Onlangs heeft ook de House of Lords<sup>24</sup> zich uitgesproken omtrent de vergoedingsplicht ter zake van schade voortvloeiend uit *wrongful birth*. De uit-

spraken van het Bundesgerichtshof en de Hoge Raad worden vermeld, maar niet gevolgd. De vijf law lords keren zich unaniem tegen de vergoeding van de opvoedingskosten. Lord Steyn is zich bewust van de relevantie van het onderscheid tussen vergeldende en verdelende rechtvaardigheid.

*'It is possible to view the case simply from the perspective of corrective justice. It requires somebody who has harmed another without justification, to indemnify the other. On this approach the parents' claim for the cost of bringing up Catharine must succeed. But one may also approach the case from the vantage point of distributive justice. It requires a focus on the just distribution of burdens and losses among members of a society.'*

Om de in het Verenigd Koninkrijk levende rechtsovertuigingen te achterhalen, roept Lord Steyn de hulp in van de 'commuters on the Underground' (als opvolgers van 'the man on the Clapham bus', die vroeger steevast als orakel werd geraadpleegd). Zij zouden zich, aldus Steyn, realiseren

*'that many couples cannot have children and others have the sorrow and burden of looking after a disabled child. (...) Instinctively, the traveller on the Underground would consider that the law of tort has no business to provide legal remedies consequent upon the birth of a healthy child, which all of us regard as a valuable and good thing.'*

Steyn's conclusie ligt dan voor de hand:

*'In my view it is legitimate in the present case to take into account considerations of distributive justice. That does not mean that I would decide the case on grounds of public policy. On the contrary, I would avoid those quick sands. Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the costs of bringing up the child from a health authority or a doctor.'*

Het moge zo zijn dat wij allen de geboorte van een gezond kind beschouwen als iets waardevols en goeds, dit neemt niet weg dat sommige ouders daarvoor in serieuze (financiële) problemen kunnen geraaken. Maar ook de Duitse (en Nederlandse) *schadensrechtlich-wirtschaftliche* benadering, waarin de kosten van de opvoeding van het kind worden geëduceerd tot positief contractbelang, is niet zonder bezwaar. De kosten van de aansprakelijkheid van artsen zullen via de premies voor hun aansprakelijkheidsverzekering worden gespreid over allen die meebetalen aan de kosten van de gezondheidszorg. Door welke overwegingen van distributieve aard wordt gerechtvaardigd dat zij opdraaien voor de kosten van de opvoe-

21 Bundesverfassungsgericht 28 mei 1993, NJW 1993, p. 1751 e.v.

22 Bundesgerichtshof 27 juni 1995, NJW

1995, p. 2407 e.v.

23 HR 21 februari 1997, NJ 1997, 145

24 House of Lords 25 november 1999, M.C.

Full text of this article Health Board, te vinden onder [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)

ding van het kind van vermogende ouders, wier negatieve kinderwens was ingegeven, louter door het verlangen naar meer vrije tijd?

Het gulden midden wordt gevonden door de vordering slechts toe te wijzen in geval van 'behoefte'. Deze eis van distributieve gerechtigheid geldt bij *dood door schuld*; als een verkeersfout van A leidt tot de dood van B en, in het verlengde daarvan, tot inkomensverlies bij diens geregistreerde partner C, die door B werd onderhouden, dan strandt de door C tegen A ingestelde vordering, indien de omvang van C's vermogen hem in staat stelt zelf in toereikende mate in zijn onderhoud te voorzien. Waarom zou dit ook niet hebben te gelden bij *leven door schuld*, een onderhoudsverplichting die is ontstaan doordat als gevolg van een fout van een arts een kind is geboren?<sup>25</sup> *Schadensrechtlich-wirtschaftlich* bezien, maakt het niet uit of een maandinkomen van f 500 wordt gederfd, dan wel maandelijks een bedrag van f 500 moet worden uitgegeven.

Welk standpunt men ook inneemt met betrekking tot de aansprakelijkheid wegens *wrongful birth*, in ieder geval kan van harte worden ingestemd met de volgende observatie van Lord Steyn:

'The truth is that tort law is a mosaic in which the principles of corrective justice and distributive justice are interwoven.'

#### 'A fair balance'; distributieve gedachten uit Straatsburg

Hendrik Schutte, varkenshouder te Bathmen, voert, te zamen met een tiental collega's, een geding tegen de Staat der Nederlanden. Inzet van het geding is het buiten toepassing blijven van de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv), totdat zal zijn voorzien in een volledige, althans adequate schadevergoeding. De wet strekt tot vermindering van de aan de varkenshouders toekomende 'varkensrechten', dat wil zeggen het aantal varkens dat de varkenshouders op hun bedrijf mogen houden. Kern van het debat, dat inmiddels is uitgemond in een arrest van het Gerechtshof Den Haag<sup>26</sup>, wordt gevormd door de betekenis van art. 1 van het eerste Protocol bij het EVRM:

'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

De Wet herstructurering varkenshouderij stoort Schutte c.s. in hun 'peaceful enjoyment of their possessions'; van groot belang is evenwel de vraag welke intensiteit deze storing aanneemt. Is sprake van *ontnemning* van eigendom (*deprivation*), of moet de in de Whv voorziene korting van varkensrechten worden aangemerkt als een regulering van het gebruik dat Schutte c.s. van hun bedrijf maken (*control of the use of property*)? Anders dan de Rechtbank, kiest het Hof voor het tweede alternatief:

'De generieke kortingen vormen een beperking van het gebruik van de betrokken varkenshoudersbedrijven, en in zover een regulering van dat gebruik zoals bedoeld in het tweede lid van van artikel 1 van het Eerste Protocol (...), maar geen ontneming van eigendom als bedoeld in het eerste lid.'

Niet alleen *ontnemning* van eigendom, ook de uitoefening door de Staat van zijn recht 'to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest', kan uiteraard zeer ingrijpende gevolgen hebben. In een reeks uitspraken heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) bepaald dat de regulering 'must achieve a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.'<sup>27</sup>

Heeft de Staat der Nederlanden deze 'fair balance' bereikt? Het Haagse Hof omschrijft het algemeen belang dat door de Whv wordt gediend als het voorkomen van milieuschade veroorzaakt door niet plaatsbare mestoverschotten. Dan volgen overwegingen van een onmiskenbaar distributieve snit. Het Hof acht:

'het niet ongerechtvaardigd dat de varkensbranche zelf de gevolgen draagt van de op haar toegesneden maatregelen ter beperking van de door de branche veroorzaakte milieuschade en dat die niet voor rekening van de gehele gemeenschap worden gebracht' (rov. 23).

Maar was de korting van de varkensrechten wel noodzakelijk ter bereiking van het doel: voorkomen van niet plaatsbare mestoverschotten? De varkenshouders hadden in dit verband gewezen op een alternatief dat voor hen minder belastend zou zijn: een verbod op het gebruik van kunstmest. Het Hof is niet onder de indruk van dit argument:

'Een dergelijke maatregel zou immers akkerbouwers beletten om in het belang van de afzet van mest van veehoudersbedrijven de voor hun bedrijf optimale bemesting te kiezen, met het onaanvaardbare gevolg dat aan de veehouderij toe te rekenen milieuproblemen ten laste van de akkerbouwbedrijven zouden worden gebracht' (rov. 30.2).

25 Zie C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts*, Deventer 1988, p. 150 en J.I.I.

Nieuwenhuis, *NJB* 1997, p. 478 e.v.  
26 Hof Den Haag 20 januari 2000, 101num-

mer 99/104, zie *NJB* 2000, p. 298 e.v.

27 Zie bijvoorbeeld EHRM 29/1989, *Fiedin*

De vervuiler betaalt, deze primaire intuïtie, op het eerste gezicht een simpele eis van vergeldende rechtvaardigheid, wordt door het Hof geplaatst in een breder, distributief verband. Het zou onrechtvaardig zijn de gevolgen van door de varkenshouders veroorzaakte problemen af te wentelen op de samenleving als geheel of op een ander deel daarvan: de akkerbouwers.

Hoe overtuigend is dit oordeel? Toen de overheid zonder flankerende compensatoire maatregelen de vergunning introk van Leffers *cs*, varkenshouders die hun varkens vctmestten met *swill* (gekookte slachtafval), zag de Hoge Raad daarin een onrechtmatige daad.<sup>28</sup> Gevolg was dat de financiële consequenties van de door deze varkenshouders veroorzaakte problemen (dreiging van varkenspest) werden afgewenteld op de samenleving.

Hier wordt het burgerlijk recht geconfronteerd met rechtspolitieke keuzes die gevestigde kaders van het burgerlijk recht ruim overschrijden. Traditioneel zijn de verdelende en vergeldende taken van het recht aangaande eigendom helder onderscheiden. A's varken wordt door B gestolen en verkocht aan C. Wie is eigenaar? Wie krijgt de troostprijs: de aanspraak op schadevergoeding, te voldoen door B? Dit zijn vragen van verdelende rechtvaardigheid. De vaststelling van de omvang van de door B te betalen schadevergoeding is een vraag van vergeldende rechtvaardigheid. Als gevolg van de 'revaluatie' van het eigendomsrecht in het EVRM, de herwaardering van de eigendom tot één van de rechten van de mens, is het distributieve (*kat'axian*) aandeel sterk gestegen. 'Meer milieu, minder varkens' lijkt een categorische imperatief, de ijzeren logica van de vergeldende gerechtigheid. Wat betekent dit voor de varkenshouders? De vraag is of het enkele perspectief, hun geboden door de distributieve voorzieningen van de Algemene Bijstandswet, leidt tot een *fair balance*. Bij het vinden van dit evenwicht gunt het Europese Hof de nationale wetgever een *wide margin of appreciation*.

De verruiming van het eigendomsbegrip in het EVRM, in vergelijking met art. 5:1 BW, is niet slechts van kwantitatieve aard. Weliswaar is *property* bedoeld in art. 1 van het eerste Protocol niet zo ruim als bij Locke (*lives, liberties and estates*), maar het omvat aanmerkelijk méér dan de rechten op *zaken* (= stoffelijke objecten).

'By dint of their own work, the applicants had built up a clientèle, this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1.'

Het betrof hier de klacht van Van Marle *cs*, gericht tegen de weigering van de Nederlandse overheid om hen in te schrijven als registeraccountant. Het

EHRM was van mening dat de door hen opgebouwde klantenkring moest worden aangemerkt als *property*, maar oordeelde voorts dat de door de Nederlandse overheid daarop gemaakte inbreuk, werd gerechtvaardigd door het algemeen belang.<sup>29</sup>

Opgevat als grondrecht, als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht, ziet *property* bedoeld het EVRM op de economische zijde van de menselijke persoon. Art. 1 strekt tot bescherming van zijn *middelen van bestaan* tegen willekeurige en disproportionele ingrepen door de overheid. Deze middelen van bestaan zijn in toenemende mate van onstoffelijke aard: expertises en kwalificaties (arts, meester in de rechten, etc.).

### De constitutie van het burgerlijk recht

De constitutie van Europa, en daarmee van Nederland, steunt stevig op de pijlers van het burgerlijk recht. Nederland is gehouden tot inachtneming van 'het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging' (art. 4 EG-Verdrag). Deze fundering is historisch zeer verklaarbaar. De Europese gemeenschap is ontworpen in het heetst van de koude oorlog, de jaren vijftig, de onzichtbare hand van Adam Smith tegenover de ijzeren vuist achter het IJzeren Gordijn. De burger, volgens Adam Smith,

'intends only his own gain, and he is led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention ( ) By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.'<sup>30</sup>

Deze woorden weerklinken in de considerans van een recente Richtlijn: 'de consument die van de grote markt wil profiteren door in een andere lidstaat goederen aan te schaffen, speelt een fundamentele rol bij de voltooiing van de interne markt.'<sup>31</sup> De Nederlander die via internet in Frankrijk een eetservies koopt, denkt alleen aan zijn eigen tafel, maar dient tevens de Europese zaak: voltooiing van de interne markt.

Kan het burgerlijk recht niet worden overgelaten aan de markt? Dit strookt bovendien met het advies van de rechtseconoom: Als er geen markt is, dan moet zij worden verzonnen: *mimic the market*.

'This approach attempts to reconstruct the likely terms of a market transaction ( ) to mimic or simulate the market in other words ( ) If for example, the question were whether clean water was more valuable as an input into paper production than into boating, we might try to determine, using whatever quantitative or other data available to help us, whether in a world of zero transaction costs the paper industry would purchase from the boaters the right to use the water in question.'<sup>32</sup>

28 HR 18 januari 1991, NJ 1992 638

29 EHRM, 7/1984 Van Marle

30 Adam Smith Wealth of Nations IV, II 9

31 Richtlijn 1999/44/EG, PBL 171, p. 12

32 R.A. Posner Economic analysis of law

Boston 1986 p. 14

Er is één bezwaar: de markt is blind voor waarden. Zij is als de cynic van Oscar Wilde *who knows the price of everything and the value of nothing*.<sup>33</sup> De prijs van hondeid varkensrechten valt nog wel te bepalen, maar wat is één varkenshouder waard? Geen der bepalingen van het burgerlijk wetboek geeft rechtst-

reeks antwoord op deze vraag, toch raken we hier de kern van de zaak: de constitutie van het burgerlijk recht

Groningen, maart 2000