

## Redactionele kanttekeningen

### Evenredigheid

Het gelijkheidsbeginsel heeft reeds menigeen tot een krasse uitspraak verleid. Zo bijvoorbeeld de door Laurence Sterne ten tonele gevoerde jongeman die een kind wilde verwekken bij zijn grootmoeder, en die dit voornemen tegenover zijn onthutste vader rechtvaardigde met een beroep op het gelijkheidsbeginsel: 'You laid Sir, with my mother, why may not I lie with yours?'<sup>1</sup>

Hier worden de verhoudingen uit het oog verloren, en dat is wel zo ongeveer de zwaarste zonde die bedreven kan worden tegen de geest van het recht. Gelijkheid van verhoudingen, *isotēs logōn*, zoals Aristoteles het uitdrukte<sup>2</sup>, dat is de kern van het gelijkheidsbeginsel. De 'Brugse rekenmeester' Simon Stevin heeft dit Aristotelische begrip fraai in het Nederduitsch vertaald met 'evenredigheid', een term die ook de taal van het recht duurzaam heeft verrijkt.

*Judex non calculat*, de rechter rekent niet, althans liever niet. Een eenvoudige vergelijking wil nog wel lukken. Als onder twee concurrente schuldeisers, met onderscheidenlijk een vordering van acht, en een van vier gulden, het bedrag van drie gulden moet worden verdeeld, eist de gelijkheid van schuldeisers dat zij worden voldaan 'naar evenredigheid van ieders vordering' (art. 3:277 BW). De eerste schuldeiser ontvangt twee, de tweede één gulden; immers  $8:4 = 2:1$ . Nodig is wel dat de vorderingen vergelijkbaar zijn. Gaat het om vorderingen tot levering van respectievelijk acht appels en vier peren, dan moet eerst hun waarde in Nederlands geld worden geschat (art. 133 F).

Geld is een gemakkelijke rekeneenheid. Moeilijker, maar niet wezenlijk anders wordt het wanneer het gaat om de verdeling van schade tussen de vergoedingsplichtige en de benadeelde, in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Die omstandigheden kunnen van zeer uiteenlopende aard zijn. Het is heel wel denkbaar dat de schade is veroorzaakt door enerzijds omstandigheden die voor *risico* komen van de vergoedingsplichtige en anderzijds omstandigheden die *schuld* van de benadeelde opleveren. Om ze niettemin te kunnen vergelijken, moeten ze eerst onder één noemer worden gebracht. Als uitgangspunt kiest de wet hun wederzijdse causaliteit. In welke mate hebben de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade *bijgedragen*? (art. 6:101 BW).

Beide evenredigheidsvormen hebben gemeen dat zij in getallen kunnen worden uitgedrukt. Dit houdt verband met het feit dat het in beide gevallen gaat om eerlijk delen. Het batig saldo moet in de verhouding 2:1 worden verdeeld onder de beide schuldeisers, omdat de omvang van hun vorderingen zich zo verhoudt; de schade moet in de verhouding 1:3 worden verdeeld tussen de eigenaar van het agressieve stierkalf en de onvoorzichtige kiviitseierenraper, aangezien de aan ieder toe te rekenen omstandigheden in die verhouding tot de schade hebben bijgedragen.

Ook buiten het terrein van de verdelende rechtvaardigheid is het proportionaliteitsbeginsel werkzaam. De onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van een bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, kan leiden tot de slotsom: mis-

1. Lawrence Sterne, *The life and opinions of Tristram Shandy*, vol. iv, ch. 29.

2. Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek 5.

bruik van recht (vgl. art. 3:13 BW). Het is hier niet nodig de omvang van de wederzijdse belangen in een getalsverhouding uit te drukken. De reden daarvan is de volgende. Bij de verdeling van de schade tussen de vergoedingsplichtige en de benadeelde komt het erop aan dat die verdeling een symmetrische weerspiegeling vormt van de wederzijdse bijdragen aan het ontstaan van de schade. Bij misbruik van bevoegdheid gaat het daarentegen om iets anders: het voorkomen van krasse gevallen van asymmetrie. De grondeigenaar heeft de bevoegdheid te vorderen dat zijn buurman zijn grensoverschrijdende garage afbreekt, ook indien de schade die de buurman daardoor lijdt groter is dan het belang dat de grondeigenaar heeft bij afbraak. Maar de grondeigenaar kan die bevoegdheid niet inroepen in geval van een zodanige wanverhouding dat hij naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen. Van misbruik van recht is sprake in grensoverschrijdende situaties, daar waar rechtsuitoefening buitenproportionele vormen dreigt aan te nemen.

Nog een ander soort verhoudingen moet door het recht in het oog worden gehouden: de verhouding van doel en middel. Niet elk doel heiligt ieder middel. Het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) illustreert het belang van de precaire verhouding van doel en middel. Is het een door art. 14 EVRM verboden discriminatie van de man, als de hem geboden mogelijkheid om zijn vaderschap van een door zijn vrouw ter wereld gebracht kind te ontkennen, beperkter is dan de mogelijkheid die zijn vrouw wat dat betreft heeft? Een ongelijke behandeling is discriminatoir indien daarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging valt aan te wijzen, en dat is bijvoorbeeld het geval bij gebreke van 'a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised' (EHRM 28 november 1984, NJ 1986, 4 inz. Rasmussen). Doel is het belang van het kind dat vergt dat niet te lang onzekerheid bestaat omtrent zijn afstamming; middel daartoe is het verbinden van een termijn aan de mogelijkheid van de man om het vaderschap te ontkennen. Of sprake is van schending van het proportionaliteitsbeginsel is een vraag waarover men gevoeglijk van mening kan verschillen. Ja, aldus de Europese Commissie: het doel kon immers ook worden bereikt met behulp van een minder bezwaarlijk middel. Neen volgens het Europese Hof: de (Deense) wetgever mocht menen dat het verbinden van een termijn aan de mogelijkheid om het vaderschap te ontkennen, en dit uitsluitend met betrekking tot de man, het meest bevredigende middel was om het doel te bereiken.

Doel en middel kunnen niet tot één rekeneenheid worden herleid om zodoende hun onderlinge getalsverhouding te bepalen. Wel kan worden vastgesteld dat sprake is van disproportionaliteit in de verhouding van middel en doel. Dit is met name het geval wanneer in redelijkheid niet kan worden volgehouden dat er geen minder bezwaarlijke middelen waren om het doel te bereiken.

Wat geen getal heeft, kan niet worden gekend, zo leerden de Pythagoreërs. Zij raakten geestelijk in het ongerede toen werd ontdekt dat de verhouding van twee lijnstukken niet steeds kan worden uitgedrukt als een verhouding van twee natuurlijke getallen. Dit zal juristen niet snel overkomen. Zij beschikken reeds vanouds over een soepele rekenkunde. Naar het woord van Paul Scholten: recht is toerekening.

*J.H.N.*