



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Waartoe is het recht op aarde?

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2006). *Waartoe is het recht op aarde?*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/26302>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/26302>

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

WAARTOE IS HET RECHT OP AARDE?



HANS NIEUWENHUIS

Bju

Boom Juridische uitgevers

WAARTOE IS HET RECHT OP AARDE?

HANS NIEUWENHUIS

WAARTOE IS HET RECHT
OP AARDE?

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2006

© 2006 J.H. Nieuwenhuis / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN-10 90 5454 750 2
ISBN-13 978 90 5454 750 1
NUR 822
www.bju.nl

VOORPLAAT

*Of Man's first disobedience, and the fruit
Of that forbidden tree whose mortal taste
Brought death into the World, and all our woe,
With loss of Eden, till one greater Man
Restore us, and regain the blissful seat,
Sing, Heavenly Muse.*

John Milton, *Paradise Lost* (1667)

Lucas Cranach de Oudere schilderde deze *Adam en Eva* in 1533. Gezien de bescheiden afmetingen (47 x 35 cm) was het schilderij waarschijnlijk bestemd ter opluistering van de privévertrekken van een welgesteld koopman. Adam en Eva lijken nog niet te beseffen dat zij met hun eerste zonde tevens de grondslag zouden leggen voor alle latere wetenschap van recht en onrecht. 'Ten dage dat gij daarvan eet, zullen uw ogen geopend worden en zult gij zijn als God, kennende goed en kwaad.' Eva lijkt vooral belang te stellen in de vraag of de schilder haar bevalligheden wel voldoende tot hun recht laat komen. De tedere blik waarmee Adam zijn vrouw aanziet, is een duidelijke aanwijzing omtrent Cranachs standpunt in het debat dat in de zestiende eeuw de (mannelijke) gemoederen danig bezighield: 'Ob die Weyber Menschen seyn?'

INHOUD

Wartoe is het recht op aarde?	1
Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad	5
Eenheid der wet	33
De constitutie van het burgerlijk recht	63
Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel	87
Promises, promises; over contracten en andere afspraken	105
Wat is waarheid?	121
Zeven zuilen van ongeschreven recht	141
Het proces Sokrates	159
Drions rode draad	175
Verantwoording	189
Trefwoordenregister	191

WAARTOE IS HET RECHT OP AARDE?

EEN NIEUWE CATECHISMUS

Waar toe zijn wij op aarde? Wij zijn op aarde om God te dienen en daardoor hier en hiernamaals gelukkig te zijn. Een heldere en eenduidige oriëntatie: slechts één weg leidt naar duurzaam geluk: dienstbaarheid aan God.

Waar toe is het recht op aarde? Een oude catechismus plaatst ons voor een tweekop:

“Recht” wordt op verschillende manieren gebruikt. De ene manier is, wanneer het gebruikt wordt voor wat te allen tijde *billijk en goed* (aequum et bonum) is, zoals dit het geval is met het natuurrecht. Maar op een tweede manier wordt het gebruikt voor wat in iedere staat *voor allen of voor de meerderheid nuttig is* (quod omnibus aut pluribus utile est), zoals dit het geval is met *ius civile*.¹

Uit de Verenigde Staten klinkt sinds kort een nieuwe catechismus:

‘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.’²

1 *Digesten* 1, 1, 11, vertaling J.E. Spruit en P.J. Verdam.

2 Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press 2002, p. 3.

Recht is welzijnswerk. Kies van alle mogelijke rechtsregels die regel die de grootste bijdrage levert aan het welzijn van individuen. Welzijn is alles waaraan individuen waarde hechten en omvat ook gevoelens van vergeldende rechtvaardigheid. Als het welzijn van burgers wordt bevorderd door bevrediging van hun gevoel dat misdadigers slechts door een enigszins duurzaam verblijf in een strafgevangenis hun verdiende loon ontvangen, verdient een regel die dit voorschrijft de voorkeur boven de ‘goedkopere’ regel dat kan worden volstaan met enkele uren plantsoendienst. Maar *notions of fairness* mogen niet, los van hun betekenis voor het psychisch welzijn van burgers, een zelfstandige factor vormen bij de keuze van rechtsregels. In dat geval bestaat immers de kans dat door de keuze van een rechtvaardige regel ieders welzijn erop achteruitgaat.

Wordt het niet tijd onze aan Aristoteles, Kant en Rawls ontleende ideeën over de relatie van recht en rechtvaardigheid in te ruilen voor een exclusieve *welfare-based approach*? Reduceer rechtvaardigheid tot een ‘preferentie’ die net als het ‘Zwitserlevengevoel’ een prijs heeft. De navolgende beschouwingen strekken ertoe dit recept voor recht als bron van welzijn en geluk kritisch te beproeven.

Waartoe is het recht op aarde? Recht is middel ter bereiking, althans benadering, van een doel. Oordelen over de kwaliteit van het recht vereist een doelgerichte blik. Het doel kan in ieder geval negatief worden omschreven: ontkomen aan een situatie die zo beeldend is geschilderd door Thomas Hobbes, een samenleving ‘where every man is enemy to every man (...) In such condition, no arts, no letters, no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of

man, solitary, poor, nasty, brutish and short.³ Positiever maar minder indringend geformuleerd: recht heeft ten doel de kwaliteit van het samenleven op aarde te verbeteren. Een vroege getuigenis van deze taak is afkomstig van Sokrates, die kort voor de voltrekking van zijn doodvonnis de Atheense wetten prees omdat ze zijn vader en moeder in staat hadden gesteld met elkaar in het huwelijk te treden en hun de verplichting hadden opgelegd zich in te zetten voor de lichamelijke en culturele vorming van hun zoon.

Waar toe is *het recht* op aarde? Wie de lectuur van dit boek beperkt tot doorbladeren, zal tot de conclusie komen: waar toe is *het recht* op aarde? Bedoeld zal zijn: waar toe is *het burgerlijk recht* op aarde? Deze observatie is in zoverre juist dat het perspectief van de hier verzamelde opstellen vrijwel steeds wordt bepaald door de drie kernen van het burgerlijk recht: eigendom, overeenkomst en onrechtmatige daad. Aan de andere kant: de rode draad van dit boek wordt gevormd door het besef dat de ideeën die ten grondslag liggen aan het recht, voorafgaan aan zijn verkaveling in staatsrecht, strafrecht en burgerlijk recht. ‘Gij zult niet doden.’ Is dit strafrecht of burgerlijk recht? Beide. Het zesde der tien geboden ligt ten grondslag aan zowel artikel 287 Wetboek van Strafrecht (gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren) als artikel 6:108 Burgerlijk Wetboek (vergoeding voor het derven van levensonderhoud door nabestaanden).

Waar toe is het recht *op aarde*? ‘Toen keerde Mozes zich om en daalde van de berg af met de twee tafelen der getuigenis in zijn hand (...) De tafelen waren het werk Gods en het schrift was het schrift Gods, op de tafelen gegrift.’⁴ De vraag of de geboden van het recht uiteindelijk van hoger hand afkomstig zijn dan van

3 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part I, chapter 13.

4 Exodus 32:15.

de aardse wetgever, *kan* niet alleen, maar *moet* ook onbeantwoord blijven. De ruimte van het recht wordt gedeeld door gelovigen en niet-gelovigen. Aan het debat over de (on)toelaatbaarheid van abortus voegt een verwijzing naar Gods hand achter het verbod van doodslag niets toe. Hier geldt: spreek vrijmoedig over God, maar misbruik nooit Zijn naam als argument. Omgekeerd staat het een atheïst vrij te verkondigen: 'Er is geen god', maar deze hypothese telt niet als argument in een debat over de (on)toelaatbaarheid van embryoselectie om zo een kind te ter wereld te brengen wiens celweefsel kan worden gebruikt om een ernstig ziek familielid te genezen.

Ook de armsgeld van het recht is beperkt tot ons bestaan hier op aarde. Wat ons hiernamaals te wachten staat, gaat het recht niet aan. Dat wil uiteraard niet zeggen dat de dood het recht niet aangaat. Door een verkeersfout van een ander overlijdt een man op veertigjarige leeftijd. Zijn dertigjarige vrouw derft levensonderhoud. Hoe groot is de schade die de ander moet vergoeden? Hoe zou hun huwelijksleven zijn verlopen als het verkeersongeval niet had plaatsgevonden? Zou de man zijn vrouw nog vele jaren van een gestaag groeiend maandgeld hebben voorzien? Of stond het huwelijk toch al op springen en zou de vrouw, ook indien de man niet zou zijn overleden, na enige tijd toch met een andere man of vrouw in het huwelijk zijn getreden. Het recht kan niet zonder verbeelding.

HINKELSPEL ROND DE BOOM DER KENNIS VAN GOED EN KWAAD

LEMEN VOETEN

Wat geldt in de wetenschap van het burgerlijk recht als *voortgang*? Het burgerlijk recht is een en al *voortgang*. Als proces, afgeleid van *procedere* = voortschrijden, gaat het van de dagvaarding langs enkele conclusies, comparities en bewijsopdrachten, met kalme tred naar het vonnis. In de betrekkingen van eiser en gedaagde betekent het vonnis steeds voortgang. Ook al is hun probleem niet opgelost, hun geschil is in ieder geval beslecht. Vervolgens is het recht een ‘discursieve grootheid’ (< *discurrere* = heen en weer lopen, ronddraven), ‘het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging’.¹ Voortgang is hier gelegen in toegenomen overzichtelijkheid van het debat. Welke agenda leidt partijen zo snel mogelijk naar de kern van de zaak? Ten slotte is rechtsvinding ‘springen met lemen voeten’: ‘applying the past to solve problems of present and future.’ In zijn *Algemeen Deel*^{***} schrijft Vranken ervan:

‘De consequentie van dit vastgeklonken zijn aan het verleden is dat de jurist moet springen met lemen voeten. Een geschil of probleem dat zich aandient, mag hij niet vrijelijk, met open blik tegemoet treden. Hij dient het te kwalificeren in termen van het bestaande juridisch systeem.’²

1 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*^{**}, p. 69.

2 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*^{***}, p. 19.

Vrankens schrik is gewekt door het *lawyer-statesmanship*-ideaal van Kronman: ‘to move slowly and by small degrees’. Vranken: ‘Ik onderschrijf Kronmans stellingname niet, althans niet als pleidooi. Als pleidooi heeft ze de kracht en de schoonheid van een beschaafd ingehouden verlangen naar verloren tijden. Maar, en ik schrik er zelf van, ik stel vast dat ze wel weer een rake typering is van wat er gebeurt.’

Ook de volgorde waarin de deelnemers aan deze kalme processie aan bod komen, lijkt vast te liggen: wetgever, rechter en wetenschap. De wetgever bepaalt dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid, geen geldige titel van overdracht is (art. 3:84 BW). Vervolgens legt de Hoge Raad deze bepaling uit om vast te stellen of een *sale and lease back*-overeenkomst een geldige titel van overdracht oplevert. Ten slotte is een hooggeleerde annotator (WMK) aan zet om de rechtsontwikkeling in kaart te brengen: ‘De klok, die met het fiducia-verbod leek te zijn stilgezet, is thans weer door de Hoge Raad aan de gang gebracht.’³

Soms wordt de volgorde omgekeerd. De wetenschap opent het debat door zich kritisch uit te laten over een onderdeel van het bestaande juridisch systeem. In zijn intreerede (1962) tekent de Amsterdamse hoogleraar Köster bezwaar aan tegen het monopolie van de voorzienbaarheid als maatstaf ter vaststelling van causaal verband tussen daad en schade. De Hoge Raad geeft in 1970 gehoor aan deze kritiek.⁴ In 1992 volgt de wetgever: bij het oordeel of aan het causaliteitsvereiste is voldaan moet ‘mede’ worden gelet op de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade (art. 6:98 BW).

3 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119; Sogelease.

4 HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251; Doorenbos/Intercommunale.

RECHT VAN TWEE KANTEN

De wetenschap beziet het recht van twee kanten, als hinkelspel en als boom der kennis van goed en kwaad. De contractuele aansprakelijkheid voert eiser en gedaagde langs een hinkelspel met vier vakken: tekortkoming, toerekenbaarheid, schade en causaal verband (art. 6:74 e.v. BW). De sprong naar het juiste vak is lang niet altijd eenvoudig. Door een foutieve diagnose van zijn arts verliest eiser een kans van vijftentwintig procent dat amputatie van zijn linkerbeen voorkomen had kunnen worden. In welk vak moet worden gehinkeld rondom de vraag of de arts aansprakelijk is, en zo ja, in welke omvang: schade of causaal verband? Moet het door de fout van de arts veroorzaakte verlies van een kans op genezing worden aangemerkt als *schade*, of gaat het hier om de vraag of aansprakelijkheid al dan niet afstuit op de eis dat de fout *condicio sine qua non* van de schade was (*causaal verband*)?

Het aansprakelijkheidsrecht heeft ook een kant die uitzicht biedt op de boom der kennis van goed en kwaad:

‘En de Here God legde de mens het gebod op: Van alle bomen in de hof moogt gij vrij eten, maar van de boom der kennis van goed en kwaad, daarvan zult gij niet eten, want ten dage, dat gij daarvan eet, zult gij voorzeker sterven (...) De slang echter zeide tot de vrouw: Gij zult geenszins sterven, maar God weet, dat ten dage, dat gij daarvan eet uw ogen geopend zullen worden, en gij als God zult zijn, kennende goed en kwaad.’ (Genesis 2 en 3)

Het aansprakelijkheidsrecht veronderstelt de aanwezigheid van kennis van goed en kwaad bij alle rechtsgenoten. Zij dienen kennis te dragen van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (art. 6:162 BW). Ofschoon geen aardse wetgever het hem had verboden, had Cohen moeten weten dat het niet geoorloofd was bedrijfsgeheimen te ontfutse-

len aan zijn concurrent Lindenbaum door omkoping van diens personeel.⁵

De rechtswetenschap boekt vooruitgang als het beide kanten van het recht weet te verenigen tot een bezielde verband. Een vrije, natuurrechtelijke blik op goed en kwaad (*alterum non laedere*, de ander geen schade toebrengen; *damni culpa dati reparatio*, door schuld veroorzaakte schade vergoeden) leidt onherroepelijk naar het moeras als de voet geen steun vindt in een in welomlijnde vakken verdeeld fundament. Omgekeerd raakt men op ieder vak van het hinkelspel het spoor bijster als de morele dimensie uit het oog wordt verloren. Het vereiste dat de daad kan worden aangemerkt als *condicio sine qua non* van de schade lijkt op het eerste gezicht een loutere *technicité*, maar bij nader inzien wordt duidelijk dat deze eis ertoe strekt gevolg te geven aan het eerste gebod der vergeldende rechtvaardigheid: veroordeel niet iemand tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt. Alleen in het licht van deze morele dimensie van het *sine qua non*-vereiste is het mogelijk te beoordelen welke redenen voldoende zijn om te rechtvaardigen dat een producent met een marktaandeel van tien procent wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die met een waarschijnlijkheid van negentig procent niet door *zijn* gebrekkig product is veroorzaakt.⁶

VERONTWAARDIGING ALS BRON VAN VOORUITGANG

Het hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad. Het aansprakelijkheidsrecht boekt vooruitgang als het dit tracé volgt. De rechtswetenschap heeft tot taak het pad te banen. In 1887 was de tijd rijp voor de grootste sprong voorwaarts. Een jaar tevoren

5 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161; Lindenbaum/Cohen.

6 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535; DES.

had Van Ittersum nog laten weten dat het vereiste van onrechtmatigheid inhoudt dat sprake moet zijn van een daad in strijd met de *wet*. Het volgende jaar was Molengraaff aan zet:

‘Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht om de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.’⁷

Molengraaff zag dit niet louter als een voorstel tot verbreding van het vak ‘onrechtmatig’ in het hinkelspel van artikel 1401 (oud) BW. De boom der kennis van goed en kwaad komt ruimschoots aan bod:

‘Tot welke onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, ja inderdaad demoraliserende resultaten de gelijkstelling van onrechtmatig met onwettig voert, hadden wij reeds gelegenheid op te merken bij de bespreking van het Eindhovensche vonnis. Men schatte dit niet te gering. In het recht ligt eene groote opvoedende kracht, eene macht die ten goede leidt, maar daartoe moeten recht en zedelijkheid hand in hand gaan, elkaar steunende en aanvullende.’

Verontwaardiging over onrecht is een krachtige aanzet tot vooruitgang in de rechtswetenschap. Molengraaffs gram werd gewekt door een vonnis van de rechtbank te Eindhoven. Een verzekeringsagent had in strijd met de waarheid meegedeeld dat de verzekeringsmaatschappij *Primes Bruxelles* was ontbonden en had verzekerden opgeroepen zich elders te verzekeren. De rechtbank wees de vordering tot schadevergoeding af met het argument ‘dat de wet nergens de verplichting oplegt om niet dan ware feiten te publiceeren’.

7 W.L.P.A. Molengraaff, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1887, p. 373 e.v. Ook opgenomen in *Molengraaff Bundel*, Zwolle 1978, p. 101 e.v.

Grote sprongen voorwaarts lokken steevast forse tegenstand uit. Eyssell, president van de Hoge Raad, verdedigde de afwijzing van de opvatting van Molengraaff in het Zutphense Juffrouw-arrest door de vrees uit te spreken 'dat voorstanders van Bergrede-moraal zo talrijk zijn, dat op de rechterstoel elk ogenblik zulk een idealist kan plaats nemen (...) ten schade onzer maatschappij'.⁸

De 'civielrechtelijke ramp' die Eyssell in gedachten had is uitgebleven. De reden hiervan is dat rechters bij vaststelling van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een ander richtsnoer kiezen dan de Bergrede. Maar toch, het blijft een hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad. Ik mag de hemeltergend hinnikende paarden van mijn buurman geen giftige haverkoeken voeren. Maar wat, indien ik een taxusstruik op een afvalhoop bij de erfscheiding leg, niet wetend dat taxus een voor paarden dodelijk gif bevat? De Hoge Raad laat in dat geval de schade liggen waar ze ligt: bij mijn buurman.

'De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zó ver dat degene die een plant of struik waarvan hij de giftigheid niet kent of behoeft te kennen, onder zich heeft, verplicht zou zijn om deze plant of struik op zodanige wijze onder zijn controle te houden dat zij geen gevaar kan opleveren, tenzij hem na onderzoek is gebleken dat de plant of struik ongevaarlijk is.'⁹

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad berust op het uitgangspunt dat slechts wanneer eiser het parcours langs de vijf vakken van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad, relativiteit, toerekenbaarheid, schade en causaal verband) met succes heeft

8 A.P.Th. Eyssell, *Themis*, 1911, p. 592 e.v.

9 HR 22 april 1994, NJ 1994, 624; Taxusstruik.

afgelegd, het gerechtvaardigd is om de schade af te wentelen op de gedaagde. In alle andere gevallen eist de rechtvaardigheid dat de eiser zijn eigen schade draagt.

Onder de deugden van het recht lijkt rechtvaardigheid de meest serieuze kandidaat voor de eerste plaats. Deze kandidatuur kan in ieder geval rekenen op de ferme steun van de Amerikaanse politiek filosoof John Rawls:

‘Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust.’¹⁰

HET GOUDEN KALF VAN WELZIJN EN GELUK

Hoe onverbreeklijk is de band tussen recht en rechtvaardigheid? Kan het aansprakelijkheidsrecht niet beter worden ingericht als een hinkelspel rond het gouden kalf van welzijn en geluk?

‘Het volk wachtte lang op Mozes. Toen hij maar niet van de berg afkwam, verdrongen ze zich om Aäron en eisten van hem: “Maak een god voor ons die voor ons uit kan gaan, want wat er gebeurd is met die Mozes, die ons uit Egypte heeft geleid, weten we niet.” Aäron antwoordde: “Neem dan uw vrouwen, zonen en dochters hun gouden oorkingen af en breng die bij mij.” Hierop deden alle Israëlieten zonder aarzelen hun gouden oorkingen af en gaven die aan Aäron. Alles wat ze hem brachten smolt hij om en hij goot er een beeld van in de vorm van een stierkalf. Het volk riep uit: “Israël, dit is je god, die je uit Egypte heeft geleid!” (...) De volgende morgen vroeg brachten ze brandoffers en vredeoffers. Ze gingen zitten om te eten en te drinken, en stonden daarna op om uitbundig feest te vieren.’¹¹

10 J. Rawls, *A theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Massachusetts 1999, p. 3.

11 Exodus 32:1-6.

Dit kalf heeft ook thans geen gebrek aan aanbidders:

‘Our central claim is that the welfare-based normative approach should be exclusively employed in evaluating legal rules. That is, 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.’¹²

In ons land is Barendrecht een geestdriftig aanhanger van deze ‘welfare-based normative approach’:

‘Systemen als het aansprakelijkheidsrecht (moeten) uiteindelijk beoordeeld worden op hun bijdrage aan het maatschappelijk welzijn: dat is de som van het welzijn van individuele mensen. De som van de manier waarop tegevoel wordt gekomen aan individuele wensen, behoeften en zorgen.’¹³

Is dit geen vooruitgang: het opruimen van ‘notions of fairness like corrective justice’ als zelfstandige factoren bij de keuze tussen twee rechtsregels?

Door een verkeersfout van A overlijdt B, een kind van vijf jaar. Hebben de ouders van B recht op vergoeding van affectieschade, het verdriet wegens de dood van hun kind? Kan de keuze tussen regel a. (geen recht op vergoeding van affectieschade) en regel b. (wél recht op vergoeding van affectieschade) worden gemaakt louter op basis van de vraag welke van beide regels leidt tot optimalisering van ‘het totale welbevinden in de samenleving’? De (rechts)economen Suurmond en Van Velthoven onderscheiden in dit verband twee functies van vergoeding van affectieschade: preventie (van ongevallen met een dodelijke

12 Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press 2002 p. 3 e.v.

13 J.M. Barendrecht, ‘Aansprakelijkheid en Welzijn’, *NJB* 2002, p. 606.

afloop) en compensatie (voor het verdriet van de nabestaanden). Zij zijn geneigd om aan de preventieve werking de grootste invloed op het maatschappelijk welbevinden toe te kennen en concluderen dat de (rechts)economische analyse steun biedt voor de gedachte om voor de vergoeding van affectieschade met vastgestelde bedragen te werken. Met het oog op preventie is voldoende als de vergoeding wordt gebaseerd op de geldwaarde van een statistisch mensenleven (€ 2 miljoen). Wordt daarentegen de blik gericht op de compensatiefunctie van vergoeding van affectieschade, dan is het door de minister van Justitie voorgestelde vaste bedrag van € 10.000 ‘waarschijnlijk te hoog’.¹⁴

Preventie en compensatie; één functie van vergoeding van affectieschade blijft buiten beeld: genoegdoening. Alom wordt erkend dat toekenning van smartengeld naast het bieden van compensatie voor de gederfde levensvreugde strekt tot honorering van de overtuiging dat de dader zijn slachtoffer (hier: de ouders van het gedode kind) genoegdoening schuldig is. Deze functie kan onmogelijk worden losgekoppeld van ‘notions of fairness like corrective justice.’ Dit pleit krachtig tegen een regel die vergoeding van affectieschade reduceert tot een automatische afschrijving van € 10.000 van de rekening van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. Van genoegdoening blijft weinig over als in rechte geen onderscheid mag worden gemaakt tussen een dader die nauwelijks verwijt treft (in een poging een plotseling overstekende Meppelse ree te ontwijken, veroorzaakt een automobilist een frontale botsing. Een van de inzittenden van een tegemoetkomende auto overlijdt als gevolg van de aanrijding.)¹⁵ en een dader die, zwaar beschonken, tachtig kilome-

14 G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1936.

15 HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331; Meppelse ree.

ter per uur door de bebouwde kom rijdend, een jonge fietser schept en na het dodelijk ongeval doorrijdt.

Kennis van het recht vergt kennis van goed en kwaad. Maar wat is goed, wat is kwaad? Een ding is zeker: het goede noch het kwade is enkelvoudig. Een goede samenleving heeft in ieder geval een driedelig doel: welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid. De lidstaten van de Europese Unie zijn ‘vastbesloten de economische vooruitgang van hun volkeren te bevorderen’.¹⁶ De Unie stelt zich ten doel ‘een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen.’ Zich bewust van haar geestelijke en morele erfgoed, vindt zij haar grondslag in ‘ondeelbare en universele waarden’, zoals de menselijke waardigheid.¹⁷

Wat ook de betekenis mag zijn van de ‘ondeelbaarheid’ van de waarden die ten grondslag liggen aan grondrechten, zoals het recht op respect voor het familie- en gezinsleven, absoluut zijn zij niet. Inmenging in het recht op respect voor het familie- en gezinsleven is toegestaan voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van (...) het economisch welzijn van het land (art. 8 EVRM).

DEELS VAN IJZER, DEELS VAN LEEM

Springen met lemen voeten; de metafoer van de lemen voeten is afkomstig uit het bijbelboek Daniël 2:31-35:

‘U, majesteit (koning Nebukadnessar), hebt een visioen gehad. U zag een groot beeld. Dat beeld was reusachtig en bezat een prachtige glans. Het stond voor u en de aanblik ervan was afschrikwekkend. Het hoofd van het beeld was van zuiver goud, zijn borst en armen waren van zilver, zijn buik en

16 Aanhef EG-Verdrag.

17 Preambule Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

lendenen van brons, zijn benen van ijzer, zijn voeten deels van ijzer, deels van leem. U zag hoe een steen losraakte, zonder dat er een mensenhand aan te pas kwam, hoe de steen tegen de ijzeren en lemen voeten van het beeld sloeg en ze verbrijzelde. Op hetzelfde ogenblik verpulverden het ijzer, leem, brons, zilver en goud. Het werd als kaf op een dorsvloer in de zomer; de wind voerde het mee, totdat er geen spoor meer van te vinden was.’

Voeten deels van ijzer, deels van leem; een solide combinatie leveren beide grondstoffen niet op. Toch is vooruitgang slechts te boeken als de rechtswetenschap gebruik maakt van inzichten ontleend aan niet-juridisch materiaal. Zoals bijvoorbeeld Hugo de Groot in zijn beschouwing over onrechtmatig veroorzaakte schade (*De damno per iniuriam dato*, *De jure belli ac pacis* II, 17). Deze tekst is de belangrijkste bron van artikel 1382 Code civil (*Tout fait quelconque de l’homme ...*) en daarmee van onze regeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Handelt iemand onrechtmatig als hij uit gierigheid weigert bijstand te verlenen aan een ander die in financiële nood verkeert? Aan een passage uit de *Ethica Nicomachea* van Aristoteles (1130a) verbindt De Groot belangwekkende conclusies over het verschil tussen een recht en een belang. De ander die in financiële nood verkeert, heeft wel belang bij, maar geen recht op, bijstand. De Groot maakt hier duidelijk dat de moraal van de barmhartige Samaritaan niet zonder meer richtsnoer kan zijn in het aansprakelijkheidsrecht.

Bij transplantatie van buiten-juridische inzichten naar het recht dreigt het gevaar van afstoting. In zijn *Reine Rechtslehre* heeft Hans Kelsen hierop gewezen:

‘In völlig kritikloser Weise hat sich Jurisprudenz mit Psychologie und Soziologie, mit Ethik und politischer Theorie vermengt. Diese Vermengung mag sich daraus erklären, dass diese Wissenschaften sich auf Gegenstände

beziehen, die zweifellos mit dem Recht in engem Zusammenhang stehen. Wenn die reine Rechtslehre die Erkenntnis des Rechts gegen diese Disziplinen abzugrenzen unternimmt, so nicht etwa darum, weil sie den Zusammenhang ignoriert oder gar leugnet, sondern darum, weil sie einen Methodensynkretismus zu vermeiden sucht, der das Wesen der Rechtswissenschaft verdunkelt und die Schranken verwischt, die ihr durch die Natur ihres Gegenstandes gezogen sind.¹⁸

Bij de combinatie van recht en economie is het niet zo zeer het verschil in methode als wel het verschil in vraagstelling dat voor problemen zorgt. De wijze waarop economen tot de conclusie komen dat de geldwaarde van een statistisch mensenleven € 2 miljoen bedraagt, is minder van belang dan de vraag waarom zij dat willen weten. Een voor economen typerende probleemstelling is de vraag: bij welke omvang van de te vergoeden affectieschade zullen automobilisten hun auto laten staan en de fiets nemen, omdat de aansprakelijkheidsverzekering te duur wordt? In het debat over het vergoeden van affectieschade is de juridische vraag van geheel andere aard: hebben ouders van een kind dat door de fout van een ander is overleden recht op enigerlei genoegdoening, zo ja, wat is daarvoor de beste vorm?

VOORUITGANG: WELZIJN, RECHTVAARDIGHEID,
MENSELIJKE WAARDIGHEID

Wat geldt in de wetenschap van het burgerlijk recht als vooruitgang? Hieraan vooraf gaat de vraag ‘Wat geldt in het algemeen als vooruitgang?’ Ik zit in een trein die klokke 12.17 uur Zwolle heeft verlaten en die met een snelheid van 120 km per uur Meppel nadert. Is dit vooruitgang? Dat hangt ervan af. Is Meppel het reis-

18 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, p. 1.

doel, dan is zeker *niet* sprake van vooruitgang. Deze trein stopt niet in Meppel. Is Groningen de bestemming, dan kan met recht van vooruitgang worden gesproken. De verwachting is gewettigd dat de trein om 13.16 uur in Groningen zal arriveren. Als het doel niet bekend is, is het onmogelijk om vast te stellen of al dan niet vooruitgang is geboekt.

Burgerlijk recht is een rijdende trein. Het reisdoel is weliswaar onbereikbaar, maar niet onbekend: de volmaakte samenleving. Welzijn, rechtvaardigheid, menselijke waardigheid; vervanging van regel a door regel b is vooruitgang als regel b deze drie doelen dichterbij brengt. Vervanging van de regel dat ouders aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door hun kinderen, tenzij zij bewijzen dat hen geen enkel verwijt trof (schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast; art. 1403 *oud* BW) door artikel 6:169 BW (risicoaansprakelijkheid) is vooruitgang. Het maatschappelijk welzijn is ermee gediend doordat tal van procedures met een onzekere uitkomst achterwege kunnen blijven. Ook indien de ouders geen verwijt treft, eist de rechtvaardigheid toch dat zij de schade dragen, en niet het slachtoffer. De menselijke waardigheid (*privacy*) komt minder in het gedrang, omdat het debat over de aansprakelijkheid niet leidt tot een proces waarin de ouders, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, moeten aantonen dat zij, ondanks hun drankzuchtig verleden, hun kind toch een goede opvoeding hebben gegeven.

Welzijn, rechtvaardigheid, menselijke waardigheid; waarom niet een ander beproefd trio: vrijheid, gelijkheid, broederschap, de laatste desgewenst in een moderne, sekseloze, versie: solidariteit? Deze drie idealen, die tijdens de Franse revolutie ter ondersteuning van hun levensbelang, werden voorzien van de toevoeging ...*ou la mort*, zijn minder geschikt als drievuldig einddoel

van het recht. De reden is dat zij onzelfstandige bestanddelen vormen van welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid. Aanhangers van een ‘welfare-based normative approach’ zullen zonder aarzeling bereid zijn vrijheid, gelijkheid en broederschap aan te wijzen als noodzakelijke middelen ter bevordering van maatschappelijk welzijn. Een moderne Kantiaan zal *onvrijheid*, *ongelijkheid* en *ongebreideld egoïsme* aanmerken als even zovele aanslagen op de menselijke waardigheid. In *A Theory of Justice* van John Rawls, ten slotte, vormt het revolutionaire trio onderdeel van zijn twee beginselen van rechtvaardigheid. Vrijheid en gelijkheid zijn de hoekstenen van zijn *First Principle*:

‘Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all.’

Solidariteit is de kern van zijn *Second Principle*:

‘Social and economic inequalities are to be arranged so that they are (...) to the greatest benefit of the least advantaged.’¹⁹

Eén maatstaf ter bepaling van vooruitgang verdient nog bespreking: rechtzekerheid. Goed en kwaad herleiden tot een reeks heldere, voor iedereen kenbare regels, daarin schuilt toch zeker een belangrijke taak van het recht? Het gebod ‘Berokken de ander geen schade’ (*alterum non laedere*)²⁰ is een goed begin, maar beter is een wettelijke bepaling die exact aangeeft wie wél en wie níet bevoegd is zijn brood te verdienen met het vullen en trekken

19 J. Rawls, *A theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Massachusetts 1999, p. 266.

20 *Digesten*, 1, 1, 10, 1.

van andermans tanden en kiezen. De bijdrage die de wetenschap op dit punt kan leveren is in kaart gebracht door Barendrecht:

‘Alleen scherpe regels bevatten werkelijk kennis over rechtvaardigheid. Daarom moet worden gestreefd naar de ontwikkeling van zo scherp mogelijke normen.’²¹

In dit licht zou de stap die de Hoge Raad, in het voetspoor van Molengraaff, zette in het arrest Lindenbaum/Cohen (ook onrechtmatig zijn daden die in strijd zijn met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt), beslist geen vooruitgang betekenen.

Probleem is dat scherpe – geschreven – normen niet stevast de voorkeur verdienen boven vage – ongeschreven – normen. Veel in het burgerlijk recht vergt situatie-ethiek. Is de eigenaar van een huis aansprakelijk wanneer een lading sneeuw van het dak glijdt en een voorbijganger verwondt? Ja, indien hij heeft nagelaten die maatregelen te nemen die een zorgvuldig mens in dezelfde situatie moet nemen ter bescherming van voorbijgangers. Hoe dik was de sneeuwlaag, hoe schuin het dak, hoe breed de stoep?²² Van vaag naar scherp is niet een koers die zonder meer kan worden aanbevolen als de weg naar vooruitgang.

GEDACHTEWISSELING MET ANDERSDENKENDEN

Duurzaam profijt kan het burgerlijk recht trekken uit een gedachtewisseling met andersdenkenden (ethici, economen, psychologen). Burgerlijk recht is intrinsiek multidisciplinair. Een

21 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer 1992, p. 77.

22 J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden, délits, unerlaubte Handlungen, torts*, Deventer 2003, p. 16 e.v.

enkel begrip is van louter juridische aard. Wat is een alternatieve verbintenis? 'Een verbintenis is alternatief, wanneer de schuldenaar verplicht is tot één van twee of meer verschillende prestaties ter keuze van hemzelf, van de schuldeiser of van een derde' (art. 6:17 lid 1 BW). De meeste begrippen hebben echter vensters die uitzicht bieden op een buiten-juridische werkelijkheid. 'Een natuurlijke verbintenis bestaat: (...) wanneer iemand jegens een ander een dringende *morele* verplichting heeft (...)' (art. 6:3 lid 2 BW). Wat is een '*economische* machtspositie', waarvan ondernemingen geen misbruik mogen maken (art. 24 Mededingingswet)? Morele verplichtingen en economische machtsposities zijn verschijnselen die meer in het bijzonder voorwerp zijn van bestudering door andere disciplines. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat die disciplines iets te weten zijn gekomen dat voor het burgerlijk recht van belang is.

De gedachtewisseling met andersdenkenden mag niet uitmonden in een reductionisme, waarbij de rechtswetenschap wordt herleid tot een vorm van, bijvoorbeeld, economie. Dat zou het geval zijn, indien de taak van het aansprakelijkheidsrecht zou worden gereduceerd tot beantwoording van de (economische) vraag: hoe houden wij de totale schadelast voor de samenleving zo laag mogelijk? Duurzaam profijt wordt slechts geboekt als de naburige wetenschapsgebieden worden geëxploiteerd als wingewest. Uit *Ons Indië* haalden wij rubber voor Nederlandse fietsbanden en cacao voor chocoladeletters, door Sint-Nicolaas uit te delen in Appingedam en Zierikzee. De rechtswetenschap doet goed dit voorbeeld te volgen. Haal uit de belendende percelen (economie, ethiek) de grondstoffen die nodig zijn voor de bouw van juridische constructies die uitzicht bieden op welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid.

CONTRACTENRECHT EN WELVAART

De geschiedenis van het contractenrecht vertelt het succesverhaal van deze grensoverschrijdende exploraties. *Pacta sunt servanda*; deze hoeksteen van het contractenrecht is niet ontleend aan het civiele recht, maar aan een naburig terrein: het canonieke recht, dat in de middeleeuwen voorwerp werd van wetenschappelijke ordening. Een tekst die betrekking had op een geschil tussen twee Noord-Afrikaanse bisschoppen over de grens van hun beider diocees²³ werd geschikt gemaakt voor receptie door het burgerlijk recht: ‘Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet’ (art. 1374 *oud* BW).

‘Spreiding van welvaart (is) voorwerp van zorg der overheid’ (art. 20 Grondwet). Het begrip ‘welvaart’ in de Grondwet omvat welvaart in materiële en immateriële zin.²⁴ Naast materiële componenten (vermogen, inkomen, koopkracht), behoren tot het welvaartsbegrip van artikel 20 ook bestanddelen van het welbevinden die niet om geld draaien. Maar hoe dan ook: een bankrekening met een duurzaam positief saldo is voor vrijwel iedereen een onmisbaar ingrediënt van zijn welzijn. De overheid kan pas overgaan tot spreiding van welvaart als de burgers die welvaart eerst hebben geschapen. Op dit punt vervult het contractenrecht een hoofdrol.

De onverbreekelijke band tussen contract en welvaart werd gesmeed door de Schotse econoom Adam Smith. Hij wees contractvrijheid aan als een der belangrijkste *Causes of the Wealth of Nations*. Kan het recht profiteren van het sedert de publicatie van de *Wealth of Nations* (1776) verdiepte economische inzicht

23 Decretalen van Gregorius IX (Liber Extra) 1, 35, 1.

24 D.E. Bunschoten, *T&C Grondwet*, 2004, aant. 2 bij art. 20.

in de relatie tussen welvaart en contractenrecht? Wat bijvoorbeeld te denken van de rechtseconomische leer van de efficiënte contractbreuk: ‘de contractuele verplichting wordt niet nagekomen terwijl dit de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart oplevert’?²⁵ Kan het recht hiermee uit de voeten? Op het eerste gezicht is de leer van de efficiënte contractbreuk een volstrekt immorele theorie die haaks staat op het beginsel: *pacta sunt servanda*. Hoe heilig is het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen?

A verbindt zich jegens B een kantoorgebouw te bouwen en ‘turn-key’ op te leveren. De overeenkomst bevat de garantie dat de gevelbeplating vrij zal zijn van filiforme corrosie (FFC). Na oplevering van het gebouw blijkt toch FFC aanwezig. Zonder FFC zou het gebouw (een beleggingsobject) een verkoopwaarde hebben van € 20 miljoen, nu bedraagt die waarde € 18 miljoen. Nakoming van het contract (algehele vervanging van de gevelbeplating) kost A € 4 miljoen. Moet de rechter het *pacta sunt servanda* zonder meer honoreren en de door B ingestelde vordering tot nakoming toewijzen? De Hoge Raad overwoog in een dergelijke zaak dat de schuldeiser kan kiezen tussen nakoming en schadevergoeding. De schuldeiser is, aldus de Hoge Raad, ‘evenwel niet geheel vrij is in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.’²⁶ Kan hier de leer van de efficiënte contractbreuk van dienst zijn? De contractuele verplichting (levering van een gebouw met een gevelbeplating vrij van FFC) wordt niet nagekomen, maar dit levert de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart op. Als de rechter de door B ingestelde vordering tot nakoming afwijst en A veroor-

25 B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer 2001, p. 142.

26 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79; Multi Vastgoed/Nethou.

deelt tot betaling van € 3 miljoen aan B, is sprake van efficiënte contractbreuk, leidend tot optimalisering van de gezamenlijke welvaart. Beiden gaan er € 1 miljoen op vooruit. Als A alsnog zou moeten nakomen, zou hem dat niet € 3 miljoen, maar € 4 miljoen hebben gekost. Nakoming zou B € 2 miljoen hebben opgeleverd (een kantoorgebouw dat thans € 18 miljoen waard is, zou dan € 20 miljoen waard zijn). B gaat er dus € 1 miljoen op vooruit als nakoming (vervanging van de gevelbeplating) achterwege blijft en hij in plaats daarvan € 3 miljoen ontvangt.

Behoudt B het recht op nakoming (vervanging van de gevelbeplating), of kan A volstaan met aanbieding van een redelijke schadevergoeding? Het vak waarin de Hoge Raad partijen laat hinkelen, wordt gevormd door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Niets verzet zich ertegen de redelijkheid aldus op te vatten dat zij ruimte biedt aan het rechtseconomische inzicht dat niet-nakoming 'efficiënt' is, als dit leidt tot optimalisering van de gezamenlijke welvaart. De rationaliteit van het contract als maatschappelijk fenomeen is immers gelegen in de mogelijkheid wederzijds voordeel te behalen.

En de billijkheid? Welk belang zou B kunnen hebben bij toewijzing van de eis tot nakoming? Nakoming levert B € 2 miljoen op; A is bereid € 3 miljoen te betalen op voorwaarde dat B afziet van nakoming. Waarom zou B dit aanbod niet accepteren? Een voor de hand liggende reden is deze: een vonnis waarbij A wordt veroordeeld tot nakoming zou B een mogelijkheid bieden tot verdere optimalisering van zijn welvaart, ten koste van de welvaart van A. Een vonnis waarbij A tot nakoming wordt veroordeeld, stelt B in de gelegenheid A het volgende voorstel te doen: nakoming kost u € 4 miljoen. Als u mij € 3,5 miljoen betaalt, zal ik afzien van tenuitvoerlegging van het vonnis. Ook in dat geval is sprake van optimalisering van de gezamenlijke welvaart. Ver-

geleken met de situatie waarin het contract alsnog deugdelijk zou worden nagekomen, gaat zowel A als B erop vooruit. De verdeling van de welvaartsverbetering is dan echter aanmerkelijk minder evenwichtig: € 0,5 miljoen voor A en € 1,5 miljoen voor B. Is dat wel billijk? Een door rechtseconomen afgewezen *notion of fairness* betreedt onstuitbaar het speelveld.

CONTRACTENRECHT EN RECHTVAARDIGHEID

De Europese Unie huldigt het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging (art. 4 EG). In *A More Coherent European Contract Law: An Action Plan* heeft de Europese Commissie daar recent nog eens op gehamerd:

‘Contractual freedom should be the guiding principle; restrictions should only be foreseen where this could be justified with good reasons.’²⁷

Een breed samengestelde *Study Group* van Europese civilisten heeft onder voorzitterschap van de Amsterdamse hoogleraar Hesselink het *Action Plan* inmiddels onder vuur genomen met behulp van een heus manifest, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*:

‘First, at bottom, there is the issue of fairness or social justice. The chosen market order has to embrace and protect a distributive pattern of outcomes that ensures fair treatment for every European citizen, and guarantees that the rules of the market system do not permit exploitation and social exclusion.’²⁸

27 Brussel 12.2.2003 COM/2003/68 final, para. 62.

28 *European Law Journal* 10 (6) 2004, p. 664.

Het valt niet te ontkennen: het burgerlijk recht wordt in toenevende mate geconfronteerd met vragen van verdelende rechtvaardigheid. Ook het traditionele bolwerk van de ruilrechtvaardigheid, het contractenrecht, ontkomt daaraan niet. Het manifest van Hesselink c.s. bevat nog geen uitgewerkte theorie over de beginselen van *social justice* die richtsnoer zouden moeten zijn bij de verdere ontwikkeling van het contractenrecht. Het blijft in hoofdzaak beperkt tot de oproep dat ‘the rules of the market system do not permit exploitation and social exclusion’. Dit doet denken aan het manifest der manifesten, Karl Marx’ *Manifest der Kommunistischen Partei*:

‘Diese Arbeiter, die sich stückweise verkaufen müssen, sind eine Ware wie jeder andere Handelsartikel und daher gleichmässig allen Wechselfällen der Konkurrenz, allen Schwankungen des Marktes ausgesetzt.’

Het verbod op kinderarbeid en het wettelijk minimumloon zijn verworvenheden uit de nalatenschap van Marx. Een rustig bezit zijn zij niet. Het verdwijnen van de textielindustrie naar ‘kinderarbeidvriendelijke’ landen als India en Bangladesh en het verschijnen van Poolse bouwvakkers die zich op <www.polishjob-service.nl> aanbieden voor € 13 per uur, vormen het bewijs dat een open markt zich niet zonder slag of stoot schikt in de haar door Hesselink c.s. toegedachte ‘role in securing distributive justice for the citizens of Europe.’

Civilisten kunnen belangrijke vooruitgang boeken door gedachtewisseling met John Rawls. Diens *A Theory of Justice* bevat als richtsnoer voor verdelende rechtvaardigheid het *Difference principle*:

'Social and economic inequalities, for example inequalities of wealth and authority, are just, only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of society.'²⁹

Strookt het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging (art. 4 EG) met het difference principle? Vrije mededinging is toch juist gericht op het scheppen van 'inequalities of wealth'? De vindingrijken rijker. De uitvinding van de *compact disc* heeft de producenten van vinylplaten brodeloos gemaakt. In de theorie van Rawls is het stelsel van vrije mededinging niettemin rechtvaardig als het 'compensating benefits' biedt 'for everyone, and in particular for the least advantaged members of society'. Voor de producent van traditionele grammofoonplaten bevat de uitkomst van de vrije mededinging een leerrijke boodschap: het vinyltijdperk is voorbij. Investeer in iets nieuws, de *iPod* bijvoorbeeld, een product dat de draagbare cd-speler van de markt verdringt. Biedt het stelsel van vrije mededinging de minstbedeelden voldoende compenserende voordelen voor het in het oog lopende verschil in besteedbaar inkomen tussen hen en de *Chief Executive Officer* van Koninklijke Philips Electronics NV? In ieder geval kan worden geconstateerd dat het besteedbaar inkomen van de laagstbetaalde burgers van de Europese Unie in het algemeen gunstig afsteekt bij dat van hun lotgenoten in landen waar op meer fundamentalistische wijze uitleg wordt gegeven aan de nalatenschap van Marx (Cuba, Noord-Korea).

29 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Massachusetts 1999, p. 13. In *Justice as Fairness, A Restatement*, Cambridge, Massachusetts 2001, p. 42, heeft Rawls de formulering van het *difference principle* licht gewijzigd: 'Social and economic inequalities (...) are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society.'

Social justice in European contract law is een belangrijk thema dat terecht door Hesselink c.s. op de agenda is geplaatst. Het vergt voortgezette gedachtewisseling met politiek filosofen als John Rawls; niet om diens theorie klakkeloos over te nemen, wel om verbeterde versies of radicale alternatieven te ontwikkelen.

BURGERLIJK RECHT EN MENSELIJKE WAARDIGHEID

Het aanmerken van de opvoedingskosten van een kind dat zonder de fout van een arts niet zou zijn geboren als schade, is niet in strijd met de waardigheid van het kind als mens, aldus de Hoge Raad.³⁰ De Duitse overheid mocht de contractvrijheid inperken door het verbod aan een exploitant van een *Laserdrome* om bezoekers tegen betaling in de gelegenheid te stellen elkaar met laserstralen uit de loop van een machinepistool ‘virtueel’ dood te schieten. De menselijke waardigheid kan niet omwille van vermaak worden opgeofferd.³¹ De Franse overheid maakte geen ontoelaatbare inbreuk op de contractvrijheid door een man met een lengte van 1 meter 14 te verbieden zich in discotheken tegen betaling beschikbaar te stellen voor een uit de Verenigde Staten en Australië overgewaaide vermakelijkheid die bekend staat als ‘dwergerwerpen’ (*dwarf-tossing*). Respect voor de menselijke waardigheid rechtvaardigde dit verbod.³²

De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd, zo bepaalt artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De *tra-*

30 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145; *Wrongful Birth*.

31 Bundesverwaltungsgericht, te kennen uit HvJ EG 14 oktober 2004, *NJ* 2005, 295; *Omega Spielhallen*.

32 United Nations Human Rights Committee, Communication No. 854/1999: France. 26.7.2002. CCPR/C/75/D/854/1999.

vaux préparatoires bevatten een aanwijzing omtrent de betekenis van menselijke waardigheid. Zij is niet slechts zelf een fundamenteel recht, zij is tevens de grondslag van alle andere fundamentele rechten. Zo opgevat, bestrijkt het begrip ‘menselijke waardigheid’ een zeer uitgestrekt, grotendeels braakliggend, terrein dat snakt naar de ploeg van rechtsgeleerd onderzoek.

Twee typen van menselijke waardigheid moeten worden onderscheiden. In de eerste plaats kan het begrip ‘menselijke waardigheid’ in verband worden gebracht met het uit de oudheid stammende begrip *dignitas* (status, goede naam, eerbaarheid). In de tweede plaats is er het begrip ‘menselijke waardigheid’ dat in de achttiende eeuw door de verlichtingsfilosofen een andere lading heeft gekregen: zelfbeschikking, autonomie. Aldus bijvoorbeeld Kant: *‘Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen Natur.’*³³

Beide typen menselijke waardigheid kwamen aan bod in de zaak van het dwergwerpen. De Franse overheid bracht naar voren dat dwergwerpen een vermakelijkheid is die strijdig is met de menselijke waardigheid als onderdeel van de openbare orde. Manuel Wackenheimer, de man van 1 meter 14, voerde aan dat het verbod zijn menselijke waardigheid schond doordat hij werd beroofd van zijn vrijheid om zelf zijn loopbaan te kiezen. Het United Nations Human Rights Committee kende aan het eerste type menselijke waardigheid in dit geval een groter gewicht toe:

‘The Committee considers (...) that the ban on dwarf tossing did not constitute an abusive measure but was necessary in order to protect public order, which brings into play considerations of human dignity that are compatible with the objectives of the Covenant.’

33 Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga 1785; Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1965, p. 60.

Menselijke waardigheid opgevat als autonomie gaf daarentegen de doorslag in de *opinion* van Lord Millett in een Engelse *Wrongful Birth*-vordering (de ouders van een kind dat door een sterilisatiefout van de arts is geboren, eisen schadevergoeding):

'I still regard the proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz the right to limit the size of their family. This is an important aspect of human dignity, which is increasingly being regarded as an important human right which should be protected by law.'³⁴

Autonomie speelt ook een belangrijke rol in het Nederlandse Kelly-arrest. Kelly komt ernstig gehandicapt ter wereld. Als de verloskundige geen fout zou hebben gemaakt, zou een erfelijke afwijking aan het licht zijn getreden en zou Kelly's moeder hebben besloten tot abortus. De Hoge Raad is van oordeel dat de moeder recht heeft op toekenning van een vergoeding voor immateriële schade. Deze toekenning berust niet daarop dat het bestaan van Kelly voor de moeder een bron van leed is, maar op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee er niet voor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht, aldus de Hoge Raad.³⁵

Autonomie is een oude, beproefde leidraad die nog lang niet aan zijn eind is. De draad moet verder worden gesponnen, in het voortschrijdend besef dat autonomie wat anders is dan egoïsme en ongebreideld eigenbelang. Autonomie als richtsnoer is zeer

34 *Darlington Memorial Hospital v. Rees*, 2004, 1 AC 309.

35 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42.

wel verenigbaar met de ontwikkeling van een contractmodel dat minder antagonistisch is, en meer is gericht op coöperatief gedrag van partijen (rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander).³⁶

Ook buiten het contractenrecht bepaalt autonomie het perspectief. Niet slechts Kelly's moeder, die in een contractuele relatie stond met het ziekenhuis waar de verloskundige werkzaam was, heeft recht op schadevergoeding; ook Kelly zelf slaagt in haar vordering tot vergoeding van schade op grond van de door de verloskundige jegens haar gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad is van oordeel dat door toekenning van een vergoeding aan Kelly niet tekort wordt gedaan aan haar menselijke waardigheid, maar dat zij daardoor 'juist in staat wordt gesteld zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden'. Bij geestelijk en lichamelijk gehandicapten zal die menswaardigheid vooral zijn gelegen in het veroveren van een zo groot mogelijke autonomie (zelfstandig wonen in een begeleide woonomgeving).

REFLEXION AUF EIGENES TUN

De gedachtewisseling met andere disciplines is nog in ander opzicht winstgevend. Zij dwingt de civilist tot een *Reflexion auf eigenes Tun* (Larenz).³⁷ De eigen aard van het burgerlijk recht komt scherper naar voren in contrast met andere disciplines. 'Als de rente daalt, stijgen de prijzen.' Deze economische wet vertoont enige uiterlijke gelijkenis met de civielrechtelijke regel 'Als door een onrechtmatige daad schade wordt toegebracht, is de dader verplicht de schade te vergoeden.' Toch is sprake van een wereld

36 B. Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Wien 2002, p. 532.

37 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1975, p. 226.

van verschil. Het door de economie ontdekte verband tussen rentedaling en prijsstijging vertoont veel meer gelijkenis met een natuurkundige wet: 'Als het regent, worden de pannen nat'. Het verband tussen onrechtmatige daad en schadevergoeding is van geheel andere aard. Vergoeding van schade is niet een *feitelijk* gevolg van de onrechtmatige daad, maar een *rechtsgevolg*. De dader is *verplicht* de schade te vergoeden; laat hij dit na, dan is de benadeelde gehouden een rechtsvordering in te stellen.

Ook de beantwoording van de vraag of sprake is van een onrechtmatige daad is van volstrekt andere orde dan de vaststelling dat het regent en de rente daalt. De onrechtmatigheid kan niet worden vastgesteld, los van de rechtsverhouding van dader en benadeelde. De benadeelde die heeft aangetoond dat de dader heeft gehandeld in strijd met de wet, heeft daarmee nog niet de horde van het onrechtmatigheidsvereiste genomen. Hij kan nog worden geconfronteerd met een beroep van de dader op de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Civielrechtelijke zelfkennis door confrontatie met andere disciplines; deze constatering wordt niet weerlegd door de beschouwingen van Weinrib over *Private Law as a Self-Understanding Enterprise*:

'Private law is an exhibition of intelligence that operates through reflection on its own intelligibility. In resolving controversy private law refers to its own ensemble of concepts, doctrines, and institutions, determines the meaning of that ensemble in specific situations, and attempts to maintain the mutual coherence of the ensemble's components.'³⁸

De civielrechtelijke *reflection on its own intelligibility* wordt absoluut niet gehinderd door gedachtewisseling met andere discipli-

38 E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press 1995, p. 14 e.v.

nes, zoals economie. Integendeel, de wetenschap van het burgerlijk recht kan grote sprongen voorwaarts maken op voeten die deels van economie zijn. Voorwaarde is wel, dat die voeten passen binnen het hinkelspel rond de boom van goed en kwaad.

Voortschrijdend inzicht in de optimale verhouding tussen burgerlijk recht enerzijds en welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid anderzijds; daarin schuilt de vooruitgang in de wetenschap van het burgerlijk recht. Het burgerlijk recht dat samen met het dubbel boekhouden kan worden aangemerkt als *eine der schönsten Erfindungen des menschlichen Geistes*.³⁹

39 Voor het dubbel boekhouden zie Goethe, *Wilhelm Meisters Lehrjahre*, Boek I, hoofdstuk 10.

EENHEID DER WET

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 erfdiensbaarheden kan het trefwoordenregister raadplegen (erfdeel, erfdiensbaarheid, erfenis). Hij kan ook systematischer te werk gaan en zoeken in Boek 5 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 uitspannel 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 artikel 3:61 (ontoe-reikende volmacht) en artikel 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?

AFWEZIGHEID VAN TEGENSpraak

Paul Scholten wijdt in zijn *Algemeen Deel* belangwekkende beschouwingen aan ‘De eenheid der wet’ (par. 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 uit-

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

2 Paul Scholten, *Algemeen Deel* (1931), Zwolle 1974, p. 45.

spraak 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 artikel 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 firmitat regulam*. Door een bepaling aan te merken als uitzondering wordt het bestaan van de andersluitende hoofdregel bevestigd.

Scholtens 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 er niet toe 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 meegesleurd en met beide

benen onder het treinstel terechtgekomen. De trein is na enkele tientallen meters weer tot stilstand gekomen doordat aan de noodrem werd 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 artikel 11 Wet Algemene Bepalingen, vormde het hof zich een oordeel over de innerlijke waarde en billijkheid van artikel 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 artikel 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. Artikel 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 'onaanvaard-

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

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

baarheidstoets' van artikel 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 artikel 11 Wet Algemene Bepalingen en artikel 6:248 lid 2 BW onderling op gespannen voet staan, is geen bedreiging voor de eenheid van het recht. Integendeel, doordat zij elkaars tegenhanger vormen, versterken zij het evenwicht.

Scholtens constatering dat de eenheid der wet eist dat de wetgever zichzelf niet tegensprekt 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.

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 rechts-historische 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:

'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. 3:61 lid 2 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.' (art. 6:34 lid 1 BW)

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

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

men dat de ander bevoegd was (tot vertegenwoordiging; tot inontvangstneming van een betaling), verdient bescherming als deze veronderstelling onjuist blijkt te zijn. Wel is sprake van een opvallend verschil. In artikel 3:61 is ter aanvulling van het vertrouwensbeginsel nog een beginsel werkzaam dat in artikel 6:34 lijkt te ontbreken: het toedoenbeginsel. Voor een geslaagd beroep op artikel 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 artikel 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 artikel 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 artikel 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 artikel 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 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

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

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

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

Artikel 3:61 lid 2 (onjuiste voorstelling omtrent de omvang van de volmacht) en artikel 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 artikel 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

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

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. Aangesproken 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 vast komen 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 artikel 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 'risicosferen'. Hierbij zijn 'toedoen' en 'schuld' factoren die naast andere omstandig-

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

10 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 442.

heden bepalen aan wie moet worden toegerekend dat vertrouwen is ontstaan dat niet met de werkelijkheid strookt.

Ook met betrekking tot artikel 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 Bloembergen 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 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.

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

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. Artikel 6:37 verleent hem hiertoe de bevoegdheid.

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

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

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 artikel 6:74 BW een ziekenhuis veroordeeld tot vergoeding van de volledige schade van mevrouw A, die beide 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 hiervoor). Zijn eerste inval is de wet te volgen en op de voet van artikel 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: artikel 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.'

13 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1974, p. 12.

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 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 scheme of basic liberties compatible with a similar scheme of liberties 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 infringements of the basic equal liberties protected by the first principle cannot be justified, or compensated for, by greater social and economic advantages.'¹⁴

14 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Massachusetts 1999, p. 53 e.v.

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, weldoer-voede slaven hun dagen en nachten slijten met zang, dans en sna-renspel.

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 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.'¹⁵

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)¹⁶ als volgt te werk gaan. Na te hebben gecon-

15 *A Theory of Justice*, p. 30.

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

stateerd dat de interpretaties alle drie 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 'enkelvoudigheid' 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 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 republiekin de rijtoer als een vrolijke noot ervaren.

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 gebruikmaakt van de hulp van andere personen? Bovendien is hier sprake van een geheid begin-

sel van vergeldende rechtvaardigheid. Is de conclusie niet onontkoombaar: artikel 8:383 lid 2 vormt een ontoelaatbare inbreuk op de eenheid van het Burgerlijk Wetboek?

Artikel 8:382 lid 2 is een *Legal Transplant* (Alan Watson).¹⁷ Het is ontleend aan de *Hague-Visby Rules*, een in Brussel gesloten (1924) en aldaar gewijzigd (1968) verdrag. Het verdrag moet ingevolge artikel 8:371 BW in de daar aangegeven – 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 onduldbare 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.

LEGAL IRRITANTS

Het Burgerlijk Wetboek heeft de transplantatie van de *Hague-Visby Rules* zonder problemen overleefd. Andere *Legal Trans-*

17 Zie Alan Watson, *Legal Transplants*, tweede druk, Athene en Londen 1993.

plants 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 overleg-

economie (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.’¹⁸

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.’¹⁹

Zijn in het Nederlandse recht *legal irritants* werkzaam? We zouden kunnen denken aan artikel 6:188 BW dat strekt tot implementatie van artikel 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 artikel 4 van de Richtlijn het einde van de ruimhartige wijze waarop artikel 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

18 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.

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

tonen welke producent het geneesmiddel in het verkeer had gebracht dat in hun geval de schade had veroorzaakt.²⁰ 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 artikel 6:185 e.v.²¹ Mocht de verwachting van Hartkamp uitkomen, dan zou dit bijzonder irritant zijn; dat wel. Maar het gaat wel erg ver om te veronderstellen 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.

LEVEND EN STERVENDE 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:

20 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535.

21 Asser-Hartkamp 4-III, nr. 211.

‘Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich mit diesem aus, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.’²²

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 zieleven haar geest. Om de wet naar de eis te interpreteren heeft de jurist dus, voor zover haar tekst het toelaat, de spanningen te temperen, door de tijd tussen de formules van het positieve recht en de geboden der gerechtigheid opgewekt.’²³

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)

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 artikel 2014 wordt beschermd.²⁴ 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

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

23 J.Ph. Suyling, *Levend en stervend recht*, Haarlem 1947, p. 4.

24 HR 14 december 1900, W 7536.

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.²⁵

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.²⁶ Het Hof oordeelde dat dergelijke discriminatoire bepalingen in strijd waren met artikel 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.

25 Zie voor een recent voorbeeld, *Vo v. France*, 8 july 2004, Application no. 53924/00.

26 *Marckx v. Belgium*, 1979, 6833/74, *ECHR* 2.

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.’

In dubbel opzicht lijkt het beroep op artikel 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 artikel 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 artikel 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 artikel 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.²⁷

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 artikel 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 artikel 5:1 BW daaraan hecht, maar wel een 'goed' als bedoeld in artikel 3:1 BW. 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn goederen', zo dient de aanhef van artikel 1 EP te worden gelezen.

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 kippenviel, omdat 'constitutionalisering' bij hen het beeld oproept van een publiekrechtelijke aan-

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

slag 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.²⁸ 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 vóóordat zij door enige machthebber zijn geformuleerd.²⁹ Ook vóór inwerkingtreding van artikel 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.

28 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928; Edamse bijstandmoeder.

29 P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1974, p. 28 e.v.

DRIE-EENHEID

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.

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.’³⁰ 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 wél 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*).³¹

Ieder het zijne; het lijkt een grijsgedraaide deun, maar de vraag wat eenieders ‘zijne’ is, leidt nog dagelijks tot verhit debat. Behoort het recht op schadevergoeding tot het *ius suum* van een

30 P. Birks ed., *English Private Law I*, Oxford 2000, p. xlvii.

31 *Instituten*, I, 1, aanhef.

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 driedledige 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*).³² Personen, goederen, middelen; deze drie vormen de coördinaten om te bepalen wat het 'zijne' is dat aan een ieder moet worden toegeëld. De Leidse hoogleraar Vinnius heeft reeds in de zeventiende 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.³³ 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 genoeg 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 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

32 *Instituten*, I, 2. 12.

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

gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaats-gegrepen. 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 voor, 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 eenieder in rechte aanspraak kan maken. Het 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; Kelly was als ongeboren vrucht al *persoon* met wiens belangen de verloskundige rekening diende te houden. Met verwijzing naar artikel 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, voor zover 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 artikel 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.³⁴

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: drie-eenheid.

34 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42; Kelly.

DE CONSTITUTIE VAN HET BURGERLIJK RECHT

DE HOEKIGE VERHOUDING VAN CONSTITUTIONEEL EN BURGERLIJK RECHT

Staat en maatschappij; zij zijn hecht met elkaar verbonden. Maar hoe? 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 Wim 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 'zogenaamde' horizontale werking van grondrechten,¹ 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 enkele jaren geleden in Bremen gehouden congres? Zijn contract en eigendom als autonome

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*, preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1986.

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 fundamentalistisch islamitische Iran bijvoorbeeld, kunnen in rechte afdwingbare overeenkomsten worden gesloten. Vormt het bestaan van een *Lex Mercatoria*² 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 eigen, ijzeren 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. Artikel 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 absoluutheid van het recht van de eigenaar, die met moderne opvattingen omtrent eigendom moeilijk zou zijn te verenigen'.³ Het tweede lid van artikel 5:1 BW onderwerpt

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

3 Parl. Gesch. Boek 5, p. 27.

vervolgens de bevoegdheden van de eigenaar aan een reeks beperkingen: ‘Het staat de eigenaar met uitsluiting van ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.’

In een nog nieuwer burgerlijk wetboek, het *Bô Luât Dân Su* van de Socialistische Republiek Vietnam 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 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 volstrekte wijze”, maar te zijn vervluchtigd tot een schim, die doelloos rondspookt door de veelvuldige en veelvormige instituten waarin op uiteenlopende wijzen de maatschappelijke verhoudingen en functies tussen mensen en dingen rechtens zijn geregeld.’⁴

4 *RM Themis*, 1976, p. 241.

Slagter concludeert: 'De eigendomsstructuur is eigenlijk weinig fundamenteel als criterium voor onderscheiding tussen het kapitalistische en het socialistische stelsel.'⁵ Van der Vens 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 prijst 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 riantes, 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:

'À côté de nous, un peuple industriel, 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.'⁶

Reeds een eeuw eerder had de Engelse politiek 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.'⁷ 'Putting *themselves* under Government'; niet God, maar de mens zelf, schiept zijn over-

5 *RM Themis*, 1976, p. 288.

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

heid.⁸ 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: machtscheiding ('*Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, n'a point de Constitution.*'⁹) en proclamatie van grondrechten, aanspraken van burgers om gevrijwaard te blijven van inmenging door de overheid.

GRONDRECHTEN ALS 'WERTSYSTEM'

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 ongeschre-

7 John Locke, *Two treatises of Government, second treatise (essay concerning the true original, 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 fait les Rois pour tenir Sa place au dessus des hommes, il ne les élève à ce rang que pour le faire regner lui-même.'

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

ven 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 derden. In een glazen kooi kan niemand leven. De in artikel 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 onthullingen 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 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 ordne public – im weiten Sinne – bilden. (...) Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden.'¹⁰

10 Bundesverfassungsgericht 15 januari 1958, BverfGE, 1958, p. 198.

Grondrechten als ‘Wertsysteem’, als systeem van waarden dat het gehele recht, met inbegrip van het burgerlijk recht, in zijn greep houdt,¹¹ 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.’¹² Niet minder, maar zeker niet meer. Toch rijst de vraag of de Hoge Raad deze eendimensionale visie op de werking van grondrechten deelt. Kortmann verwijst naar het Valkenhorst-arrest. Daarin heeft de Hoge Raad beslist 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 verborgen te houden, moet (...) worden geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert.’¹³ Het recht op respect voor het privéleven 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’.

11 Toch zijn er ook louter ‘verticale’ grondrechten, die uitsluitend voor de overheid verplichtingen scheppen. Zo bijvoorbeeld art. 5 Grondwet. Op grond van deze bepaling is de overheid gehouden schriftelijke verzoeken in ontvangst te nemen en ervan kennis te nemen. Particulieren zijn niet verplicht kennis te nemen van tot hen gerichte 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.

Het algemene persoonlijkheidsrecht als grondslag van grondrechten; is deze voorstelling van zaken niet al te diepgaarend? 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 artikel 1 Grondwet (non-discriminatie) en artikel 1:1 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek ('Allen 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 eerst 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.¹⁴ 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 seauton*); deze les, eens gebeiteld in de gevel van de Apollo-tempel te Delphi, staat thans nog gegrift in de geest van de moderne Europeaan.¹⁵ 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.

14 Dit is inmiddels geschied; zie art. 3 lid 2 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

15 Zie conclusie voor het in noot 13 aangehaalde arrest.

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 Erp. Het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft het eigendomsrecht sterk 'verzakelijk'. 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: schapenhouder 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 onteigening vorderde. De

huidige Grondwet legt alle nadruk op het vooraf verzekeren van een adequate schadevergoeding (art. 14).¹⁶

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. Artikel 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 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.’

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.

16 Zie Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, hoofdstuk 20.

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 verdeelende (distributieve) en de vergeldende (correctieve) rechtvaardigheid.¹⁷ 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 kerstrappen kan Wim besluiten Berend en Carel mee te nemen op een wintersportvakantie en Albert aan te melden voor een bijles cursus 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 over blijven zal hij de koffer toewijzen aan Berend en de rugzak aan Carel. Dit is verdeelende rechtvaardigheid.

Heeft de verdeling eenmaal plaatsgevonden, dan komt vervolgens de vergeldende rechtvaardigheid aan bod. Zij dient ertoe verstorings van de aanvankelijke verdeling 'recht te zetten' (Aristoteles noemde dit type van rechtvaardigheid het 'rechtzettende'; *dikaion diorthotikon*). Deze vorm van rechtvaardigheid geschiedt '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 scherven door een onhandigheid van Berend. Als Wim beslist dat Berend

17 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V, ii (1130 b).

de schade (€ 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: pizzakoerier) 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 verbintnissenrecht 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.¹⁸ Hij constateert ernstige grensschendingen: de opmars van de verdelende gerechtigheid binnen het verbintnissenrecht, culmineerend in het algemene matigingsrecht van artikel 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 wanpreserende contractspartij, van een redelijk bestaansminimum kan bezwaarlijk een verplichting van het slachtoffer worden genoemd.’¹⁹

18 C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht*, rede Groningen, Deventer 1973, p. 5. Brunner verwijst naar G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, achte Auflage, Stuttgart 1973, par. 4: ‘Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit im Verhältnis der Nebenordnung, die austeilende Gerechtigkeit will im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung gelten. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts.’

19 De in de vorige noot vermelde rede, p. 17.

Niet alleen het draagkrachtbeginsel, ook andere aspecten van de verdelende rechtvaardigheid hebben hun stempel gezet op het verbintenissenrecht. De keuze van de wetgever dat dezelfde onrechtmatige daad (een voetbal door een winkelruit), 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 uiterst misleidend als zij wordt ingezet ter karakterisering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

‘A FAIR BALANCE’; DISTRIBUTIEVE GEDACHTEN UIT STRAATSBURG

‘Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions’ (art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM). Grootste belager van dit vredig genot is niet de inbreker of de zakkenroller, maar de overheid. Elke staat heeft het gemunt op het vermogen van zijn burgers. Nederland vormt daarop geen uitzondering. Soms gaat de overheid daarin te ver en wordt zij teruggefloten door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg. Ook daarover weet Nederland mee te praten. Nederland werd veroordeeld wegens schending van artikel 1 Protocol toen het een greep deed in de geldbuidel van een ongehuwde, kinderloze man, ouder dan 45 jaar, ter betaling van zijn bijdrage ingevolge de Algemene kinderbijslagwet, een bijdrage waarvan ongehuwde, kinderloze vrouwen, ouder dan 45 jaar, waren vrijgesteld.²⁰

20 EHRM 21 februari 1997, Van Raalte/The Netherlands; *RJ&D* 1997-1 (29), p. 173.

Moderne rijkdom bestaat steeds minder uit ‘zaken’, stoffelijke voorwerpen van roerende of onroerende aard; publiekrechtelijke vergunningen vormen inmiddels een belangrijk bestanddeel van het bedrijfskapitaal. Een vergunning tot exploitatie van een benzinepomp zal vaak een hogere vermogenswaarde opleveren dan de eigendom van veertig hectare bosgrond. Dit betekent niet dat de in het Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1992 geregelde eigendomsfiguur, die slechts betrekking heeft op stoffelijke voorwerpen, irrelevant is geworden. Het betekent wél dat terzake van rechtsvorderingen tot vergoeding van een door de overheid veroorzaakte aantasting van het vermogen, steeds vaker een beroep zal worden gedaan op de Europese eigendomsfiguur van artikel 1 Protocol EVRM. Dit artikel is, in beleggerstermen, een geheid groeifonds.

Iedere overheid is genoodzaakt van haar onderdanen offers te vragen ter behartiging van het algemeen belang. De van hogerhand opgelegde offers vallen te onderscheiden in twee typen: *met* vergoeding en *zonder* vergoeding. Beide typen zijn reeds geschetst in een veel ouder document over de rechten van de mens, de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789.

De overheid vraagt van landbouwer A een offer: afstand van tien procent van zijn land. Daarop zal een gedeelte van een hogesnelheidspoorlijn worden aangelegd om zo de reistijd tussen Amsterdam en Brussel met een half uur te bekorten. Eigendom, *étant un droit inviolable et sacré*, mag aan citoyen A niet worden ontnomen dan *sous la condition d'une juste et préalable indemnité*.

Diezelfde overheid vraagt ook van werknemer B een offer: afstand van een deel van zijn loon. Om de staatskas op een soepel verlopende wijze te vullen, houdt de werkgever reeds bij gelegenheid van de uitbetaling van het loon een deel daarvan in ten gerieve van de fiscus. De omvang van het aan werknemers ont-

nomen deel van hun loon – waarvoor zij uiteraard geen rechtstreekse schadeloosstelling ontvangen – wordt bepaald *en raison de leurs facultés*; belasting naar draagkracht.

Het recht met betrekking tot de door de overheid gepleegde aanslagen op het vermogen van haar burgers wordt beheerst door twee, reeds in de *Déclaration* van 1789 verankerde, beginselen: het compensatiebeginsel en het draagkrachtbeginsel. Beide beginselen rusten op hun beurt op een onvergankelijk moreel fundament, in de jaren rond 1789 verwoord in het derde gebod van de revolutie: *Fraternité*.

Solidariteit, deze van oorsprong vreemde eend in de bijt van het burgerlijk recht, heeft zich daar inmiddels blijvend genesteld. De Code civil van 1804 oogt nog vooral als handboek voor de belegger. Ruim tweederde deel van zijn artikelen heeft als opschrift: *des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Thans, twee eeuwen later, heeft de solidariteitsgedachte vrijwel overal in het burgerlijk recht vaste voet verworven als *overriding obligation*, als eis van redelijkheid en billijkheid die grenzen stelt aan de behartiging van het eigenbelang, hoe welbegrepen ook.

A die, tezamen met enkele anderen, in de toevallige omstandigheid verkeert dat zijn land is gelegen in het tracé van de nieuwe spoorlijn, zou worden geconfronteerd met een buitensporige last als hij, zonder compensatie, een deel van zijn eigendom zou moeten afstaan ten behoeve van een collectief goed: het openbaar vervoer. Solidarisering van A's eigendomsverlies is een eis van sociale rechtvaardigheid. Voor werknemer B liggen de zaken anders. Als hij in het kader van de belastingheffing een deel van zijn loon moet afstaan, doet hij dit tezamen met eenieder die uit arbeid of uit anderen hoofde een inkomen geniet dat hem in staat stelt, in evenredigheid met zijn draagkracht, een bijdrage te leveren aan de financiering van publieke diensten die

aan iedereen, dus ook aan hem, ten goede komen: gezondheidszorg, onderwijs, enzovoort.

Rechtseconomische overwegingen leiden nog tot nadere verfijning van de solidariteitseis: spreid de kosten niet over *iedereen*, maar over hen die profiteren van de activiteiten die deze kosten hebben veroorzaakt. Breng de schade die A lijdt door het verlies van tien procent van zijn land niet ten laste van de algemene middelen, maar breng haar in rekening van het vervoerbedrijf dat gebruikmaakt van de nieuwe spoorlijn. Dit bedrijf zal deze kosten vervolgens doorberekenen in de prijs van het treinkaartje. Zo wordt bereikt dat de compensatie voor het verlies van A wordt gesolidariseerd binnen de groep die van deze eigendomsontneming profiteert: reizigers die graag een halfuur eerder in Brussel zijn: *Qui habet commoda, debet ferre onera*.

De Nederlandse Hoge Raad heeft enkele jaren geleden een arrest gewezen waarin artikel 1 Protocol een hoofdrol speelt.²¹

De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) kort varkenshouders in hun 'varkensrechten'. Bescherming van het milieu tegen niet-plaatsbare mestoverschotten staat hierbij voorop. De omvang van deze korting bedraagt tien procent. Wie beschikte over een vergunning om honderd varkens op zijn bedrijf te houden, mag voortaan nog slechts negentig varkens voorbereiden op hun uiteenlopende eindbestemming: kotelet, ontbijtspek, gehaktbal. Zeven varkenshouders vorderen dat de Whv buiten toepassing blijft, zolang niet is voorzien in een voldoende, althans adequate, schadevergoeding. Zij beroepen zich op artikel 1 Protocol en voeren aan dat hun varkensrechten, die (beperkt) overdraagbaar zijn hebben te gelden als vermogens-

21 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469.

rechten, en als zodanig moeten worden aangemerkt als 'property' zoals bedoeld in artikel 1 Protocol.

De verstoring van de 'peaceful enjoyment of possessions' kan, blijkens tekst en structuur van artikel 1, twee vormen aannemen: ontneming van eigendom (*deprivation of property*; lid 1) en regulering van het gebruik van eigendom (*control of the use of property*; lid 2). De tweede vorm klinkt onschuldiger dan de eerste, maar kan niettemin zeer ingrijpende financiële consequenties hebben. Veel eigenaren zullen liever vernemen dat tien procent van hun land aan hen wordt ontnomen, dan te horen krijgen dat zij hun percelen in volle omvang mogen behouden, maar wel slechts als bosgrond en niet als bouwgrond voor de aanleg van een golfbaan met bijpassende Country Club.

Is de korting van tien procent van de varkensrechten *ontneming* van eigendom, of *regulering van het gebruik* van eigendom? De Hoge Raad kiest, geïnspireerd door de rechtspraak van het EHRM, voor het tweede alternatief: bij een (gedeeltelijke) intrekking van een vergunning vormt niet de vergunning zelf het aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming, maar het met die vergunning uitgeoefende bedrijf. Hun bedrijf werd de varkenshouders door de wettelijke maatregelen niet ontnomen. Ook de omstandigheid dat de varkensrechten (beperkt) overdraagbaar zijn, voert, aldus de Hoge Raad, niet tot de conclusie dat sprake is van ontneming van eigendom.

Als beoordelingskader resteert dan nog slechts de tweede vorm van inbreuk op het ongestoord genot van eigendom: regulering van het gebruik. Zij is slechts toegestaan voor zover de overheid niet is tekortgeschoten in haar natuurlijke rol als koorddanseres en zij een *fair balance* heeft weten te bereiken tussen het algemeen belang (hier: de bescherming van het milieu) en de de bescherming van individuele rechten (hier: de rechten

van de individuele varkenshouders). Een *fair balance* ontbreekt, aldus de Hoge Raad, wederom in het voetspoor van Straatsburgse jurisprudentie, als sprake is van een *individual and excessive burden*.

Het Haagse Gerechtshof had verzuimd na te gaan of de korting van tien procent van de varkensrechten bij een of meer van de zeven, als eisers optredende, varkenshouders zou leiden tot een individuele en buitensporige last. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem dat zich mag buigen over deze vraag.

Hoe individueel, en hoe buitensporig, moet de last zijn, wil sprake zijn van het ontbreken van een *fair balance*?

Hoe individueel? Naar het oordeel van de Hoge Raad moet het gaan om bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, omstandigheden. Aan de andere kant: *Einzelfallgerechtigheit* is een *contradictio in terminis*. De slechts voor een van de zeven varkenshouders geldende omstandigheid dat hij door de maatregel bijzonder hard wordt getroffen, omdat hij met handen en voeten is gebonden aan zware alimentatieverplichtingen jegens zijn ex-echtgenote, mag geen gewicht in de schaal leggen.

Hoe buitensporig? Mag hier een louter bedrijfseconomische maatstaf worden aangelegd? Beperk de compensatie voor de korting van varkensrechten tot die varkenshouders die door deze korting aan de rand van een faillissement geraken? Deze vorm van solidariteit staat op gespannen voet met 'het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging' (art. 4 EG). De mogelijkheid van een faillissement is niet slechts een vorm van sociaaleconomisch Darwinisme (*survival of the fittest*), maar ook een onmisbaar middel van een open markt om de mededinging 'vrij' te houden.

Welke argumenten tellen in het debat over de vraag of sprake is van een *individual and excessive burden*? Het arrest van de Hoge Raad bevat enkele belangrijke vingerwijzingen.

De Hoge Raad stelt voorop dat het in beginsel niet ongerechtvaardigd is om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu voor rekening te laten van de bedrijven die deze schade veroorzaken. Dit is niet een uiting van wrekende gerechtigheid jegens de boeren die Brabant hebben veranderd in een zwijnenstal, maar een kwestie van efficiënte kostenallocatie. Zo komt het kostprijshogend effect van de beperking van de productie van varkensvlees uiteindelijk terecht waar het thuis hoort: bij de liefhebbers van varkensvlees.

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de varkensrechten in eerste instantie aan de varkenshouders zijn toegekend op basis van de bestaande omvang van hun bedrijf en in zoverre door hen *om niet* zijn verworven.

Aan een en ander verbindt de Hoge Raad de slotsom dat sprake kan zijn van een *individual and excessive burden*, die een adequate financiële compensatie rechtvaardigt, 'in het bijzonder, maar niet uitsluitend', wanneer een varkenshouder wordt getroffen in varkensrechten die hij tegen betaling heeft verworven.

Op het eerste gezicht een steekhoudend argument. Het is buitengewoon bezwaarlijk rechten te moeten prijsgeven die tevoren onder bezwarende titel zijn verworven, aanmerkelijk bezwaarlijker dan het verlies van rechten die om niet zijn verkregen. Bovendien wordt ook elders in het burgerlijk recht een lagere beschermingsprioriteit toegekend aan hetgeen om niet werd ontvangen. Wie een varken om niet verwerft van een beschikkingsonbevoegde, wordt, hoezeer te goeder trouw, geen eigenaar. Met betrekking tot degene die het varken onder bezwarende titel verkreeg is dit wel het geval (art. 3: 86 BW).

Toch zal de varkenshouder die geen varkensrechten heeft bijgekocht, nog wel even moeten slikken, als hij te horen krijgt dat hij al zijn varkensrechten *om niet* heeft mogen ontvangen uit handen van de Haagse overheid. Hij zal tegenwerpen dat hij, om de hem toegekende hoeveelheid varkensrechten te verkrijgen, ingrijpende investeringen heeft gedaan, na te hebben geluisterd naar een nog hogere autoriteit: Brussel. De 'Gemeenschappelijke Ordening der Markten in de sector Varkensvlees' verbiedt 'de toepassing van enige kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking' (art. 17 lid 2).

Het wekken, en vervolgens niet honoreren, van vertrouwen waarin door de ander op goede gronden is geïnvesteerd, is een alom erkende bron van verbintenissen tot schadevergoeding. Zij bevat een hoger gehalte redelijkheid en billijkheid dan het onderscheid tussen verkrijging om niet en verkrijging onder bezwarende titel. Een *fair balance* ontbreekt met betrekking tot die varkenshouders die kunnen aantonen dat zij hun vroegere gemengde bedrijf (aardappels, bieten, geitenkaas) nooit zouden hebben prijsgegeven, en geen omvangrijke leningen zouden zijn aangegaan voor de bouw van één ultramoderne eurovarkensstal, als zij niet jarenlang uit Brussel om de oren waren geslagen met de investeringstip: *Pigs and Bacon*.

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 recht-

vaardigheid. 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 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*.

De verruiming van het eigendomsbegrip in het EVRM, in vergelijking met artikel 5:1 BW, is niet slechts van kwantitatieve aard. Weliswaar is *property* bedoeld in artikel 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 c.s., 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.²²

Opgevat als grondrecht, als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht, ziet *property* bedoeld het EVRM op de economische zijde van de menselijke persoon. Artikel 1 strekt tot bescherming van zijn *middelen van bestaan* tegen willekeurige

22 EHRM, 7/1984; Van Marle.

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 e.d.).

Kortom: artikel 1 Protocol EVRM is een goudmijn voor een hernieuwd discours over eigendom, autonomie en solidariteit, de onwankelbare pijlers van het burgerlijk recht, ook in tijden van liefde (boer zoekt vrouw) en varkensmest.

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). Deze fundering is historisch zeer verklaarbaar. De Europese gemeenschap is ontworpen in het heetst van de Koude Oorlog, de jaren vijftig van de vorige eeuw; 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.’²³ 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.’²⁴ 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.

23 Adam Smith, *Wealth of Nations*, IV, II, 9.

24 Richtlijn 1999/44/EG, PB L 171, p. 12.

Kan het burgerlijk recht niet worden overgelaten aan de markt? Dit strookt bovendien met het advies van de rechtseconoom. Als er geen markt is, 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 determinate, 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.’²⁵

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*.²⁶ De prijs van honderd varkensrechten valt nog wel te bepalen, maar wat is één varkenshouder waard?²⁷ Geen der bepalingen van het Burgerlijk Wetboek geeft rechtstreeks antwoord op deze vraag, toch raken we hier de kern van de zaak: de constitutie van het burgerlijk recht.

25 R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston 1986, p. 14.

26 *Lady Windermere's Fan*, act 3.

27 Rechtseconomen hebben ons recent voorgerekend dat de geldswaarde van een statistisch mensenleven € 2 miljoen bedraagt. Zie G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1935.

CONTRACTVRIJHEID, EEN WEERBARSTIG BEGINSEL

EEN ZOÖLOGISCH WOORD VOORAF

Ik zag twee beren contracteren. Dat is pas een wonder. Een beetje beer kan broodjes smeren. Maar contracteren; dat is andere koek. De Schotse rechtseconoom Adam Smith gelooft niet in dit wonder: 'Nobody ever saw a dog make a fair and deliberate exchange of one bone for another with another dog'. Contracteren is een activiteit 'common to all men, and to be found in no other race of animals'.¹ Zelfs bij de mens gaat het niet van een leien dak: 'Ein Tier heranzüchten das versprechen *darf*, ist das nicht gerade jene paradoxe Aufgabe selbst, welche sich die Natur in Hinsicht auf den Menschen gestellt hat' (Nietzsche).² Ein Tier das versprechen *darf*. Zo zijn wij aangeland bij het thema: contractvrijheid; de vrijheid om zich door beloften te binden. Voor het recht een paradoxe opdracht: het regelen van de vrijheid om de vrijheid prijs te geven.

CONTRACTEREN; HET VERVREEMDEN VAN EEN DEEL VAN ONZE VRIJHEID

De belofte is de grondvorm van het contractenrecht; de Anglo-Amerikaanse visie op het contract als een uitwisseling van belof-

1 Adam Smith, *Wealth of Nations*, Chapter 2.

2 Zur Genealogie der Moral. II, 1.

ten (een 'exchange of promises') verdient de voorkeur boven de continentale zienswijze: wilsovereenstemming (consensus) is de kern van het contract. De verkoper van een huis doet bij gelegenheid van de totstandkoming van de koopovereenkomst geen mededelingen omtrent zijn innerlijk leven, te weten de aanwezigheid van een wil tot levering van het huis; hij *belooft* levering, met andere woorden: hij verleent de koper een *recht* op deze prestatie.

Op indringende wijze is dit onder woorden gebracht door Hugo de Groot. Hij onderscheidt drie wijzen van spreken over toekomstige gebeurtenissen die aan onze macht zijn onderworpen (*tres gradus loquendi de rebus futuris quae nostrae sunt potestatis*). De eerste trede wordt gevormd door het aan de ander meegedeelde *voornemen*: ik wil volgend jaar met vakantie naar Amerika. Als ik in de loop van het jaar Amerika vervang door Luxemburg, mag de ander mij betichten van wispelturigheid; van een verzuim van een plicht om mijn woord gestand te doen, is geen sprake. De mens heeft niet alleen de mogelijkheid van mening te veranderen; hij heeft daartoe, aldus De Groot, ook het *recht*.

Dit wordt anders als wij de derde,³ en hoogste, trede bereiken: de volmaakte belofte (*perfecta promissio*). De Groot vergelijkt haar met de overdracht van eigendom; de volmaakte belofte is de vervreemding van een deel van onze vrijheid (*alienatio partitulae cuiusdam nostrae libertatis*).⁴

3 Op de tweede trede plaatst De Groot de 'pollicitatio'; daaruit ontstaat voor de ander niet een afdwingbaar recht. 'We bellen nog wel' is daarvan een modern voorbeeld.

4 De jure belli ac pacis. II, x i, 4.

CONTRACTVRIJHEID; EEN RECHTSBEGINSEL?

Is contractvrijheid een beginsel van ons recht?

Contractvrijheid: de vrijheid om desverkiezend verbintenis-
sen aan te gaan, maar ook, en even belangrijk, de vrijheid om
geén verbintenissen aan te gaan.

Rechtsbeginselen vervullen een dubbele functie. In de eerste
plaats markeren zij het *uitgangspunt*. Waar op de wereldbol ligt
Warschau? Twintig graden ten oosten van het uitgangspunt:
Greenwich. Als *contractvrijheid* tot uitgangspunt wordt geno-
men, wordt het mogelijk de graad van afwijking te bepalen. De
wet beperkt werkgever en werknemer in hun vrijheid naar eigen
inzicht het ouderschapsverlof te regelen (art. 7:644 BW) Hebben
we hier te maken met geheel, half of driekwart dwingend recht?⁵
Deze functie van rechtbeginselen is niet louter cartografisch van
aard; zo wordt ook de orde van het betoog vastgesteld. Rechtsbe-
ginselen markeren de uitzondering als uitzondering. Zij geven
zo aan hoe de argumentatielast moet worden verdeeld. 'Ieder
draagt zijn eigen schade' is een beginsel dat slechts van belang is
voor de uitzondering die het oproept: het recht op schadever-
goeding. Op degene die schade heeft geleden rust de last om de
aanwezigheid aan te tonen van een toereikende grond voor die
uitzondering, wanprestatie, onrechtmatige daad bijvoorbeeld.

Naast deze coördinerende functie vervullen rechtsbeginselen
nog een andere rol: zij *funderen* regels en beslissingen in de
morele orde van de samenleving. De uitwerking die in het wet-
boek van strafrecht is gegeven aan het beginsel 'geen straf zonder
schuld' is het resultaat van onze innerlijke opstand tegen de

5 Zie de bijdrage van H.J. Snijders in Hartlief en Stolker (red.), *Contractvrijheid*,
Deventer 1999.

onverdiende beproevingen van Job, een man uit het land Uz, 'vroom, oprecht en wijkende van het kwaad'.

Het rechtsbeginsel 'contractvrijheid' vervult beide functies. De vrijheid om *desverkiezend* verbintenissen aan te gaan is in de eerste plaats een uitgangspunt. Het geeft aan wat regel, en wat uitzondering is, en het bepaalt zo de orde van het debat.

Eelman heeft zijn boerderij verkocht aan Hin. Rust op hem dus de verbintenis tot levering? Eelman voert daartegen aan dat in zijn geval geen sprake was van vrijheid van keuze, omdat hij werd geleid door compulsieve waanideeën (boze geesten hadden bezit genomen van zijn boerderij). De wetgever honoreert dit standpunt. Een met Eelman's verklaring overeenstemmende wil wordt geacht te ontbreken (art. 3:34 BW), en bij gebreke van een daarop gerichte wil komt als regel geen overeenkomst tot stand (art. 3:33 BW). De door artikel 3:35 BW geboden bescherming van het vertrouwen van Hin, zo deze redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van de geestelijke stoornis van Eelman, is door de wetgever uitdrukkelijk geconstrueerd als een uitzondering op dit uitgangspunt.⁶ Om het contract op de been te houden, zal Hin zich, deugdelijk gemotiveerd, moeten beroepen op zijn gerechtvaardigd vertrouwen in het vermogen van Eelman om in vrijheid zijn wil te bepalen.

Maar ook de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen is een rechtsbeginsel en op zijn beurt uitgangspunt dat de plaats bepaalt van de uitzondering. De tussen Eelman en Hin geldende regel (bescherming van Hin's gerechtvaardigd vertrouwen; art. 3:35 BW) is niet van toepassing als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2

6 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 164.

BW). Ter zake van de aanwezigheid van een dergelijke uitzonderlijke situatie rusten stelplicht en bewijslast op Eelman.

HET DUBBELE GELAAT VAN DE VRIJHEID

In zijn funderende rol verankert het beginsel van contractvrijheid het geldende contractenrecht in de morele orde van onze samenleving. Die orde is geboren in de studeervertrekken van de verlichtingsfilosofen (Kant, Rousseau) en zij is vervolgens gedoopt in het vuur van de Franse revolutie. 'Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten'; het openingsartikel van ons Burgerlijk Wetboek biedt een bondige samenvatting van de winst van de revolutie. Het artikel onthult tevens het dubbele gelaat van de vrijheid: de *afwezigheid* van knechtschap ('persoonlijke dienstbaarheden worden niet geduld') en de *aanwezigheid* van mogelijkheid tot zelfontplooiing (de bevoegdheid tot 'het genot van de burgerlijke rechten'). Beide aspecten liggen in elkaars verlengde. Wie vrij is van knechtschap, moet kiezen op welke wijze hij gebruik zal maken van zijn vrijheid zich te verbinden. Voor een Javaanse koelie valt weinig te kiezen; voor Batavus Droogstoppel ligt dat anders: zal hij een zolderkamer huren, pen en papier kopen en romans gaan schrijven of zulke dingen, of zal hij een maatschapsovereenkomst sluiten met Last, zijn schoonvader, en makelaar worden in koffie?

Contractvrijheid; de vrijheid om desverkiezend verbintenissen aan te gaan, schept de voorwaarden voor een vrije ontplooiing van de persoon. De waarde hiervan is juist geschat door John Stuart Mill:

'If a person possesses any tolerable amount of common sense and experience, his own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode.'⁷

His own mode of laying out his existence; wie niet het pad van de kluisenaar kiest, is ter verzekering van zijn bestaan aangewezen op de weg van het contractenrecht; hij moet op zoek naar een wederpartij. Zelfontplooiing door samenwerking met anderen; dit is de kern van het contractenrecht.

Contractvrijheid; worden we er beter van? Rechtseconomen menen van wel. Zij hebben voor die verbetering ook een welluidende naam: Pareto. De verkoper behaalt voordeel als hij een hoger bedrag ontvangt dan de verkochte zaak hem heeft gekost; de koper gaat erop vooruit als hij een lager bedrag betaalt dan hij maximaal had willen betalen.

'Een verandering waarbij de welvaart van één of meer leden van de samenleving toeneemt zonder dat de welvaart van enig ander lid van de samenleving afneemt, staat bekend als (...) een Pareto-verbetering.'⁸

Twee partijen op zoek naar een Pareto-verbetering; Baris heeft een bromfietsmotor ontworpen. Riezenkamp wil zijn vleugels uitslaan als producent van bromfietsmotoren. Zij treffen elkaar in het Amsterdamse café-restaurant 'Americain'. Riezenkamp biedt f 100.000 voor het ontwerp en de reeds vervaardigde exemplaren. Na weigering door Baris verhoogt Riezenkamp het bod tot f 110.000. De koop wordt gesloten. Als blijkt dat de productiekosten per motor hoger uitvallen dan hij had verwacht, vordert Riezenkamp vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling. De vordering wordt toegewezen, omdat Riezenkamp zijn ver-

7 *On liberty*, chapter 3.

8 P.W. van Wijck en J.J.M. Theeuwes. *Contractvrijheid*, Deventer 1999, p. 431 e.v.

wachting, dat de productiekosten niet hoger zouden zijn dan *f* 135 per motor, ontleende aan hetgeen Baris hem had medege-deeld. Een getuige verklaarde dat Baris, toen hij hoorde dat de productieprijs veel hoger uitviel, had gezegd dat hij wilde dat hij zijn tong had afgebeten vóór hij die *f* 135 noemde. Maar had deze zelfverminking Baris gebaat? Had Baris mogen zwijgen als hij had geweten dat het door Riezenkamp verhoogde bod was inge-geven door diens – onjuiste – verwachting dat de productiekos-ten niet hoger zouden zijn dan *f* 135? Als het recht Baris een mededelings*plicht* oplegt, slinken de kansen op een Pareto-verbe-tering aanmerkelijk, maar een *recht* om te zwijgen zal evenmin leiden tot een Pareto-verbetering. In dat geval zal de welvaart van enig ander lid van de samenleving immers afnemen, te weten de welvaart van Riezenkamp.

Welke drijfveer leidt tot welvaart: eigenbelang of naasten-liefde? In een opstel dat in de Verenigde Staten inmiddels een canonieke status heeft verworven, onderscheidt Duncan Ken-nedy, met betrekking tot het debat over de beslechting van con-tractuele geschillen, twee retorische stijlen ('rhetorical modes'): individualisme en altruïsme.⁹ Met dit onderscheid correspon-deert zijns inziens een voorkeur voor, in het eerste geval, strakke regels ('ridgid rules ridgidly applied'), dan wel, in het tweede geval, elastische normen als redelijkheid en billijkheid ('equi-table standards').

In ons land vormt het arrest Baris/Riezenkamp een onbe-dreigd hoogtepunt van altruïstische retoriek: door in onderhan-deling te treden komen partijen tot elkaar te staan 'in een bijzon-dere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, mede-

9 Duncan Kennedy, 'Form and substance in private law adjudication', *Harvard Law Review*, 1976 (89), p. 1685 e.v.

brennende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door *de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij*.¹⁰

Is hiernaast nog ruimte voor retoriek uit de andere hoek? Hoe klinkt dit: 'door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, komen partijen tot elkaar te staan in een rechtsverhouding, die meebrengt dat zij hun gedrag in de eerste plaats mogen laten bepalen door *hun eigen kijk op hun eigen belang*'?

Iets hiervan valt te beluisteren in het betoog van Baris. Bij memorie van antwoord wijst hij erop 'dat het zaak was van Riezenkamp om in alle vrijheid te beslissen of hij koper wilde worden of niet'. Maar een verwijzing naar het welbegrepen eigenbelang zal men niet snel tegenkomen in de motivering van een rechterlijke uitspraak. Dit kan twee dingen betekenen. Ofwel, de voorrang van het eigenbelang als richtsnoer voor onderhandelende partijen, vormt nog steeds een vanzelfsprekend, en dus onuitgesproken, uitgangspunt van het contractenrecht; ofwel, een verwijzing naar het eigenbelang zou thans nog slechts lippendienst bewijzen aan een negentiende-eeuws liberaal-individualisme (ieder voor zich, en de duivel hale de achterblijvers).

Feit is in ieder geval dat de ontwikkeling van het burgerlijk recht gedurende de twintigste eeuw vooral wordt gekenmerkt door de accentuering van altruïstische thema's, gehuld in vage normen van ongeschreven recht. Naast de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) als bron voor de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, is er sedert 1919 de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, en sinds 1926 de natuurlijke verbintenis jegens een ander, welke

10 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

slechts berust op de voorschriften van de moraal of het fatsoen. In zoverre strookt dit met de constatering van Kennedy ten aanzien van de correlatie tussen altruïstische retoriek en 'equitable standards'.

De confrontatie van eigenbelang en altruïsme komt het scherpst naar voren in het relaas van de wederwaardigheden van de mededelingsplicht in de onderhandelingsfase. Castermans heeft daarover een belangrijk boek geschreven. Zijn uitgangspunt is 'de gedachte dat de positie van onderhandelende partijen gelijk moet zijn. Zodra één van beide partijen wat kennis betreft meer in haar mars heeft dan de ander, is er reden een mededelingsplicht aan te nemen.' Castermans voegt daaraan toe dat dit slechts een uitgangspunt is en dat 'een ongebreidelde mededelingsplicht (...) één van de drijfveren om met elkaar te handelen – het eigenbelang – zou wegnemen.' Evenwicht 'tussen enerzijds de gelijkheidsidee en anderzijds de bescherming van het eigenbelang', dat dient het richtsnoer te zijn, aldus Castermans.¹¹

Vormt de gelijkheidsidee een aantrekkelijk uitgangspunt? Is spreiding van kennis een contractueel ideaal? Zou een onderhandelaar die zich laat leiden door de hoogste maatstaven van redelijkheid en billijkheid alle relevante informatie waarover hij beschikt spontaan delen met de wederpartij? Een confrontatie met de (pre-)contractuele herinneringen van Willem Frederik Hermans:

'Ik kocht aan een handkar op het Amsterdamse Waterlooplein de *Mémoires* van Casanova voor heel weinig geld. Zeven delen waren het. Acht delen hadden het moeten zijn, maar het tweede deel ontbrak. (...) Twee jaar later vond ik bij een heel andere koopman, op de Albert Cuypstraat ditmaal, het tweede deel dat mij ontbrak. (...) Ik stak mijn vondst uit naar de koopman

11 *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer 1992, p. 189 e.v.

en vroeg schijnheilig: “Heeft u de rest niet?” Nee, die had hij niet. Met een bedroefd gezicht deed ik of ik het boek terug wilde leggen. “Je mag het voor drie centen meenemen”, zei de handelaar. Drie cents. Dit vroeg mij de enige mens op de gehele wereld die mij deel twee dat mij ontbrak kon leveren zonder dat ik de andere delen kopen moest. Ik overhandigde hem de drie centen en zo completeerde ik mijn Casanova.¹²

De handelaar wist niet, wat W.F. Hermans wel wist, namelijk dat er in Amsterdam één persoon rondliep die bereid zou zijn geweest, ook het honderdvoudige van de gevraagde koopprijs te betalen: W.F. Hermans. Toch is Hermans niet gehouden zijn kennis op dit punt met de handelaar te delen. Het opleggen van een mededelingsplicht in dit geval zou de rechtseconomische basis van het contractenrecht volledig ondergraven. Voor de koper bestaat een Pareto-verbetering in het verschil tussen het bedrag dat hij betaalt en het bedrag dat hij maximaal had *willen* betalen. Zouden kopers verplicht zijn de verkoper inlichtingen te verschaffen omtrent de waarde die de aangeboden zaak voor hen heeft, dan verdwijnt aan koperszijde de kans op Pareto-verbetering als sneeuw voor de zon. Het opbouwen, en vervolgens uitbaten, van een voorsprong in kennis, is de kern van de koophandel. Waar ter wereld bevinden zich kopers die bereid zijn de hoogste prijs te betalen voor ‘stone washed’ spijkerbroeken, en welke prijs is dat? Als de koopman gehouden zou zijn de resultaten van zijn marketingonderzoek mede te delen aan de leveranciers van spijkerbroeken, zou de aardigheid spoedig eraf zijn.

Is niet bij voorbaat tot mislukken gedoemd iedere poging om het al dan niet bestaan van een mededelingsplicht te herleiden tot een of meer *regels*?

12 W.F. Hermans, *De onversleten wandelaar*, Leiden 1994, p. 6 e.v.

Cattier verkoopt zijn varkenshouderij aan Waanders. Ter bepaling van de prijs die Waanders bereid was te betalen, was het voor hem van belang te weten hoeveel varkens hij in dat bedrijf mocht houden. Navraag bij het ministerie van Landbouw had hem geleerd dat het houden van tweehonderd mestvarkens was toegestaan. Cattier wist dat het toegestane aantal varkens in werkelijkheid geringer was. Rustte op Cattier de plicht om aan Waanders de precieze stand van zaken mee te delen? Nee, aldus de rechtbank; ja, aldus het hof. Valt over dit verschil van mening niet méér te zeggen dan dat partijen blijkbaar achtereenvolgens zijn geconfronteerd met een liberaal-individualistisch ('ieder voor zich') ingestelde rechtbank en een altruïstisch denkend hof? Zijn het oordelen die 'als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst'? Ja, aldus de Hoge Raad, die eraan toevoegde dat 's Hof's oordeel dat in de omstandigheden van het onderhavige geval op Cattier een mededelingsplicht rustte, niet blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Wat de *juiste* rechtsopvatting inhoudt, blijkt niet uit het arrest van de Hoge Raad.¹³

Zijn onderhandelende partijen die zich afvragen of op hen een mededelingsplicht rust, louter aangewezen op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid?

Berusten in deze stand van zaken is daarom zo onfortuinlijk omdat een mededelingsplicht van de betrokkene vergt dat hij diep in eigen vlees snijdt. Als Cattier moet medelen dat het houden van slechts honderd varkens is toegestaan, is voor hem de kans op een voordelig contract verkeken. Van rechtswege verlangd altruïsme dient bij voorkeur te zijn vervat in heldere, onmiskenbare geboden. Menig uiterst redelijk en billijk burger

13 HR 2 april 1993, NJ 1995, 94.

zal niet spontaan op de gedachte komen van iedere door hem verdiende euro, 52 cent af te staan ten behoeve van het algemeen belang. Als de samenleving vindt dat dit toch moet gebeuren, doet zij er goed aan deze plicht stevig te verankeren in de wet.

Rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander; welke belangen zijn dat? Waarom schoot Cattier tekort? Het antwoord is *niet* dat Cattier erop had moeten toezien dat Waanders niet méér bood dan een rechtvaardige prijs voor een bedrijf waarin slechts honderd varkens mochten worden gehouden. Het belang om niet méér te betalen dan een *iustum pretium*, behoort niet tot de belangen waarop Baris/Riezenkamp het oog heeft.¹⁴

De wet bevat in artikel 6:228 lid 1 onder b BW een aanwijzing om de gerechtvaardigde belangen waarop het arrest wél ziet, op het spoor te komen. Cattier had Waanders behoren in te lichten over het juiste aantal varkens in verband met hetgeen Cattier wist of behoorde te weten omtrent de dwaling van Waanders. Het antwoord op de vraag of op een onderhandelende partij al dan niet een mededelingsplicht rust, is afhankelijk van hetgeen zij wist of behoorde te weten omtrent de dwaling van de wederpartij. Het belang dat door Cattier is geschonden, is het belang van Waanders om niet, geleid door een onjuiste voorstelling van zaken, betrokken te raken in een contract dat hij bij een juiste voorstelling van zaken nimmer zou hebben gesloten.

Hier verschijnt wederom het dubbele aspect van de (contract)vrijheid in beeld: de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigen belang. Wie dwaalt, is in eerstgenoemde zin 'onvrij'.

14 T. Hartlief, *Contractvrijheid*, Deventer 1999, p. 239 e.v.

Hij is als Plato's grotbewoner, die, vastgeklonken aan een wand, slechts schimmen ziet. Zo verging het ook Waanders; hij was gevangene van de illusie dat hij voor f 290.000 een bedrijf zou verwerven waarin hij tweehonderd varkens mocht houden.

Maar waarom zou Cattier hem van deze illusie moeten verlossen, door hem omtrent de ware stand van zaken in te lichten? Op dit punt speelt het tweede aspect van de vrijheid een rol. Cattier was in een ander opzicht 'onvrij': weliswaar was hij bevoegd een nieuw, zelfgekozen, pad in te slaan, door zijn bedrijf te verkopen, maar, zoals geldt voor iedere vrijheid in het recht: deze vrijheid is niet onbepakt. Vrijheid wordt slechts erkend, voor zover verenigbaar met de vrijheid van de ander. De eigenaar is vrij om desverkiezend de herfstbladeren uit zijn tuin de verwijderen, maar hij mag dit niet doen met behulp van een *power blower* die door zijn oorverdovend kabaal de buurman berooft van diens vrijheid om in eigen tuin een zelfgekozen boek te lezen. Zo is het ook in het contractenrecht; de ondernemer is vrij om zijn bedrijf te verkopen. Hij mag daartoe gebruikmaken van een wederpartij die hem het meest te bieden heeft, maar hij moet erop toezien dat ook aan de zijde van die wederpartij sprake is van contractvrijheid. Wie weet dat de keuzevrijheid van de ander is uitgeschakeld door een onjuiste voorstelling van zaken, is gehouden de voorwaarden voor die vrijheid te herstellen, door die ander naar behoren in te lichten en zo hem van zijn waan te bevrijden.

Rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit betekent *niet* dat partijen gehouden zijn zich ervan te vergewissen dat sprake is van Pareto-verbetering, dat wil zeggen dat geen van beiden als gevolg van de overeenkomst erop achteruitgaat. Het inzicht dat het er hier vooral om gaat dat partijen erop toezien dat ook aan de zijde van de ander de voor-

waarden voor contractvrijheid zijn gewaarborgd, verleent aan het Baris/Riezenkamp-altruïsme enerzijds een scherper profiel, maar anderzijds ook een ruimere strekking, die niet ophoudt bij de grenzen van het leerstuk waarop het aldusgenoemde arrest betrekking had: dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten.

Na echtscheiding komen de man en de vrouw overeen dat de voormalige echtelijke woning (waarde *f* 120.000) zal worden toegescheiden aan de man; de lasten verbonden aan een hypotheekschuld, groot *f* 45.000 zal de man voor zijn rekening nemen. De vrouw vordert nietigverklaring van de boedelscheiding; zij voert aan dat zij niet in staat was haar wil te bepalen. Is voor toewijzing van de vordering vereist dat de man dit begreep, althans had moeten begrijpen? Of heeft de man, door een belangrijke overwaarde te bedingen, de gerechtvaardigde belangen van de vrouw reeds zozeer geschonden dat hij de vrouw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag houden aan de overeengekomen boedelscheiding? Het eerste is het geval, aldus de Hoge Raad, die voorts overwoog dat de omvang van het voordeel wel van belang kan zijn voor het antwoord op de vraag welke onderzoeksplicht 'te dier zake' (de wilsbekwaamheid van de vrouw) op de man rustte.¹⁵

CONTRACTVRIJHEID ALS RECHT VAN DE PERSOON

Hoe fundamenteel is contractvrijheid?¹⁶ De Hoge Raad heeft enkele jaren geleden enkele zeer fundamentele rechten, zoals het recht op respect voor het privéleven en het recht op vrijheid van

15 HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699.

16 Zie over de vraag of contractvrijheid kan worden gerekend tot de grondrechten de bijdrage van Alkema in Hartlief en Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer, 1999.

meningsuiting, op een stevig voetstuk geplaatst. Zij vinden hun grondslag in 'het algemene persoonlijkheidsrecht' dat, aldus de Hoge Raad, mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt. Omvat dit algemene persoonlijkheidsrecht ook de vrijheid om zelf te bepalen of men contractuele relaties zal aangaan?

Wat is de waarde van het door de Hoge Raad in het leven geroepen 'algemene persoonlijkheidsrecht'? In het desbetreffende arrest ging het om de vaststelling van de rangorde tussen het recht van een meerderjarig buitenechtelijk kind om te weten door wie het is verwekt en het recht van de moeder om dit, ook tegenover haar kind, verborgen te houden. Anders dan het Hof, oordeelde de Hoge Raad dat het recht van het kind 'prevaleert'.

'Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind, wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind'.¹⁷

Welk recht 'prevaleert'? Het algemene persoonlijkheidsrecht vormt de fundering van de rangorde van waarden. Ook contractvrijheid is een waarde die haar grondslag vindt in het recht van de persoon: van vitaal belang voor de ontplooiing van de eigen identiteit. Die identiteit kan slechts worden ontplooid door gebruik te maken van de medewerking van anderen. Zo komt het tweede aspect van het persoonsbegrip in beeld: drager van verantwoordelijkheid. Waanders wil zijn leven een nieuwe wending geven: varkenshouder in Twente. Cattier is zijn boerderij met varkensschuren, kippenhok en opslagloods, staande en gelegen in Enterbroek, liever kwijt dan rijk. Zij zien elkaar als middel om hun doel

17 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

te bereiken. De waarde van de ander is in de eerste plaats zijn 'gebruikswaarde'. Dat is volstrekt niet in strijd met de menselijke waardigheid, en ook niet met de Kantiaanse imperatief, de ander niet *louter* als middel te gebruiken. Het zal voor velen trouwens een geruststellende gedachte zijn dat zij niet 'als mens' worden benaderd, maar 'functioneel', als notaris, melkboer of winterschilder. Maar er is een grens aan deze functionaliteit. Ook als wederpartij is de winterschilder principieel iets anders dan een verfkwast.¹⁸ De toegevoegde waarde wordt, wat het contractenrecht betreft, gevormd door zijn autonomie. Waanders en Cattier moeten, net als Baris en Riezenkamp, hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Voor Waanders houdt dat in dat hij maatregelen moet nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken een overeenkomst sluit. Van die plicht heeft Waanders zich op ondeugdelijke wijze gekweten: de door hem ingewonnen informatie klopten van geen kant. Dat valt hem aan te rekenen. Cattier daarentegen treft verwijt omdat hij, wetend dat Waanders werd geleid door een illusie (tweehonderd varkens), heeft nagelaten hem uit de droom te helpen. Wederzijds plichtsverzuim; welk verzuim weegt het zwaarst? Op dit punt heeft de Hoge Raad het niet gelaten bij de constatering dat het antwoord op die vraag is verweven met waarderingen van feitelijke aard. Reeds een kwart eeuw geleden is (rang)orde geschapen: het recht van de wederpartij om uit de droom te worden geholpen, prevaleert.¹⁹ Die keuze wordt door de Hoge Raad niet breed gemotiveerd; volstaan wordt met de enkele verwijzing naar de goede trouw. Deze kardinale deugd, die in 1992 ten prooi is gevallen aan een terminolo-

18 Zie over het verschil tussen een loodgieter en een waterpomptang, J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis*, Deventer: 1997, p. 51 e.v.

19 HR 30 november 1973, NJ 1974, 97.

gische vervlakking ('redelijkheid en billijkheid'), weerspiegelt helder het altruïstische aspect van de contractvrijheid: de vrijheid van de één, voor zover verenigbaar met de vrijheid van de ander; altruïsme hier niet begrepen als samaritaanse barmhartigheid, maar als erkenning van de persoon van de ander. Wie een ander beweegt tot het sluiten van een overeenkomst, wetend dat de ander dwaalt, berooft hem van zijn vrijheid.

PROMISES, PROMISES

Over contracten en andere afspraken

Promises, promises turn to dust
Wedding bells just turn to rust

WELKE AFSPRAAK IS EEN OVEREENKOMST?

Niet iedere afspraak is een overeenkomst. Het platgetreden voorbeeld is de afspraak om samen te gaan wandelen. De reden waarom de afspraak geen overeenkomst is, is niet gelegen in het onderwerp: wandelen. De afspraak tussen een schrijver en een cameraman om de wandeltocht van de Leidse studenten Van Hogendorp en Van Lennep 'door de Noord-Nederlandsche provinciën in den jare 1823' opnieuw te lopen en daarover een televisiedocumentaire te maken, kan zeer wel een rechtsgeldige overeenkomst opleveren.

Ieder rechtstelsel is op zoek naar criteria om te bepalen welke afspraken in aanmerking komen voor het keurmerk 'contract', en welke niet.

Violet Lalgee Jones (Trinidad) weet haar dochter, Ruby Padavatton, over te halen haar baan als secretaresse in Washington op te geven en rechten te gaan studeren in Londen. De moeder verklaart zich bereid maandelijks \$ 200 over te maken als bijdrage in de kosten van studie en levensonderhoud.¹

1 Jones v. Padavatton, 1969, 1 WLR 328.

Is hier sprake van een overeenkomst naar burgerlijk recht? Twee Europese perspectieven: Londen, Den Haag.

Londen. Het Engelse recht verleent het predicaat ‘*contract*’ en daarmee de *badge of enforceability*² slechts aan afspraken die voldoen aan het *consideration*-vereiste. De toezegging moet zijn gedaan in ruil voor ‘*something of value in the eye of the law*’.³ Volgens de Engelse rechter was in *Jones v. Padavatton* die eis vervuld:

‘There is no doubt that the daughter gave consideration for a promise by her mother to provide maintenance (...) by reading for the Bar.’

Een geruststellende gedachte: de rechtenstudie wordt gezien als ‘*something of value in the eye of the law*’.

Voor de totstandkoming van een (vormvrije) overeenkomst, eist het Engelse recht, naast *consideration*, de aanwezigheid van een *intention to create legal relations*.

Hadden de moeder en de dochter een *intention to create legal relations*? De rechters in de Court of Appeal zijn verdeeld. Lord Justice Salmon vindt van wel, de twee anderen komen tot een ontkennende beantwoording:

‘There is no doubt that this case is a most difficult one, but I have reached a conclusion that the present case is one of those family arrangements which depend on the good faith of the promises which are made and are not intended to be rigid, binding agreements.’

Lord Justice Danckwerts, zoals zoveel Engelse rechters, gul met blijken van wederzijdse bewondering, verwijst naar ‘Lord Justice Atkin’s *magnificent* exposition of the situation in regard to such

2 E. McKendrick, *Contract Law*, Houndmills 2000, p. 74.

3 *Thomas v. Thomas*, 1842, 2 Q.B. 851.

arrangements in *Balfour v. Balfour*? In deze *leading case* formuleert Atkin met verve zijn oordeel met betrekking tot afspraken tussen echtgenoten over de bijdrage aan de kosten van levensonderhoud en de wijze van besteding daarvan: niet *iedere* woensdag gehaktdag.

Atkin komt met betrekking tot deze afspraken tot de conclusie dat,

‘they are not contracts because the parties did not intend that they should be attended by legal consequences.’

Het kostte Danckwerts weinig moeite dit uitgangspunt uit te breiden tot afspraken tussen moeders en dochters. Wegens het ontbreken van een *intention to create legal relations* sneuvelde de contractuele aspiratie van de afspraak tussen de moeder en de dochter.

Den Haag. In de tweede plaats is het mogelijk als uitgangspunt te kiezen dat het uitsluitend de partijen zelf zijn die uitmaken of de door hen gemaakte afspraak heeft te gelden als een in rechte afdwingbaar contract. Om te bepalen of naar Nederlands recht sprake is van een overeenkomst, moet worden nagegaan of bij het maken van de afspraak de *wil* van partijen gericht was op *rechtsgevolg* (art. 3: 33 BW). Dit wilsvereiste verschilt niet wezenlijk van de Engelse eis van een *intention to create legal relations*.

Als de moeder zou volhouden dat bij haar geen wil gericht op rechtsgevolg aanwezig was, is voor de conclusie dat niettemin sprake is van een contract voldoende dat de dochter mocht vertrouwen dat de toezegging van haar moeder was gericht op rechtsgevolg (art. 3:35 BW). Dit is het Nederlandse perspectief.

Twee visies; welke verdient de voorkeur? De Principles of European Contract Law (PECL) kiezen voor het Nederlandse uitgangspunt:

'A contract is concluded if:

- (a) the parties intend to be legally bound, and
 - (b) they reach a sufficient agreement
- without any further requirement.' (art. 2:101)

Without any further requirement; van de *consideration*-eis wordt uitdrukkelijk afstand genomen.

Is dit reden de nationale driekleur te hijsen; het Nederlandse recht spreekt een woordje mee? Aanleiding om behaaglijk achterover te leunen is er zeker niet. Het zal blijken dat het speuren naar de bedoeling van partijen niet voldoende is om te bepalen of een afspraak al dan niet als een overeenkomst heeft te gelden. Een oordeel over de vraag of het, los van de bedoeling van partijen, uit maatschappelijk oogpunt gewenst is aan een dergelijke afspraak contractuele kracht te verlenen, kan niet worden gemist. De beschouwingen van Lord Justice Atkin in *Balfour v. Balfour* illustreren dit. Hij verdiept zich nauwelijks in de vraag wat Balfour & Balfour werkelijk hebben bedoeld, maar wijdt een indringende rechtssociologische bespiegeling aan het huwelijk:

'Agreements such as these are outside the realm of contracts altogether. (...) The consideration that really obtains for them is that natural love and affection which counts for so little in these cold courts. (...) In respect of these promises each house is a domain into which the King's writ does not seek to run, and to which his officers do not seek to be admitted.'⁴

Geen dagvaardingen en deurwaarders in het familie- en gezinsleven. Daar worden de banden gesmeed door *natural love and affection*. Het gezin als *Haven in a Heartless World*⁵ waar de man op adem kan komen na zijn dagelijkse *rat race* in de wereld van handel en nijverheid waar iedere tekortkoming wordt bestraft

4 *Balfour v. Balfour*, Court of Appeal, 1919, 2 K.B. 571.

5 Christopher Lasch, *Haven in a Heartless World*, New York 1977.

met een veroordeling tot vergoeding van de door de ander gederfde winst. Het gezin als beschutte plek waar niet onmiddellijk een schadeclaim volgt als, in strijd met de afspraak, een enkele maal de Bokma niet koud staat.

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een contract, spelen ook naar Nederlands recht, in weerwil van het uitgangspunt, overwegingen een rol die weinig te maken hebben met wat partijen hebben bedoeld.

PROMISES, PROMISES; drie variaties op een thema:

1. Wat zijn goede redenen om aan een serieuze afspraak met een alleszins geoorloofde inhoud, niettemin contractuele status te onthouden?
2. Waarom is verdere contractualisering toch onontkoombaar?
3. Wanneer is het niet nakomen van een afspraak die geen contract oplevert, een onrechtmatige daad?

WAAROM GEEN OVEREENKOMST?

Een hoogleraar burgerlijk recht spreekt met het Friesch Juridisch Genootschap af dat hij op 15 september een voordracht zal houden over het thema ‘Pacta sunt servanda’. Op 20 juli belt hij naar Leeuwarden met het bericht dat hij tot zijn spijt zijn toezegging niet gestand kan doen, omdat zijn schoonmoeder op 15 september haar tachtigste verjaardag viert. Aan de andere kant van de lijn valt een korte stilte, gevolgd door de mededeling dat, als hij in zijn weigering volhardt, zij elkaar wel zullen zien bij de voorzieningenrechter in kort geding. Hoe zal het rechterlijk oordeel moeten luiden?

Afwijzing van de eis tot nakoming. De reden is niet zozeer dat bij de hoogleraar burgerlijk recht een wil gericht op rechtsgevolg zal hebben ontbroken, als wel de omstandigheid dat het

maatschappelijk verkeer aanmerkelijk minder schade oploopt door het niet doorgaan van de voordracht '*Pacta sunt servanda*' in Leeuwarden, dan door het contractualiseren van iedere bereidverklaring tot belangeloze dienstverlening. Menigeen zou zich wel tweemaal bedenken alvorens toe te zeggen met zijn *Grand Cherokee* twee matrassen en een stereotoren mee te nemen van Apeldoorn naar Boommarkt 4a Leiden, het nieuwe studeeradres van zijn neef, als hij zou moeten vrezen in rechte te worden geconfronteerd met de stelling dat de verhuisovereenkomst de verhuizer verplicht een aangevangen verhuizing zonder vertraging te voltooien (art. 8:1174 BW). Een integrale opwaardering van afspraken over belangeloze dienstverlening tot in rechte afdwingbare contracten is uit maatschappelijk oogpunt contraproductief.

Ook al kennen de rechtsstelsels van het Europese continent niet het Engelse *consideration-vereiste*, dit neemt niet weg dat de wederkerigheids*gedachte* die aan dit vereiste ten grondslag ligt, een belangrijke rol speelt. Het ontbreken van wederkerigheid vormt een serieuze indicatie voor het non-contractuele gehalte van de afspraak.

Een tweede reden om afspraken met een volstrekt geoorloofde inhoud contractuele status te ontzeggen, is de omstandigheid dat de afspraken zijn gelegen op terreinen waarop partijen vrij behoren te blijven.

Bij gelegenheid van hun voorgenomen huwelijk spreken partijen af dat *zij* zal toetreden tot de Nederlands Hervormde Kerk en dat *hij* zijn lidmaatschap van de Koninklijke Nederlandse Jagersvereniging zal beëindigen. Deze afspraak heeft een geoorloofde inhoud; op geen van beide prestaties valt uit maatschappelijk oogpunt iets aan te merken. Evenmin ontmoet bezwaar dat de aanstaande echtgenoten over deze onderwerpen overleg

plegen en afspraken maken. De reden dat deze afspraken geen overeenkomst opleveren, en niet in rechte afdwingbaar zijn, is dat zij betrekking hebben op fundamentele vrijheden (de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van vereniging; art. 6 en 8 Grondwet), onvervreembare vrijheden die partijen niet langs contractuele weg kunnen prijsgeven.

Beide redenen leveren een krachtig argument om te besluiten het predicaat 'contract' niet te verlenen. Zoals hierna zal blijken, sluit hun aanwezigheid niet uit dat nog krachtiger argumenten ervoor pleiten de afspraak juist wél te contractualiseren.

WAAROM IS VERDERE CONTRACTUALISERING
TOCH ONONTKOOMBAAR?

Van alle vormen van juridisering is de contractualisering van het maatschappelijk verkeer de minst bedenkelijke. Mussolini liet de treinen op tijd lopen per decreet, onze minister van Verkeer en Waterstaat sluit daartoe met de Nederlandse Spoorwegen een 'prestatiecontract'. Het contract mag zich verheugen in een groeiende populariteit: scholen sluiten met ouders en leerlingen 'anti-spijbel-' en 'antipestcontracten'. De huidige burgemeester van Amsterdam bepleitte in zijn Leidse periode de invoering van het 'onderwijscontract' in het wetenschappelijk onderwijs: 'ik zorg dat jij je tentamen haalt, als jij belooft je zodanig te zullen inspannen als wij afspreken', zo vat hij de kern van dit contract samen.⁶

Wij stuiten op een IJzeren Wet: gelijkwaardigheid bij de bepaling van de onderlinge rechtsbetrekkingen leidt onvermijdelijk tot contractualisering. Deze wet is niet dezelfde als the

6 M.J. Cohen, *Studierechten in het wetenschappelijk onderwijs*, Zwolle 1981, p. 43; zie daarover G.A.F.M. van Schaaijk, *Twee vermogensmodellen in het contractenrecht*, Den Haag 2001, p. 21 e.v.

Law of Progress van Henry Maine: ‘the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*.⁷ Deze in 1861 geformuleerde ‘wet’ is een rechtshistorische hypothese. Zij kan slechts overeind worden gehouden als we samenlevingen waar de contractvrijheid wordt gekneveld, verbannen uit de kring van *progressive societies*.

De *contractualiseringsthe*se vloeit daarentegen voort uit het systeem van het recht. De wijzen waarop aan de onderlinge betrekkingen welbewust juridisch vorm kan worden gegeven, zijn beperkt. Naast het bevel is er eigenlijk alleen het contract. Het bevel veronderstelt ongelijkwaardigheid. Als burgemeester en wethouders van de gemeente A aan B opdragen het door hem gebouwde schuurtje vijf meter te verplaatsen, dan steunt de rechtskracht van deze daad van rechtsschepping op de ongelijkwaardigheid van partijen ter zake van de beslissing over de plaats van het schuurtje. Burgemeester en wethouders vormen het bevoegd gezag; B is daaraan onderworpen. Wanneer twee partijen een gelijkwaardige rol vervullen bij het regelen van hun onderlinge betrekkingen, rest hun, indien zij aan die betrekkingen hun vrijblijvend karakter willen ontnemen, weinig anders dan het contract.

Een voorbeeld: ‘De vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren.’ Intrigerende woorden in de wet. Zulke vrouwen zijn er. Er zijn ook wel vrouwen die zwanger zijn geworden zonder een dergelijk voornemen. Zij verdienen legislatieve aandacht in verband met een eventuele abortuswens. Maar je vraagt je af waarom de wetgever uitdrukkelijk ook aandacht besteedt aan vrouwen van de eerste soort. Het moet dan wel gaan om vrouwen met het voornemen een kind te baren ten

7 H. Maine, *Ancient Law*, chapter 5.

behoefte van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven. Deze vrouwen worden aangemerkt als ‘draagmoeders’, en ook daarvan zijn er naar de voorstelling van de wetgever twee typen: de commerciële en de niet-commerciële. Indien zij zich openbaar aanbieden als draagmoeder, verdienen de eersten straf: gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie (art. 151*b* Sr).

En de niet-commerciële draagmoeder? Daarover het Haagse Hof:

‘De wensouders hebben in 1991 op natuurlijke wijze een dochter gekregen. Na medische problemen nadien bleek het noodzakelijk om de baarmoeder van de wensmoeder te verwijderen. Omdat de ouders de wens hadden om nog een kind te krijgen, heeft de draagmoeder, die een nicht is van de wensvader, aangeboden om een kind voor de wensouders te dragen en te baren. Na uitvoerig overleg tussen de wensouders en de draagmoeder en haar partner is besloten tot bevruchting van een eikel van de wensmoeder met het semen van de wensvader en is vervolgens het embryo ingeplant bij de draagmoeder. Zij heeft in januari 1997 het kind gebaard.’

Hoe moet het recht omgaan met dergelijke afspraken? Is contractualisering geboden? In de gevallen van draagmoederschap, vermeld in het Oude Testament, was er op dit punt geen probleem. Daarin was sprake van ongelijkheid en berustte het baren en afstaan van het kind op een simpel bevel. Rachel vervult haar kindwens door aanwijzing van haar slavin tot draagmoeder.⁸ In de Haagse zaak ging het om twee vrouwen, beiden ‘vrij’ en gelijkkelijk ‘bevoegd tot het genot van hun burgerlijke rechten’ (art. 1:1 BW).

Welke status moet aan hun afspraken worden toegekend?

8 Genesis 29.

Van drieën één:

1. De vrouw die afsprekt het kind dat zij zal baren af te staan aan een ander, verbindt zich tot een prestatie die in strijd is met de goede zeden. De overeenkomst is nietig (art. 3:40 BW).
2. Beide hiervoor genoemde redenen om aan een afspraak contractuele status te onthouden zijn aanwezig: het gaat om belangeloze dienstverlening en het betreft een terrein waarop partijen vrij moeten blijven. Daarom moet deze afspraak geheel buiten het bereik van het contractenrecht worden gehouden. Het vertrouwen dat partijen in elkaar hebben is de enige garantie voor naleving.
3. Onder bepaalde omstandigheden kan naleving van afspraken over draagmoederschap in rechte worden afgedwongen.

Het derde alternatief verdient de voorkeur. De conclusie dat het afstaan van het kind een prestatie is die in strijd is met de goede zeden, valt moeilijk vol te houden in een tijd waarin fertiliteitsklinieken zich met goedkeuring van de minister van Volksgezondheid bezighouden met het bij draagmoeders inplanten van embryo's afkomstig van wensouders. Deze door de samenleving aanvaarde vorm van medische dienstverlening heeft toch als onmiskenbare strekking dat het kind na de geboorte zal worden afgestaan aan de wensouders.

Het tweede alternatief: houd de afspraken over draagmoederschap buiten de sfeer van het (in rechte afdwingbare) contractenrecht, heeft als nadeel dat het belang van het kind in het gedrang kan komen. De draagmoeder kan in dat geval vrijelijk besluiten dat het kind, in strijd met haar toezegging, bij haar zal opgroeien en niet bij het echtpaar waarmee het in genetisch opzicht het nauwst verwant is.

De heersende leer verwerpt het derde alternatief. De draagmoeder kan niet in rechte worden gedwongen tot nakoming van haar toezegging om mee te werken aan de overgang van het gezag over het kind op de wensouders; dit is de gangbare opvatting.⁹ Zij lijkt mij te grof gesneden. Bij zijn beslissing de draagmoeder van haar ouderlijk gezag te ontheffen, had het hof het in één opzicht gemakkelijk: de draagmoeder verleende volledige medewerking. Zij had vóór de geboorte verklaard geen bezwaar te hebben tegen haar ontheffing van het ouderlijk gezag en heeft dat standpunt ook na de geboorte gehandhaafd. Het kind heeft zij vrijwel onmiddellijk na de bevalling afgegeven aan de wensouders.

Maar wat nu, indien de draagmoeder op enigerlei moment van gedachten zou zijn veranderd? *Enigerlei* moment? *Welk* moment?

De contractualisering van de tussen de wensouders en de draagmoeder gemaakte afspraken vertoont een frappante gelijkenis met het geboorteprocés. De contractuele gebondenheid groeit naarmate zich meer voldongen feiten¹⁰ hebben voorgedaan die het leven van de betrokkenen (wensouders, draagmoeder, kind) ingrijpend raken. Op het moment waarop de initiële afspraak werd gemaakt, ontstond nog geen contractuele gebondenheid. Als nog geen enkele uitvoering is gegeven aan de afspraak, is er onvoldoende reden daaraan een andere status toe te kennen dan aan andere afspraken over belangeloze dienstverlening. Het is uiteraard ondenkbaar de vrouw in dit stadium tot nakoming te veroordelen, en wel aldus dat zij op straffe van ver-

9 Zie A.M.L. Broekhuysen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer 1991, p. 158.

10 Zie over de rol van het voldongen feit in het contractenrecht, B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer 1991.

beurte van een dwangsom de inplanting van een embryo moet ondergaan. Wanneer een begin is gemaakt met de nakoming van de afspraak en de inplanting heeft geleid tot de zwangerschap van de draagmoeder, verandert de situatie: er is nu een kind dat genetisch gezien is voortgekomen uit de wensouders. Dit kind wordt 'als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert' (art. 1:2 BW). De situatie verandert opnieuw ingrijpend als de draagmoeder het kind heeft afgegeven aan de wensouders en het kind opgroeit in hun gezin.

Stel: geruime tijd nadat zij het kind aan de wensouders heeft afgegeven, bedenkt de draagmoeder zich tijdens de procedure over de ontheffing en weigert verdere medewerking. Een rechterlijk oordeel waarin de vrouw wordt gehouden aan haar oorspronkelijke toezegging verdient dan serieuze overweging.

Een lastig probleem is uiteraard de bepaling van het omslagpunt: vanaf welk moment kan de draagmoeder in rechte worden veroordeeld tot nakoming? Hoewel het verleidelijk is hiervoor een vast punt te kiezen, bijvoorbeeld de geboorte van het kind of het moment waarop de zwangerschap de veertiende week is ingegaan, zal in de praktijk slechts van geval tot geval kunnen worden beslist. De situatie waarin het gezin van de wensouders verkeert, kan inmiddels zodanig zijn verslechterd, dat van de draagmoeder niet kan worden gevergd dat zij het kind na de geboorte aan hen afgeeft. Ook na een zwangerschap van dertien maanden kan het zo zijn dat de draagmoeder in een noodsituatie geraakt, die eist dat aan haar verlangen tot abortus gehoor wordt gegeven.

Oude waarheden wankelen: *mater semper certa*; moeder van een kind is de vrouw uit wie het kind is geboren (art. 1:198 BW). Uit welke vrouw is het kind geboren? Is in de zaak van het

Haagse Hof sprake van een kind met twee moeders: een genetische moeder en een 'baar' moeder?

Uit welke vrouw is het kind geboren? De opvatting dat dit natuurlijk de vrouw is die het kind heeft gebaard, heeft door de ontwikkeling van de embryo-implantatie veel van haar vanzelfsprekendheid verloren.¹¹

Het recht ontkomt niet aan contractualisering van afspraken over draagmoederschap. De maatschappelijke acceptatie van het feit dat twee vrouwen zich gezamenlijk inzetten voor de geboorte van een kind, noopt tot verlening van contractuele status aan hun afspraken, een contractueel kader waarin de wetgever desgewenst elementen van dwingend recht kan aanbrengen: maximumleeftijden voor wensmoeder en draagmoeder bijvoorbeeld.

NIET NAKOMEN VAN AFSPRAKEN ALS ONRECHTMATIGE DAAD

Wanneer is het niet nakomen van afspraken die geen overeenkomst opleveren, een onrechtmatige daad?

Man en vrouw leven samen 'als waren zij gehuwd'. Zij hebben afgesproken dat de vrouw een anticonceptiemiddel zal gebruiken ('de pil'). Na verloop van tijd houdt de vrouw daarmee op zonder dit aan de man mee te delen. Als zij vervolgens zwanger wordt, verbreekt de man de relatie. Hij wordt veroordeeld tot betaling van alimentatie ten behoeve van het kind. Was hier sprake van de niet-nakoming van een overeenkomst en was de vrouw op die grond gehouden de door de man geleden schade te vergoeden? Een volgende vraag rijst als de afspraak tot pilgebruik niet kan worden aangemerkt als een overeenkomst: is het

11 Zie ook J. de Ruiter, *HNJV* 1993 I, p. 99.

niet nakomen van deze afspraak, zonder dit aan de man te vertellen, een onrechtmatige daad?

Beide vragen werden voorgelegd aan het Duitse Bundesgerichtshof (BGH).¹² Over de eerste vraag is het BGH gedediceerd:

‘Zur personalen Würde und zum Persönlichkeitsrecht von Partnern, die miteinander Geschlechtsverkehr haben, gehört es, sich immer wieder neu und frei für ein Kind entscheiden zu können. (...) Daraus folgt, dass ein Partner sich nicht wirksam im voraus zur regelmässigen Anwendung eines Empfängnisverhütungsmittel rechtsverbindlich verpflichten kann.’

So far, so good; van de vrijheid om te allen tijde zelf te beslissen of zij een anti-conceptie middel zal gebruiken, kan de vrouw niet langs contractuele weg afstand doen. Zij kan niet door de rechter worden veroordeeld tot voortgezet pilgebruik.

Met betrekking tot de vraag of sprake is van een onrechtmatige daad is het BGH even gedediceerd, maar minder overtuigend:

‘Der Intimbereich zweier volljähriger Partner, die beim freiwilligen Geschlechtsverkehr nicht nur ihr sexuelles Bedürfnis befriedigen, sondern das Entstehen von Leben verantworten, unterliegt im Falle der Geburt eines Kindes grundsätzlich auch dann nicht dem Deliktsrecht, wenn der eine Partner dabei den anderen über die Anwendung empfängnisverhütender Massnahmen getäuscht hat.’

Ook dan geen onrechtmatige daad als de ene partner de ander over het gebruik van anticonceptiemiddelen heeft misleid. Het oordeel steunt vooral op ’s hofs visie op het belang van het kind:

‘Die Erkenntnis des Kindes, dass es durch seine eigene Existenz eine Haftung der Mutter gegenüber dem Vater ausgelöst hat, betrifft das Kind in der ihm zukommenden Menschenwürde.’

12 BGH 17 april 1986, BGHZ 97, 372.

De persoonlijke waardigheid van de moeder, de menselijke waardigheid van het kind; het BGH blaast hoog van de toren. Over het persoonlijkheidsrecht van de man wordt met geen woord gerept. Vormt de handelwijze van de vrouw niet een ernstige inbreuk op het recht van de man om, in overleg met de vrouw, zelf te beslissen over het krijgen van een kind? Is niet reeds op deze grond sprake van een onrechtmatige daad? Een bevestigend antwoord zou pijnlijke consequenties hebben, indien het enig mogelijke vervolg zou zijn: veroordeel de vrouw tot vergoeding van alle schade die de man heeft geleden. In dat geval zou de financiële armslag voor de verzorging en opvoeding van het kind in gevaar komen. Maar een andere afloop is zeer wel mogelijk: beperk de veroordeling tot een naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Door het gedrag van de vrouw is de man, aan wie, in strijd met de afspraak, een kind werd opgedrongen 'in zijn persoon aangetast' (art. 6:106 BW). Bij toekenning van deze vergoeding is niet zozeer de hoogte van het bedrag van belang, als wel de in de toekenning gelegen erkenning van het feit dat de vrouw de man onrecht heeft aangedaan.

De niet-nakoming van een afspraak die geen overeenkomst oplevert, is niet steeds een onrechtmatige daad. Van een onrechtmatige daad is slechts sprake als degene die de afspraak niet nakwam, had behoren te beseffen dat zijn gedrag niet door de maatschappelijke beugel kon wegens de ernst van de voorzienbare schade van de ander.

PROMISES, PROMISES; waar zouden wij zijn als we alles wat we ooit hebben beloofd, ook werkelijk hadden gedaan? Eén ding is zeker: niet op onze huidige plaats. Het ongestraft niet nakomen van een deel van onze toezeggingen behoort tot de

survival kit van ons allemaal, en niet alleen van de vorst, aan wie Machiavelli deze spiegel voorhield.¹³

13 'Quanto sia laudabile in uno principe mantenere la fede (...), ciascuno lo intende; nondimanco si vede, per esperienza ne'nostri tempi, quelli principi avere fatto gran cose, che della fede hanno tenuto poco conto.' Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, caput XVIII. ('Hoe prijzenswaardig het is als een machtig man zijn woord houdt (...) begrijpt iedereen. Toch leert de ervaring dat in onze dagen juist die machthebbers die zich aan hun woord weinig gelegen lieten liggen, grote dingen tot stand hebben gebracht. '; vertaling F. van Dooren, De Heerser, Amsterdam 2000, p. 124.)

WAT IS WAARHEID?

WAARHEIDSVINDING EN PRIVACY

Wat is waarheid? Pontius Pilatus tegen een verdachte die hem zojuist heeft voorgehouden: ik ben geboren om van de waarheid te getuigen.¹ Wat is waarheid? De vraag is door de evangelist Johannes opgetekend in het Grieks: *ti estin aletheia? A-letheia* betekent letterlijk ‘onverborgenheid’. Dit strookt met een gangbare theorie over het begrip ‘waarheid’: de correspondentietheorie. Een uitspraak is waar indien zij overeenstemt met de werkelijkheid. De uitspraak ‘in de doos zit een roos’ is waar als in de doos inderdaad een roos zit, en onwaar als dat niet het geval blijkt te zijn.

Eenvoud is slechts zelden kenmerk van het ware. Toegepast op de waarheidsvinding in het recht, schiet de correspondentietheorie hopeloos tekort. Komt hetgeen door partijen is gesteld overeen met de werkelijkheid? Een enkele maal zal het proces gericht zijn op de onthulling van het antwoord op deze vraag. Sloeg de Johanna Maria inderdaad plotseling bakboord uit, zoals de opvarenden van de Bamco VI met grote stelligheid beweren? Veel vaker, zeker in de letselschadepraktijk, zal het perspectief worden bepaald door de *on*werkelijkheid. Hoe zou de wereld van Johanna Maria van Dam eruit hebben gezien als de tegemoet-

1 Johannes 18:36-38.

komende auto niet plotseling op de linker rijbaan was terechtgekomen?

Hypotheses non fingo (hypothesen verzin ik niet), Isaac Newton in zijn *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*; de letselschade-advocaat doet niet anders dan verzinnen van hypothesen. Het dertigjarige slachtoffer zit in een rolstoel; haar duurzaam geestelijk en lichamelijk letsel is het gevolg van een verkeersongeval. Dit is de werkelijkheid. Hoe zou haar leven zijn verlopen als het ongeval niet had plaatsgevonden? Hier betreden wij onontkoombaar de wereld van de fictie. Zou zij vijfendertig jaar later afscheid hebben genomen als reatrix van een scholengemeenschap in Boskoop?

Waarheidsvinding en privacy. De spanning tussen beide zal vaak worden opgeroepen door een conflict waarbij de een op zoek is naar een waarheid die de ander wel kent, maar die hij met een beroep op het recht op respect voor zijn privéleven geheim wil houden. De vrouw die ongehuwd zwanger is geraakt wil de naam van de verwekker geheimhouden, ook tegenover haar dochter die op zoek gaat naar de waarheid omtrent de identiteit van haar biologische vader.² Maar omvat mijn recht op respect voor mijn privéleven ook het recht om mijzelf te beschermen tegen de waarheid over *mijzelf*?

In de vroege ochtend van uw veertigste verjaardag gaat de bel: een postbode. U ziet onmiddellijk dat het geen gewone postbode is, een helder licht omstraalt zijn hoofd. Twee aangetekende brieven uit Vaticaanstad. Hij geeft een korte toelichting. De ene brief bevat informatie over hetgeen u veertig jaar geleden is overkomen. Uw moeder heeft u verteld dat u bent geboren uit een vluchtige relatie met een Griekse zeeman waarvan zij zich

2 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

nog slechts zijn voornaam kan herinneren: Aristotelis. De brief bevat zijn volledige naam en het adres waar hij thans verblijft. In de tweede brief staat wat uw lot zal zijn over veertig jaar, bijvoorbeeld: reeds twintig jaar geleden overleden, verblijft sedert drie jaar in inrichting voor demente bejaarden of is samen met zijn recente vriendin druk in de weer in zijn wijngaarden in de omgeving van Montepulciano.

Wat doet u? Ik schat dat u de eerste brief opent en leest. Wie weet, is Aristotelis wel Aristotelis Onassis, een man die later niet zonder succes in de rederij is gegaan. In dat geval is Jacqueline Kennedy nog uw stiefmoeder geweest.

De tweede brief, daar ben ik vrij zeker van, geeft u ongelezen prijs aan de vlammen van uw open haard. Er is een principiële verschil tussen waarheid over het eigen verleden en een waarheid over de eigen toekomst. Een waarheid uit het verleden kan uiteraard ook ingrijpend zijn (uw vader blijkt niet uw vader te zijn), maar een voortijdige onthulling van de dingen die komen gaan, heeft een verlamme uitwerking op een leven dat nog geleefd moet worden.

Hoofden van Lebak: eens sterven wij allen! De mens is het enige dier dat weet heeft van zijn onontkoombaar lot: de dood. Tot zijn geluk weet hij in de regel niet wanneer en onder welke omstandigheden deze ingrijpende gebeurtenis zal plaatsvinden (*certum an, incertum quando*). De Trojaanse koningsdochter Cassandra is een uitzondering. Zij werd na de val van Troje als krijgsbuit meegevoerd door Agamemnon. Cassandra voorzag dat zij samen met haar nieuwe heer en meester zou worden vermoord door diens vrouw Klytaimnestra en haar minnaar:

'Die vrouw – leeuwin met mensenklauwen, die een wolf in bed nam, toen de fiere leeuw het hol verliet – slacht mij erbij. Zij roert het gif en voegt mijn portie aan zijn doodsdrank toe.'³

Kassandra ervoer dit heldere zicht op haar eigen toekomst als een straf van de god Apollo, die zij in bed had afgewezen.

Wie beroepshalve wél voelt voor de rol van Cassandra is de aansprakelijkheidsverzekeraar; niet zozeer om zijn eigen levens-einde te voorspellen, maar om zoveel mogelijk zicht te krijgen op hetgeen de toekomst te bieden zou hebben gehad voor het slachtoffer, indien het ongeval waarvoor zijn verzekerde aansprakelijk is niet zou hebben plaatsgevonden.

Een recente uitspraak van het Belgische Hof van Cassatie bevat een interessant voorbeeld van deze Cassandra-rol. Bij een verkeersongeval waarvoor het Vlaams Gewest verantwoordelijk is (onvoldoende waarschuwen voor gladheid door ijzel) komt M om het leven. Zijn weduwe vordert schadevergoeding (derven van levensonderhoud). Het Hof van Cassatie neemt tot uitgangspunt dat het slachtoffer dat op het moment van overlijden zevenentwintig jaar oud was, tot zijn vijfenzestigste verjaardag nog een 'lucratieve levensduur' van achtendertig jaar voor de boeg zou hebben gehad, indien het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden. Het Vlaams Gewest had hiertegen aangevoerd 'dat rekening dient te worden gehouden met het feit dat vele huwelijken eindigen op een echtscheiding en derhalve er maar van dient uitgegaan te worden dat dit tevens het geval zou zijn bij U.M (de weduwe) zodat zij slechts gerechtigd zou zijn op 1/3 van de post inkomensderving.'

3 Aischylos, Agamemnon, vv. 1258 e.v. Vertaling M. d'Hane-Scheltema.

FALLACY OF MISPLACED CONCRETENESS

Die Liebe dauert, oder dauert nicht; dat geldt ook voor België. Ook in België eindigen niet alle huwelijken op de wijze die de voorkeur geniet van het Vaticaan: door de dood. De redenering van het Vlaams Gewest is een fraaie illustratie van wat de Engelse filosoof Alfred North Whitehead heeft genoemd de *Fallacy of Misplaced Concreteness*.

‘This fallacy consists in neglecting the degree of abstraction involved when an actual entity is considered merely so far as it exemplifies certain categories of thought.’⁴

Of korter: mistaking our abstractions for concrete realities.⁵

‘Van alle Nederlanders ging vorig jaar twintig procent met vakantie naar Frankrijk.

Praamstra is Nederlander.

De kans dat Praamstra vorig jaar met vakantie naar Frankrijk ging, bedraagt twintig procent.’

Zouden wij de ‘actual entity’ Praamstra louter bezien van uit één ‘category of thought’, zijn nationaliteit, dan klopt de conclusie wel: een kans van twintig procent dat Praamstra vorig jaar met vakantie naar Frankrijk is geweest. Naarmate we over Praamstra meer weten dan het enkele feit dat hij Nederlander is, smelt deze conclusie als sneeuw voor de zon. De wetenschap dat Praamstra een uitgesproken hekel heeft aan Fransen (‘opgeblazen kikkers’), gevoegd bij het feit dat hij enkele jaren geleden een romantische

4 A.N. Whitehead, *Process and Reality*, Cambridge 1929, p. 9.

5 A.N. Whitehead, ‘Science and the Modern World’, *Lowell Lectures* 1925, ch. III.

bouwval heeft gekocht in de Toscaanse heuvels, reduceren de kans van een vakantieverblijf in Frankrijk tot vrijwel nul.

Mistaking our abstractions for concrete realities. Een abstractie, de echtscheidingsfrequentie in België, wordt toegepast op een concrete echtverbintenis, het huwelijk van M en U.M. Het Hof van Cassatie maakt korte metten met dit betoog. 'Een dergelijk argument komt het hof in het kader van huidig geschil als niet pertinent dienend en zelfs eerder als ongepast voor.'⁶

Maar wat indien de aansprakelijke partij en haar verzekeraar over concrete aanwijzingen beschikken dat het huwelijk van het slachtoffer en zijn vrouw zich in een diep dal bevond? Kan in dat geval ook worden gezegd dat het niet pertinent dienend en/of zelfs ongepast is om aan te voeren dat, zo het dodelijk ongeval niet had plaatsgevonden, het huwelijk waarschijnlijk door echtscheiding zou zijn ontbonden en de vrouw van haar voormalig echtgenoot levensonderhoud zou hebben ontvangen gedurende een periode van maximaal twaalf jaar (art. 1:157 lid 4 BW)?

Omvat het recht op respect voor het privé- en gezinsleven het recht om gevrijwaard te blijven van een debat over de vraag of dit huwelijk deze crisis al dan niet zou hebben overleefd?

Het vereiste respect voor het privéleven komt ook in het gedrang bij het peilen van de kans dat de jonge weduwe opnieuw in het huwelijk zal treden. Als haar man door een verkeersongeval om het leven komt, is mevrouw De Vries 32 jaar oud. Nationale Nederlanden, de WAM-verzekeraar van de automobilist die aansprakelijk is voor het ongeval, voert aan dat bij de berekening van de schade door het derven van levensonderhoud rekening moet worden gehouden met de hertrouwkansen van mevrouw De Vries. Het hof houdt de boot af:

6 Hof van Cassatie 16 december 2004, nr. RC 04CG7.

‘Allereerst is niet duidelijk of NN doelt op een abstracte, aan de hand van statistische gegevens te berekenen hertrouwkans of veeleer op de concrete mogelijkheid dat deze weduwe hertrouwt. Bedoelt NN het eerste dan had NN tenminste moeten aangeven of betrouwbare statistische gegevens beschikbaar zijn die het mogelijk maken een zodanige correctie te berekenen. Bedoelt NN het laatste dan is zij in gebreke concrete feiten en omstandigheden te stellen die het verantwoord maken te verwachten dat de weduwe zal hertrouwen.’

In cassatie klaagt Nationale Nederlanden dat zij wel degelijk concrete feiten en omstandigheden had aangedragen die de verwachting rechtvaardigden dat mevrouw De Vries zou hertrouwen. Na het overlijden van haar man was zij met een ander gaan samenwonen. Bovendien viel haar trouwlustige aard af te leiden uit het feit dat zij vóór haar huwelijk met De Vries reeds met een ander getrouwd was geweest.

De Hoge Raad verwierp deze klacht. Het hof had niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting; evenmin was 's hofs oordeel onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Daarbij verdient aantekening, aldus de Hoge Raad, dat het hof het door Nationale Nederlanden gestelde kennelijk onvoldoende heeft geoordeeld om daaruit af te leiden dat hertrouwen van de weduwe met een voldoende mate van zekerheid viel te verwachten.⁷

QUE SERA, SERA

Bij het berekenen van de hertrouwkans komt de *privacy* van drie zijden onder vuur te liggen. In de eerste plaats door het researchewerk dat nodig is om te bepalen of de nieuwe voordeurdelaar aangemerkt moet worden als levensgezel dan wel als kostganger.

7 HR 29 april 1994, NJ 1995, 609.

In de tweede plaats is de omstandigheid dat de samenwonenden niet slechts de voordeur, maar ook het bed delen, een volstrekt onbetrouwbare indicatie omtrent het bestaan van trouwplannen. In de derde plaats is de ontwikkeling van een relatie als waarvan sprake, gebaat bij een grote mate van ongewisheid als het gaat om de toekomst. De betrokkenen doen goed de ander noch zichzelf dagelijks te confronteren met de vraag: willen wij met elkaar in het huwelijk treden? Als bij gelegenheid van een comparitie de kwestie van het bestaan van concrete trouwplannen aan bod zou komen, is een eerlijk en legitiem antwoord: *Que sera, sera*.

Op één punt is het recht om niet te worden geconfronteerd met de waarheid omtrent de eigen toekomst hecht verankerd in de wet:

‘Indien de patiënt te kennen heeft gegeven geen inlichtingen te willen ontvangen, blijft het verstrekken daarvan achterwege, behoudens voor zover het belang dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien.’ (art. 7:449 BW)

‘Het recht op niet weten’, zo luidt de titel van het proefschrift van Ingrid Ravenschlag dat is gewijd aan dit onderdeel van de wettelijke regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling.⁸

Anja is dertig jaar. In haar familie komt borstkanker tamelijk frequent voor. Zij besluit een onderzoek te laten uitvoeren om een eventuele predispositie voor borstkanker op te sporen. Als een mutatie wordt aangetroffen, heeft zij een kans van zestig procent op borstkanker en is de kans dat zij vóór haar vijftigste jaar overlijdt, aanzienlijk. Kort nadat de diagnose is uitgevoerd, verzoekt zij de arts haar de resultaten niet mee te delen. Enkele

8 I. Ravenschlag, *Het recht op niet weten*, Amsterdam 1992.

maanden later wordt zij slachtoffer van een verkeersongeval waardoor zij blijvend arbeidsongeschikt raakt. Zij eist vergoeding van haar inkomensschade gebaseerd op het uitgangspunt dat zij op vijftenzestigjarige leeftijd als gemeentesecretaris van Almelo met pensioen zou gaan.

‘Partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren’ (art. 21 Rv). Is Anja gehouden de testresultaten alsnog op te vragen en door te geven aan de verzekeraar van de aansprakelijke partij? Een instructie om de resultaten niet aan haarzelf mee te delen, maar uitsluitend aan de aansprakelijkheidsverzekeraar en aan haar eigen advocaat, is niet écht een oplossing. Vroeg of laat komt ze dan toch achter de waarheid.

Het recht om te worden beschermd tegen de verpletterende druk van de waarheid is een fundamenteel recht. In het Valkenhorst-arrest heeft de Hoge Raad het algemene persoonlijkheidsrecht aangemerkt als grondslag van zowel vanouds bekende grondrechten als vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting, als nieuwe, tot dat moment nog onbeschreven, grondrechten zoals het recht op de waarheid omtrent zijn of haar afstamming.⁹ Het recht om desverkiezend niet te worden geconfronteerd met de waarheid over een eventueel aanwezige predispositie voor borstkanker, is zeker onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht. Maar het fundamentele karakter van het recht om niet te worden blootgesteld aan deze waarheid betekent niet dat het aanspraak kan maken op een absolute prioriteit en voor geen enkel ander recht behoeft te wijken.

De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft er recht op niet te worden veroordeeld tot vergoeding van méér dan de in werke-

9 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

lijkheid geleden schade. Brengt dat niet noodzakelijkerwijs mee dat hij recht heeft op volledige opening van zaken over het leven dat de toekomst voor het slachtoffer in petto zou hebben gehad als het ongeval niet had plaatsgevonden? Ook van fundamentele rechten kan afstand worden gedaan. Wie vergoeding van inkomensschade eist, baseert de omvang daarvan op de toekomst die hem te wachten zou hebben gestaan als het ongeval achterwege was gebleven. Is het niet zo dat hij in dat geval afstand doet van het recht om niet te worden geconfronteerd met akelige waarheden?

B raakt na een verkeersongeval langdurig arbeidsongeschikt; hierbij hebben overwegend psychische factoren een rol gespeeld en is het bij de aanrijding opgelopen letsel nauwelijks van invloed geweest. Het Hof was van oordeel dat deze omstandigheden voor rekening van B kwamen. Dit oordeel vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad:

‘Het hof heeft ten onrechte de persoonlijkheidsstructuur van het slachtoffer en de moeilijkheden in diens privé-leven aangemerkt als omstandigheden die aan het slachtoffer moeten worden toegerekend en op die grond de vergoedingsplicht verminderd door de schade te verdelen over het slachtoffer en de dader. Voor zulk een verdeling is slechts plaats onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld indien het slachtoffer van zijn kant zich – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur en zijn privé-moeilijkheden – onvoldoende inspant om een bijdrage te leveren aan het herstelproces.’

B ontvangt een zak met geld, maar wel tegen een prijs: onthulling van het feit dat hij beschikt over een ‘hysterisch-neurotische persoonlijkheidsstructuur en een sterke neiging tot aggraving.’¹⁰

10 HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.

Het slachtoffer van het verkeersongeval heeft een legitiem belang om niet te weten hoe groot de kans is dat zij vóór haar vijftigste zal overlijden aan borstkanker. De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft een evenzeer legitiem belang om niet te worden veroordeeld tot een vergoeding die is gebaseerd op een veronderstelde 'lucratieve' levensduur eindigend op vijfenzestigjarige leeftijd, maar die in werkelijkheid vijftien jaar korter zal duren.

Hoe moet dit belangenconflict worden beslecht? Twee alternatieven dienen zich aan.

In de eerste plaats is het mogelijk op de voet van artikel 6:105 BW de aansprakelijke partij niet te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens, maar tot betaling van periodiek uit te keren bedragen.¹¹ In dat geval behoeven partijen zich niet uit te laten over de prognose van borstkanker en hoeft het slachtoffer niet jarenlang te leven met de wetenschap van een kans van zestig procent op borstkanker. Artikel 6:105 lid 2 bepaalt immers dat de periodieke uitkering kan worden gewijzigd, indien zich na de uitspraak omstandigheden voordoen, die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn en met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling der bedragen geen rekening is gehouden. Mocht zich bij het slachtoffer op vijfenveertigjarige leeftijd borstkanker openbaren en leidt dit tot een blijvende arbeidsongeschiktheid die ook zou zijn ingetreden als het verkeersongeval niet had plaatsgevonden, dan is dit reden om de periodieke uitkering te staken.¹²

11 Zie voor een geval waarin de rechtbank een voorkeur uitsprak voor schadevergoeding in de vorm van periodiek uit te keren bedragen Rechtbank Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847.

12 HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292.

In de tweede plaats kan uiteraard het belangenconflict worden beslecht door één van beide belangen het zwaarst te laten wegen. De voorkeur voor betaling van een som ineens zal vaak uitgaan van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Zo hoeft hij de lotgevallen van het slachtoffer niet jarenlang te volgen en kan hij dit dossier sluiten. Betaling van een som ineens brengt onvermijdelijk mee dat de vergoeding een groter confectiekarakter draagt dan het geval zou zijn geweest bij veroordeling tot periodieke uitkeringen die kunnen worden aangepast aan de gewijzigde omstandigheden. Achteraf kan blijken dat de vergoeding te ruim is uitgevallen, omdat het slachtoffer de veronderstelde pensionering op vijftienjarige leeftijd door voortijdig overlijden niet heeft mogen meemaken. Maar ook kan blijken dat de vergoeding te krap was bemeten, omdat de toegepaste sterftkanscorrectie (aftrek wegens een kans van zestig procent op overlijden vóór de vijftigjarige leeftijd) feitelijke grondslag mist: het slachtoffer rijdt op zeventigjarige leeftijd nog steeds rond in haar rolstoel.

Het eerste is minder erg dan het tweede. Om het eerste euvel te voorkomen is nodig dat we het slachtoffer dwingen de waarheid omtrent haar eventuele predispositie voor borstkanker onder ogen te zien. In dat geval heeft de aansprakelijke partij niet slechts haar blijvende invaliditeit veroorzaakt, maar ook inbreuk gemaakt op haar 'informatieele autonomie', haar recht om, desverkiezend, niet te worden geconfronteerd met de waarheid over de eigen toekomst. *Que sera, sera.*

Een tegenwerping: omvat het uitgangspunt, dat niet minder, maar ook niet méér wordt vergoed dan de *werkelijk* geleden schade, niet de dwingende eis dat het slachtoffer wordt geconfronteerd met hetgeen de toekomst te bieden zou hebben gehad, zo het ongeval achterwege was gebleven? Deze tegenwerping noopt ertoe de status van het uitgangspunt onder ogen te zien.

VOLLEDIGE VERGOEDING VAN DE WERKELIJK GELEDEN SCHADE

Het recht op *volledige* vergoeding van de *werkelijk* geleden schade; is dit een geloofsartikel of een constitutioneel verankerd grondrecht?¹³ Voor het gehele domein van het schadevergoedingsrecht geldt dat de werkelijke schade slechts kan worden bepaald door vergelijking met een onwerkelijke situatie: hoe zou de benadeelde ervoor hebben gestaan, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgevonden? Meestal vergt dit geen al te grote verbeeldingskracht. Hoe zou de schuldeiser in financieel opzicht eraan toe zijn geweest als de schuldenaar op 15 november niet vierduizend knollen had geleverd, maar, zoals afgesproken, vierduizend citroenen? In het letselschaderecht is de hypothesevorming weerbarstiger. Hoe zou het leven zijn verlopen als het ongeval achterwege was gebleven? Soms valt het ook hier nog wel mee, vooral als we ons beperken tot de inkomensvormende activiteiten. Met betrekking tot een drieënzestigjarige hoogleraar die reeds een datum voor zijn afscheidsrede heeft gereserveerd, kan met een grote mate van precisie worden bepaald welk inkomen hij zou hebben verworven als hij niet door het ongeval arbeidsongeschikt was geraakt.

Naarmate zijn leeftijd lager is, wordt het fictionele gehalte van het verhaal over de toekomst die het slachtoffer te wachten zou hebben gestaan, dienovereenkomstig groter. Met behulp van welk scenario moeten letselschadejuristen (advocaten en rechter), deze weerbarstige fictie te lijf gaan. Twee verhalen over zeer jeugdige slachtoffers.

Op 3 juni 1982 heeft te Utrecht een verkeersongeval plaatsgevonden waarbij Emiel Verboom (geboren op 20 maart 1981), bij

13 In deze laatste zin, S.D. Lindenbergh, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2004, p. 111 e.v.

zijn ouders achterin de auto in een kinderstoeltje zittend, hersenletsel heeft opgelopen, en wel zodanig dat hij zijn hele leven zal zijn aangewezen op een vorm van beschermd wonen. Hoe zou zijn leven zijn verlopen als het ongeval niet had plaatsgevonden? Op 23 mei 2001 wijst de Rechtbank Amsterdam een (tussen)vonnis:

‘Het formuleren van een redelijke verwachting over de toekomstige persoonlijke ontwikkeling, scholing en loopbaanontwikkeling van een peuter van ongeveer 14 maanden veronderstelt dat daarvoor voldoende aanknopingspunten zijn. In dat verband hebben Verboom c.s. gesteld dat als redelijke referentie kan gelden de ongeveer negen jaar oudere broer van Emiel, die in de verpleging werkzaam is. Nu SunAlliance (de verzekeraar van de automobilist die aansprakelijk is voor het ongeval; jhn) heeft aangegeven daarmee te kunnen instemmen, gaat ook de rechtbank hiervan uit.’

Bij de begroting van de schade moet, aldus de Rechtbank, rekening worden gehouden met een loopbaan als A-verpleegkundige zonder specialisatie. Het komt de rechtbank ‘niet reëel voor bij de berekening een pensioneringsleeftijd van vijfenzestig jaar aan te houden. Naar algemeen bekend is, treedt het overgrote deel van de verpleegkundigen reeds op eerdere leeftijd uit. Een uittredingsleeftijd van eenenzestig jaar komt voor de schadeberekening reëel voor.’¹⁴

Uit Zwolle een ander verhaal. De rechtbank ter stede:

‘De rechtbank is van oordeel dat bij het vaststellen van de schade ervan uitgegaan moet worden dat Josine [toen zij 18 maanden oud was; jhn] blijvend invalide is geworden [als gevolg van een medische fout; jhn] en voor haar verdere leven volledige verpleging zal behoeven, waarvan de kosten niet voor haar rekening zullen komen. Het verdient naar het oordeel van de

14 Rechtbank Amsterdam 23 mei 2001, rolnummer H 96.2847.

rechtbank de voorkeur niet uit te gaan van de gevolgen van verloren arbeidsvermogen, omdat dan te zeer een wissel zou moeten worden getrokken op veronderstelde mogelijkheden, welke Josine in de toekomst zou hebben gehad, indien het onderhavige accident zich niet had voorgedaan, doch welke mogelijkheden in belangrijke mate slechts op grond van speculatie kunnen worden aangegeven. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er in deze aanleiding tot toekenning van een zodanige immateriële schadevergoeding, dat daaruit (mede) uitgaven zullen kunnen worden bekostigd welke kunnen dienen om het leven voor Josine zoveel mogelijk te veraangename en waaruit extra mogelijkheden kunnen worden bekostigd voor een zinvolle tijdsbesteding.¹⁵

Het inkomen van een oudere broer tot uitgangspunt nemen of een fonds vormen waaruit kan worden geput om het leven van het slachtoffer nog zoveel mogelijk te veraangename; welke van beide benaderingen komt het dichtst in de buurt van volledige vergoeding van de werkelijke schade?

Wat is het realiteitsgehalte van de hypothese dat Emiel in de voetsporen zou zijn getreden van zijn negen jaar oudere broer en op eenenzestigjarige leeftijd zou zijn gepensioneerd als A-verpleegkundige zonder specialisatie? De aanvaardbaarheid van deze wijze van schadebegroting is niet zozeer gelegen in de waarschijnlijkheid dat het inderdaad zo zou zijn gelopen, als wel in de omstandigheid dat een berekening uitgaande van deze hypothese op instemming kan rekenen van zowel eiser als gedaagde. Voor de laatste zal een rol hebben gespeeld dat de verpleging een beroep is dat in verhouding tot zijn maatschappelijk belang bescheiden wordt gehonoreerd. SunAlliance zou heel wat minder makkelijk akkoord zijn gegaan met de negen jaar oudere broer als referentie als deze na een carrière als beroepsvoetballer bij Ajax en Manchester United zojuist een contract had onder-

15 Rechtbank Zwolle 23 december 1992, rolnummer 1014/89.

tekend om als coach het team van AC Milan onder zijn hoede te nemen. En wat, indien Emiel geen oudere broers zou hebben gehad, was dan, onder het motto, zo vader, zo zoon, ook de loopbaan van zijn vader als maatstaf in aanmerking gekomen?

De Zwolse Rechtbank ziet bewust af van 'speculatie' omtrent de mogelijkheden die Josine in de toekomst zou hebben gehad, als de medische fout niet was gemaakt. De rechtbank koerst af op een vergoeding die kan worden aangewend om het leven van Josine zoveel mogelijk te veraangename. Een kinderachtig bedrag zal dat niet zijn geweest; het voorschot werd bepaald op f 250.000.

De rechtbank laat na gedaagde te veroordelen tot vergoeding van het inkomen dat Josine derft. Verzaakt zij zo haar taak als rechter? Als de fout niet zou zijn gemaakt, zou Josine met een grote mate van waarschijnlijkheid inkomen uit arbeid hebben verworven. Hoeveel? Daarover valt weinig te zeggen. Een oordeel daarover zou te zeer een wissel trekken op veronderstelde mogelijkheden van Josine, aldus de rechtbank. Mag dat reden zijn om op dat punt in het geheel geen vergoeding toe te kennen en de veroordeling te beperken tot toekenning van smartengeld?

Bezien vanuit de traditionele coördinaten van het letselschaderecht verdient de Amsterdamse aanpak de voorkeur. Wel is het zo dat deze benadering aan waarachtigheid wint, als de hypothese dat zonder het ongeval Emiel zestig jaar later zou zijn afgewaaid als A-verpleegkundige zonder specialisatie, niet wordt gepresenteerd als 'een redelijke verwachting over zijn toekomstige persoonlijke ontwikkeling, scholing en loopbaanontwikkeling'. Deze *Fallacy of Misplaced Concreteness* kan op twee manieren worden vermeden. We kunnen een oude begrotingsmaatstaf onder het stof vandaan halen en daaraan een geheel nieuwe

functie verlenen: 'de stand en fortuin'¹⁶ van het gezin waarin het slachtoffer werd geboren. In dat geval ontvangen Emiel I en Emiel II sterk verschillende bedragen al naar gelang de ooievaar hen veertien maanden tevoren heeft afgeleverd in een Amsterdamse stadsvilla aan de Apollolaan, dan wel in een bovenwoning in de Derde Helmersstraat vierhoog. Een andere mogelijkheid is uiteraard, uitgaan van een modale scholing en loopbaanontwikkeling. Als zodanig kan wellicht de scholing en loopbaanontwikkeling van een A-verpleegkundige zonder specialisatie uitstekend dienst doen.

Een radicaler alternatief met betrekking tot de gevallen waarin een verkeersongeval of een medische fout heeft geleid tot blijvende invaliditeit van een zeer jeugdig kind, is het volgen van het Zwolse spoor. Verlaat de traditionele coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht. De gangbare cartografie eist dat een hypothetische lijn in kaart wordt gebracht: langs welke lijn zou het inkomen van de benadeelde zich hebben ontwikkeld, als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, was uitgebleven?¹⁷ Hoe zou het leven van Emiel en Josine zijn verlopen, als ... Waarom het verschiet van dit gedroomde leven niet prijsgegeven en het oog gericht op nog slechts één toekomstperspectief: hoe optimaliseren we de toekomst van dit blijvend invalide kind?¹⁸ Wat is daarvoor nodig?

Van de kant van het recht is daarvoor in ieder geval nodig dat we ons realiseren dat het bij het toekennen van smartengeld om méér gaat dan financiering van de veraangenaming van het

16 Vgl. art. 1407 (oud) BW.

17 Zie daarover A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer 1965, p. 17 e.v.

18 Zie in deze zin S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, *Schade: vergoeden of beperken*, Den Haag 2004, p. 73 e.v.

leven, ter compensatie van de gederfde levensvreugde. De strijd tegen de handicaps vergt veel van ouders en professionele begeleiders, maar het meest van de gehandicapte zelf. 'In het afgelopen jaar is met Emiel [in dat jaar achttien geworden; jhn] toegewerkt naar het wonen in een beschermde woonvoorziening: cursus Randmeer College, vrijetijdsbesteding meer los van de groep, zelfredzaamheid uitbreiden (...) ook de verantwoordelijkheid van Emiel ten aanzien van taken is toegenomen', aldus een door de rechtbank geciteerde behandelrapportage. Niet het zoveel mogelijk 'veraangenamen' van het gehandicapt bestaan, maar het veroveren van een zo groot mogelijke autonomie;¹⁹ daarop dient het vizier gericht te zijn. Voor Emiel betekent dat: 'wonen met accent op zelfstandigheid met structurerende begeleiding'. Het accent op zelfstandigheid vergt uiteraard hogere uitgaven dan nodig zijn, indien de vergoeding wordt beperkt tot een tegemoetkoming bestemd voor de 'veraangenaming' van het leven, ter compensatie van de 'gederfde levensvreugde'.²⁰

Welke weg voert het letselschaderecht naar de waarheid omtrent de vergoeding waarop Emiel en Josine recht hebben? Is dat de Amsterdamse, of is dat de Zwolse weg?

Wat is waarheid? Ongemerkt zijn wij terechtgekomen bij een andere vraag: wat is wijsheid?

Wijsheid is in ieder geval het inzicht dat de waarheid van het recht zelden enkelvoudig is. Naar gangbare opvatting draait het gehele schadevergoedingsrecht om één Archimedisch punt: hoe

19 In de Duitse rechtsliteratuur staat deze visie op smartengeld bekend als de Überwindungstheorie; zie daarover S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer 1998, p. 35.

20 Het gaat hier om kosten ter beperking van verlies van levensvreugde. Zie voor de vraag of deze kosten moeten worden aangemerkt als vermogensschade dan wel als immateriële schade, A. Bolt, *Schadevergoeding: een eeuw later*, Deventer 2002, p. 3.

zou de benadeelde ervoor staan indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, achterwege zou zijn gebleven? A's olietank scheurt open en een grote hoeveelheid olie komt terecht in de bodem van een aan B toebehorend perceel. Hoe zou B ervoor staan als A's olietank niet was opengescheurd? Hij was dan nog, als tevoren, de gelukkige bezitter van een stuk schone grond. De kosten verbonden aan verwijdering van de olie en herstel in de vorige toestand komen voor vergoeding in aanmerking. Een kind kan de was doen.

Een vrouw wordt ongewenst zwanger als gevolg van een sterilisatiefout van een arts. Hoe zou zij ervoor hebben gestaan als de fout niet was gemaakt? Inderdaad, niet zwanger. Deze toestand kan op eenvoudige wijze en tegen betrekkelijk lage kosten worden hersteld: verwijdering van de vrucht door middel van abortus. Het valt niet moeilijk in te zien dat het gangbare oriëntatiepunt hier tot een verre van optimaal resultaat leidt. De autonomie van de vrouw is in het geding. Een keuze vóór anticonceptie laat de vrouw vrij in haar keuze tégen abortus.²¹ Als de vrouw besluit het kind ter wereld te laten komen, berooft haar dat niet van aanspraak op een vergoeding die uitgaat boven de kosten van abortus. Wel is het zo dat het traditionele spoor van het aansprakelijkheidsrecht (volledige vergoeding van de *concrete* schade) in dat geval moet worden verlaten. De Hoge Raad doet dit door te kiezen voor een abstracte schadevaststelling (de opvoedingskosten van een modaal kind, te bepalen aan de hand van zogeheten NIBUD-normen).²²

De Amsterdamse Rechtbank volgde trouw de traditionele route: hoe zou het de benadeelde zijn vergaan als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgevonden?

21 Zie Hof Leeuwarden, te kennen uit HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.

22 Zie het in de vorige noot aangehaalde arrest.

Hoe zou het leven van Emiel zijn verlopen als hij niet – veertien maanden oud – slachtoffer was geworden van een verkeersongeval? Uit het voorgaande blijkt dat een ander spoor niet onontkoombaar naar het moeras voert. Een verdere verkenning van de Zwolse weg verdient de voorkeur.

ZEVEN ZUILEN VAN ONGESCHREVEN RECHT

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

DE CANON

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

Zijn antwoord: Kaïn en Abel? Geen idee; al sla je me dood. Pleit dit antwoord tegen benoeming? Heeft de kandidaat een hoofdzonde begaan door de canon te verzaken? De canon; het fonds van verhalend proza dat iedere jurist moet lezen en herlezen, niet omdat dit ten goede komt aan zijn algemene ontwikkeling en de stilering van zijn schrijf- en spreekvaardigheid, maar sterker: omdat deze canon het fundament vormt van het ongeschreven recht: redelijkheid en billijkheid als pijlers van het contractenrecht en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als grondslag en toetssteen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

De bezwaren die kunnen worden aangevoerd tegen de vaststelling van een literaire canon, liggen voor het oprapen. Leidt canonisatie van een beperkt aantal – in dit geval zeven – boeken niet onvermijdelijk tot uitsluiting van hele bibliotheken vol

prachtige literatuur? Het antwoord ligt evenzeer voor de hand: nee. Het staat iedereen vrij zijn besef van de zompige gang van het recht te verdiepen door de lectuur van een niet-canoniek meesterwerk, Dickens' *Bleak House*:

'And hard by Temple Bar, in Lincoln's Inn Hall, at the very heart of the fog, sits the Lord High Chancellor in his High Court of Chancery. (...) Jarndyce and Jarndyce drones on. This scarecrow of a suit has, in course of time become so complicated, that no man alive knows what it means. The parties to it understand it least.'

Een ander bezwaar is vooral in de Verenigde Staten naar voren gebracht. Iedere canon geeft stevast blijk van een hoog DWM-gehalte. Dat geldt ook voor het hier gecanoniseerde zevental. Voor zover de auteurs bekend zijn, zijn het Dode Witte Mannen. Waarom niet *The Bluest Eye*, een indringend boek over een voor juristen uiterst belangwekkend thema: emancipatie. 'The novel tries to hit the raw nerve of racial self-contempt (...) Each night, without fail, she prayed for blue eyes', een boek geschreven door Toni Morrison, een springlevende negerin? Ja, waarom niet? De reden is dat iedere canon kiest, en moet kiezen, voor het reeds ruim gebaande pad. De canon beantwoordt slechts aan zijn doel als de daarin opgenomen boeken duurzame weerklank hebben gevonden. Een hoog oplagecijfer is niet vereist, regelmatige heruitgave wel. Dit leidt ontegenzeggelijk tot een traditionele, weinig verrassende keuze, maar niet tot een keuze die ertoe strekt de samenstelling van de canon eens en voor altijd te fixeren. Demografische ontwikkelingen binnen multicultureel Nederland kunnen heel wel ertoe leiden dat binnenkort méér mensen het verhaal van Jozef en zijn broeders kennen uit het twaalfde hoofdstuk van de Koran ('Surat Yusuf') dan uit het eerste boek van de Bijbel. De uiteenlopende culturele fundering van 'de in Nederland

levende rechtsovertuigingen, een van de door de wetgever aange-
wezen bronnen van het ongeschreven recht (art. 3:12 BW), zal
steeds dringender de aandacht vragen voor de grote, funderende
verhalen van andere culturen: het verhaal van Krishna en Arjuna
bijvoorbeeld, onderdeel van het Hindu epos *Mahabharata*:
‘Welke macht is het, Krishna, die de mens tot de zonde leidt,
tegen zijn wil, als ware hij machteloos?’ (Bhagavad Gita, 3:36).

KAÏN EN ABEL

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

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

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

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

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

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

Het relaas van de lotgevallen van Romulus en Remus bevat voor juristen interessante stof: de confrontatie van twee gezichtspunten die in uiteenlopende richting wijzen zonder de mogelijkheid om met behulp van een vast criterium uit te maken welk gezichtspunt de doorslag geeft. Waarom behoort het toch niet tot de funderende verhalen van het recht? De reden is dat het hier gaat om een *petite histoire*; het verhaal is af. Het anekdotisch gehalte wordt nog onderstreept door Livius die eraan toevoegt dat een ander gerucht (*fama*) over de toedracht van de dood van Remus in ruimere kring is verspreid. Remus zou spottend over de nieuwe, door Romulus gebouwde muren zijn gesprongen. Romulus, in toorn ontstoken, doodt zijn broer Remus, de gelegenheid te baat nemend voor een gevleugeld woord: 'Zo zal het een ieder vergaan die over mijn muren springt'.¹

Het verhaal van Kaïn en Abel is van een geheel ander gehalte. Het is volstrekt niet 'af'. Het bevat de grondstof voor een *never ending story*: ben ik mijns broeders hoeder? Deze vraag ontke-

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

tent een reeks nieuwe vragen. In de eerste plaats de vraag of het wel een vraag is. Aan het einde van de vierde eeuw na Chr. vertaalde Hieronymus de Hebreeuwse grondtekst in het Latijn: *num custos fratris mei sum*; ik ben toch niet mijns broeders hoeder? In deze Latijnse vertaling, in latere eeuwen bekend als de Vulgaat, is het woord van Kaïn in het collectieve geheugen van Europa gegrift. Zo krijgt de vraag een sterk retorische lading; zij is de repliek op een vraag die ook geen vraag is: waar is uw broeder Abel? Hij die haar stelde kende het antwoord al: 'Hoor, het bloed van uw broeder roept tot Mij uit de aarde.' Aldus opgevat, als aanklacht en verweer, vormt deze dialoog het grondpatroon van het processuele debat over de eisen van redelijkheid en billijkheid bij de totstandkoming van overeenkomsten. Riezenkamp: nu ik mijn verwachting omtrent de productieprijzen van de bromfietsmotoren ontleende aan een door Baris gedane mededeling, mag deze mij niet tegenwerpen dat ik mijn dwaling aan eigen schuld heb te wijten. Baris verweert zich door de repliek van Kaïn te parafaseren. Bij memorie van antwoord wijst hij erop 'dat het zaak was van Riezenkamp om in alle vrijheid te beslissen of hij koper wilde worden of niet'. Ben ik mijns broeders hoeder?²

Ook in ander opzicht is het verhaal van Kaïn en Abel nog lang niet 'klaar'. Wie is mijn broeder? Hoever reikt mijn hoederschap? Verbijsterend is vooral de laconieke mededeling waarmee het verhaal wordt ingeleid: 'De Heer sloeg acht op Abel en zijn offer, maar op Kaïn en zijn offer sloeg Hij geen acht.' Geen spoor van rechtvaardiging voor deze ongelijke behandeling. Was het omdat herders als Abel beter dan landbouwers als Kaïn pasten bij het nomadisch bestaan dat de Heer voor Zijn volk in petto

2 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

had, vooraleer het eeuwen later, na vele avontuurlijke omzwervingen, het beloofde land zou bereiken? Juist het ontbreken van iedere verklaring onthult het fundamentele probleem van het recht: hoe redelijkheid en billijkheid scheppen in een onredelijke en onbillijke wereld?

De wereld is onredelijk; dat geldt voor de wereld van plant en dier: de betrekkingen tussen wolf en schaap zijn stabiel en voorspelbaar maar daarmee nog niet redelijk. Ook de drijfveren van het menselijk gedrag worden slechts voor een klein deel gevormd door de rede; belangrijker is het aandeel van de opwellingen van ons gemoed: gramschap, afgunst. Kaïn weet daarover mee te praten, maar ook Cohen: waarom slaan de klanten wel acht op Lindenbaum en zijn drukwerk, en niet op hem?

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

HOOFDEN VAN LEBAK

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

broederschap een onmisbare bron van inspiratie. Lees Havelaars toespraak tot de Hoofden van Lebak:

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

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

‘Hoofden van Lebak, eens sterven wij allen!

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

En wat zullen wij antwoorden, als er na onze dood een stem spreekt tot onze ziel, en vraagt: “waarom is er geweest in de velden, en waarom verbergen zich de jongelingen? Wie nam de oogst uit de schuren, en uit de stallen de buffel die het veld ploegen zou? Wat hebt gij gedaan met de broeder die ik u gaf te bewaken? Waarom is de arme treurig en vloekt de vruchtbaarheid zijner vrouw?”³

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

3 Multatuli, *Max Havelaar*, hoofdstuk 8.

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

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

‘The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; (...) Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.’⁴

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

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

DE KRACHT VAN EEN GELIJKENIS

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

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

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

Drie mannen zitten in een pleziervaarttuig, afgemeerd aan de oever van de Haarlemmer Trekvaart. Het bootje zinkt, eerst langzaam maar dan steeds sneller. In de verte nadert een boer op zijn tractor. Een der mannen klampt hem aan met de vraag of hij bereid is om met behulp van de tractor het bootje op de wal te trekken. De boer weigert; 'Hij moet de bieten nog van het land halen', en rijdt voorbij. Het scheepje zinkt (schade € 20.000). De eigenaar spreekt de boer aan uit onrechtmatige daad ('gedragin-

gen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt').

Een moderne variant van de gelijkenissen uit het nieuwe testament wordt gevormd door wat Wiarda in zijn *Drie typen van rechtsvinding* 'de vergelijkingsmethode' heeft genoemd. Vergelijk het ter beslissing voorgelegde geval met 'imaginaire buurgevallen', denkbeeldige situaties 'waarin hetzij op grond van een duidelijk wettelijk voorschrift, hetzij op grond van reeds bestaande jurisprudentie, hetzij op grond van de evidentie, de oplossing duidelijk is.⁵

Bij gelegenheid van het raadkameroverleg zou een der rechters kunnen wijzen op het gedrag van de priester en de Leviet ten opzichte van een zeker mens die – halfdood – lag langs de weg van Jeruzalem naar Jericho. Naar huidige maatstaven, te vinden in artikel 450 Wetboek van Strafrecht, zouden zij zeker aansprakelijk zijn als zij zouden worden aangesproken door de weduwe van het inmiddels overleden slachtoffer. Zijn collega zou uit zijn vermogen tot literaire verbeelding kunnen putten: het denkbeeldige vervolg op Bordewijks *Karakter*, de rijke broer van Dreverhaven die zijn 'natuurlijke neef' Jacob laat wegzinken in een financieel moeras en weigert hem de helpende hand te bieden. Het gedrag van deze rijke 'oom' is wellicht hardvochtig, maar het leidt stellig niet tot diens aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

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

5 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk, bewerkt en van een nabescherouwing voorzien door T. Koopmans, Deventer 1999, p. 110.

geval van het gezonken pleziervaartuig zal dit gezichtspunt waarschijnlijk leiden tot afwijzing van de vordering.

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

‘(He) represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice.’ En zijn spreekbuis ‘is and must be the court itself.’⁶

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

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

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

6 Davis contractors v. Fareham; 1956, A.C. 696.

Nu schijnt het zonneklaar waar de goede huisvader, de zorgfältige Mensch, de reasonable man moet worden ingedeeld: onverbiddelijk bij de 'flat characters' Hij wordt geconstrueerd, in de woorden van Forster, 'round a single idea or quality': redelijkheid, zorgvuldigheid. Sjouwerman, die in een Amsterdams café kratten cola moest afleveren, liet een kelderluik openstaan. Een van de cafébezoekers viel in het gat en raakte gewond. Wat zou een zorgvuldige bezorger van kratten in de gegeven omstandigheden hebben gedaan? Deze scène, beschreven door de Hoge Raad, munt uit door redelijkheid. Hij zou een afweging hebben gemaakt van drie boekhoudkundige factoren: de hoegrootheid van de kans op schade, de ernst van de schade en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen; hij zou vervolgens tot de conclusie zijn gekomen dat het maar beter was het luik te sluiten en zou dienovereenkomstig hebben gehandeld.⁷

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

'De R. is, als buitenechtelijk kind, in 1935 geboren in 'Moederheil' een toen door rooms-katholieke religieuzen gedreven inrichting met als doelstelling het verlenen van zorg en begeleiding aan ongehuwde moeders en hun kinderen.' Dit is niet de eerste zin van een roman van Bordewijk, maar het begin van een

7 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

arrest van de Hoge Raad. Zijn onheilspellende kracht ('een door rooms-katholieke religieuzen gedreven inrichting') doet nauwelijks onder voor de opening van *Karakter*:

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

De R. eist dat Valkenhorst, die de inrichting thans exploiteert, haar mededeelt wat haar moeder destijds aan de leiding van 'Moederheil' heeft verteld omtrent de identiteit van haar vader. Valkenhorst heeft dit geweigerd met verwijzing naar het recht op respect voor het privéleven van de moeder. Het Gerechtshof te Den Bosch kon zich verenigen met het door Valkenhorst ingenomen standpunt. In cassatie wordt geconcludeerd door de advocaat-generaal Koopmans. Hij concludeert tot vernietiging van 's hofs arrest:

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

Een overtuigende schets van de verandering van de vaderlandse zeden, geput uit een nauwelijks verborgen bron: de beschrijving van een buitenechtelijke geboorte tweeduizend jaar geleden; 'en

zij baarde haar eerstgeboren zoon en wikkelde Hem in doeken en legde Hem in een kribbe, omdat voor hen geen plaats was in de herberg' (Lucas 2:6-7).

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

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

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

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

Het betoog van de advocaat-generaal trof doel. De Hoge Raad volgde de conclusie en honoreerde het cassatieberoep:

'Wat betreft de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig natuurlijk kind als De R. om te weten door wie het is verwekt, en anderzijds het – in het recht op respect voor haar privé-leven besloten – recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, moet – anders dan het Hof klaarblijkelijk tot uitgangspunt heeft genomen – worden geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert. Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang

daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind.⁸

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

De overweging van de Hoge Raad wekt de indruk dat het recht van de moeder om de identiteit van de verwekker ook tegenover haar kind verborgen te houden, louter strekt ter eerbiediging van haar privéleven. Toch is het zeer wel mogelijk dat haar zwijgen is ingegeven door de oprechte wens haar kind te beschermen tegen de ondraaglijke last van de waarheid.

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

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

Straf. Nergens wordt de door moderne gezinspsychologen geconstateerde toegenomen ‘stamboomnieuwsgierigheid’⁹ scherper ontleed – met inbegrip van haar soms fatale afloop – dan in Sofokles’ *Koning Oedipus*.

Het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt; een vitaal belang, aldus de Hoge Raad. Inderdaad, soms een kwestie van leven en dood. De indrukwekkendste herschrijving van het verhaal van Kaïn en Abel is van de hand van John Steinbeck: *East of Eden*:

‘This monumental novel sweeps from Connecticut to California, covers seven decades in the passionate lives of two turbulent American families; It is a novel of good and evil, lust and love, birth and death and life (...)’.

Het boek vertelt na een aanloop van vijfhonderd bladzijden hoe Caleb Trask, uit woede over de miskenning door zijn vader, zijn tweelingbroer Aron de dood injaagt door hem te confronteren met de waarheid: de identiteit van hun moeder. Een betere éducation sentimentale dan de lezing van dit boek is nauwelijks voorstelbaar.

Heeft de rechter die het verhaal van Kaïn en Abel niet kent een hoofdzonde begaan? Ja. Is dit erg? Nee.

Het aantrekkelijke van de zonde is gelegen in de mogelijkheid van vergeving. Daartoe is boetedoening vereist. *Tolle, lege*; neem en lees:

1. Bijbel: Genesis, Job, Evangelie naar Lucas;
2. Aischylos: *Oresteia*;
3. Sofokles: *Koning Oedipus*, *Antigone*;
4. Dante: *Divina Commedia*;
5. Kleist: *Michael Kohlhaas*;

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

6. Dostojevski: *Misdaad en Straf*;
7. Multatuli: *Max Havelaar*.

HET PROCES SOKRATES

DE AANKLACHT

‘Krito, we zijn Asklepios een haan schuldig; geef hem die en vergeet het niet.’ De laatste woorden van Sokrates die zojuist de beker gevuld met dodelijk gif (dolle kervel) zonder aarzelen had leeggedronken in aanwezigheid van zijn oude vriend Krito. Enkele ogenblikken later was Sokrates dood. Zo werd het vonnis voltrokken waarbij Sokrates door een Atheense rechtbank wegens goddeloosheid (*asebeia*) ter dood was veroordeeld. De haan is een offer voor Asklepios, de god van de genezing. Sokrates zag de dood als een genezing, want van tweeën één: ofwel de dood is als een droomloze nacht die al onze gewaarwordingen uitdooft, ofwel de dood leidt tot een verhuizing naar een plaats waar Sokrates zijn ware rechters zal ontmoeten en waar hij in samenspraak met anderen die door een onrechtvaardig oordeel om het leven zijn gekomen (Palamedes, Ajax) zijn roeping kan voortzetten: kritisch onderzoek naar de (on)deugdzaamheid van zichzelf en anderen.¹

Het proces Sokrates vond plaats in 399 v. Chr. Athene was vijf jaren tevoren na een langdurige oorlog verslagen door Sparta. De lange muren die Athene verbonden met haar haven waren gesloopt. Een Spartaans gezind regime van dertig tirannen (de Dertig) had onder aanvoering van Sokrates’ leerling Kritias

1 *Apologie* 40c-41c.

gedurende korte tijd een schrikbewind uitgeoefend, maar was inmiddels verdreven en vervangen door een regering van democraten. Het proces werd aangespannen door drie Atheense burgers die ook als aanklagers optraden: Meletos, een jonge dichter, Anytos, een rijke leerlooier die over veel politieke invloed onder de democraten beschikte, en Lyko, die door Sokrates wordt aangemerkt als redenaar (*rhetor*). De rechtbank bestond uit 500 (volgens sommigen 501) juryleden. De door Plato, waarschijnlijk kort na het proces, geschreven *Apologia* bevat drie onderdelen. Het eerste is de eigenlijke verdediging door Sokrates tegen de tegen hem ingebrachte beschuldigingen. Nadat hij schuldig was bevonden, krijgt Sokrates vervolgens wederom de gelegenheid het woord te voeren, ditmaal om een *antitimesis* te formuleren, een alternatief voor de geëiste doodstraf. Als de rechtbank het voorgestelde alternatief (een geldboete) heeft verworpen, richt Sokrates een slotwoord tot de rechters.

Ook de aanklacht bevat drie onderdelen. Sokrates pleegt onrecht door (1) de jeugd te bederven, (2) niet te geloven in de goden waarin de staat gelooft, en (3) te geloven in 'nieuwe daimonische zaken'.² Het aan Sokrates verweten jeugdbederf zou zijn gelegen in het aansporen van Atheense jongelingen uit de betere kringen om hem na te volgen en zich zodoende schuldig te maken aan de onderdelen 2 en 3 van de aanklacht. Het werkwoord dat hier wordt vertaald met 'geloven' luidt in het Grieks *nomizein*. In dit woord klinkt onmiskenbaar een juridische ondertoon: als wettig erkennen.

De aanklacht spreekt achtereenvolgens van 'goden' (*theoi*) en 'daimonische zaken' (*daimonia*). Met dit laatste wordt bedoeld op iets waarop Sokrates zich herhaaldelijk beroept, een inner-

2 *Apologie* 24b.

lijke stem die hij ervaart als het teken van God (*to tou theou semeion*).³ Deze stem verbiedt hem het rechte pad te verlaten.⁴ Als voorbeeld van een dergelijk innerlijk veto vertelt Sokrates de rechters wat hem enkele jaren tevoren was overkomen:

“Toen de oligarchie was ingesteld, lieten de dertig tirannen mij met vier anderen naar de koepel roepen en bevalen zij ons de Salamiër Leon uit Salamis te halen, opdat hij gedood zou worden. Ook aan vele anderen gaven zij veel dergelijke bevelen, om zoveel mogelijk mensen te compromitteren. Toen heb ik niet met woorden, maar daadwerkelijk getoond dat de dood, als ik het zo cru mag zeggen, mij geen zier kan schelen, maar dat aan niet zondigen tegen mensen en goden, dat daaraan mij alles gelegen is. Want die regering hoe machtig ook, had mij niet zoveel schrik aangejaagd dat ik iets onrechtvaardigs deed. Toen wij uit de koepel kwamen, gingen de vier anderen naar Salamis en haalden Leon, maar ik ging mijns weegs naar huis. Wellicht zou ik daarom ter dood gebracht zijn, als niet weldra dit bewind ten val was gebracht.”⁵

Geen onrecht doen, zelfs dan niet als de dood erop volgt.

Het is van belang de associatie van *daimonia* en het moderne begrip ‘demonen’ = ‘boze geesten’ van zich af te zetten. Bij Homerus zijn *theos* en *daimon* onderling uitwisselbaar, zij het dat bij *theos* de persoon van de god voorop staat en bij *daimon* zijn goddelijke macht.⁶

DE VERDEDIGING

De wijze waarop Sokrates zich verdedigt tegen het verwijt van goddeloosheid is een fraai staaltje van de Sokratische methode,

3 *Apologie* 40b.

4 *Apologie* 31d.

5 *Apologie* 32c-d ; vertaling M.A. Schwartz.

6 Zie Liddell/Scott, *Greek-English Lexicon*, onder *daimon*.

de techniek om vragenderwijs de ander zichzelf te laten verstricken in innerlijke tegenspraak.

Sokrates onderwerpt Meletos aan een kort kruisverhoor.

Sokrates: 'Bedoelt u met 'niet geloven in de goden waarin de staat gelooft' dat ik in het geheel niet aan goden geloof?'

Meletos: 'Ja.'

Sokrates: 'Is er iemand die wel in het bestaan van menselijke zaken gelooft, maar niet in het bestaan van mensen?'

Meletos: 'Nee.'

Sokrates: 'Is er iemand die wel in het bestaan van 'daimonische zaken' gelooft, maar niet in het bestaan van "daimonen"?''

Als Meletos geen antwoord geeft, vervolgt Sokrates: 'Daimonen zijn toch goden, of zonen van goden? Ja of nee?'

Meletos: 'Ja.'

Nu kan Sokrates de strop aantrekken: Wie kan geloven dat kinderen van goden bestaan, maar dat goden niet bestaan? Als Meletos afziet van verdere repliek, concludeert Sokrates dat wie in *daimonia* gelooft, noodzakelijkerwijs ook in goden moet geloven en dat de door Meletos ingediende aanklacht, waarin Sokrates zowel ongelooft in goden als geloof in *daimonia* wordt verweten, innerlijk tegenstrijdig is.⁷ Spitsvondig? Misschien. Doeltreffend? Nee. De meerderheid van de rechters raakte niet overtuigd dat Sokrates met deze argumentatie het tegen hem ingebrachte verwijt van ongelooft had ontkracht.

De meerderheid van stemmen waarmee Sokrates schuldig werd bevonden was krap (280 tegen 220 stemmen). Sokrates is thans aan zet om zijn *antitimesis*, tegeneis te formuleren. Als we dit onderdeel van zijn verdediging louter zouden beoordelen op zijn effectiviteit als middel tot strafvermindering, kan de conclu-

7 *Apologie* 27b-e.

sie kort zijn: rampzalig. Sokrates begint ermee de rechters te sarren door voor te stellen dat hij van stadswege gratis zal worden gevoed in het *Prytaneion*, het voorrecht van Atheners die een overwinning hadden behaald bij gelegenheid van de Olympische Spelen. Zij verschaffen de stad slechts schijngeluk; echt geluk biedt Sokrates zijn stadgenoten.

Vervolgens wordt Sokrates serieuzer. Ballingschap als alternatief voor de doodstraf zou een kansrijk voorstel zijn geweest. Hij zet uiteen waarom hij hiervan afziet: ‘Misschien vraagt iemand, Sokrates, kan U niet uw mond houden en in het buitenland gaan wonen?’ Hij zou dan antwoorden dat het grootste goed voor de mens daarin is gelegen dat hij dagelijks met anderen van gedachten kan wisselen over deugd en ondeugd. Het ononderzochte leven (*anexetastos bios*) is immers niet waard te worden geleefd.⁸

Blijft over een geldboete; zelf kan hij niet méér opbrengen dan één mina, maar zijn vrienden, waaronder Plato en Krito, zijn bereid bij te springen. Sokrates stelt voor de straf te bepalen op een geldboete van dertig mina.⁹

HET VONNIS

Het tegenvoorstel wordt verworpen. De rechtbank veroordeelt Sokrates tot de door zijn aanklagers geëiste straf: dood door de gifbeker. Volgens het verslag van Plato richt Sokrates een slotwoord tot de rechters, eindigend met de woorden:

‘Het is tijd dat wij gaan, ik om te sterven, u om te leven. Wie van ons beiden een beter lot treft weet niemand dan god alleen.’¹⁰

8 *Apologie* 38a.

9 Een mina (*mna*), ongeveer 500 gram zilver, = 100 drachmen.

10 Vaak wordt betwijfeld of Sokrates in werkelijkheid wel de gelegenheid kreeg tot een slotwoord. Het zou gaan om een literaire toegift van Plato.

Na zijn veroordeling wordt Sokrates weggevoerd en in de boeien geslagen. Hij zou de volgende dag ter dood zijn gebracht, ware het niet dat een dag tevoren een priester van Apollo de achterstevan had omkranst van het schip dat jaarlijks naar Delos voer om Apollo dankoffers te brengen voor de behouden terugkeer van Theseus en de zeven jongens en zeven meisjes die hij had gered uit het labyrint van de Minotauros op Kreta. Zolang het schip nog niet was teruggekeerd, mocht niemand van staatswege ter dood worden gebracht. Een maand na zijn veroordeling wordt het schip bij Kaap Sounion gesignaleerd. Het doodvonnis zal de volgende dag worden voltrokken. De tijd dringt. Sokrates krijgt bezoek van Krito die hem bezweert te ontsnappen. Bewakers kunnen door Krito worden omgekocht. Vrienden in Thessalië zijn bereid Sokrates gastvrijheid te verlenen. Als reden voert Krito zijn vrees voor reputatieschade aan. Velen zullen denken dat hij geld blijkaar belangrijker vindt dan een vriend, omdat hij verzuimd heeft Sokrates te redden, hoewel dat tegen betaling van een bescheiden omkoopsom wel mogelijk zou zijn geweest. Het antwoord is karakteristiek. Waarom zouden we ons iets gelegen laten liggen aan de mening van 'de velen' (*hoi polloi*)? Zijn leven lang heeft Sokrates zich uitsluitend laten leiden door het argument (*logos*) dat hem na kritisch onderzoek het beste toescheen.¹¹

Is het geoorloofd zich door ontsnapping te onttrekken aan de tenuitvoerlegging van een vonnis dat, hoewel onrechtvaardig, niettemin rechtskracht heeft? Deze vraag vormt de inzet van een debat dat uitmondt in enkele conclusies over burgerschap die ook thans nog hoogst relevant zijn.

Mogen we onrecht met onrecht vergelden?

11 *Krito* 46b.

Sokrates: 'Is het niet zo dat het nimmer geoorloofd is onrecht te doen?'

Krito: 'Inderdaad.'

Sokrates: 'Dus ook degene die onrecht heeft geleden, mag, anders dan velen menen, geen onrecht doen?'

Krito: 'Zeker.'

Sokrates: 'Als wij nu zouden weggelopen zonder de Staat te hebben overreed, doen wij dan niet iemand kwaad, en nog wel diegene die dat het minst verdient?'

Krito: 'Ik begrijp de vraag niet, Sokrates.'¹²

Omdat Krito het spoor bijster is, zoekt Sokrates zijn toevlucht tot de techniek van het theater. Hij voert De Wetten (*Hoi Nomoi*) ten tonele en verleent hun een 'sprekende' rol. Wat ben je van plan, Sokrates? Wil je door het gezag van gewijsde van een vonnis te ondermijnen ons te gronde richten? Je hebt alles aan ons te danken. Wij hebben het door onze huwelijkswetgeving mogelijk gemaakt dat je vader en moeder met elkaar in het huwelijk traden en jou hebben verwekt. We hebben je vader verplicht je te verzorgen en op te voeden. Je bent zogezegd ook ons kind.¹³ Je hebt inmiddels zeventig jaar bij ons gewoond. Je had ons te allen tijde kunnen verlaten en emigreren, bijvoorbeeld naar Sparta of Kreta, staten die jij prijst om hun goede wetten.¹⁴ Voor wie in Athene blijft, is het van tweeën een: ofwel, alles doen wat de Staat gebiedt, ofwel, de wetgever overtuigen (*peithein*) dat het recht veranderd moet worden.¹⁵ Wie het niet eens is met de wetten van zijn land, staat voor een driesprong: weggaan, aandringen op verandering of gehoorzamen.

12 *Krito* 49b-50a.

13 *Krito* 50d-e.

14 *Krito* 52e.

15 *Krito* 51b.

De Wetten hebben nog een krachtig slot in petto. Als je vlucht en zo onrecht met onrecht vergeldt, zal onze toorn voortduren zolang je leeft. Na jouw dood zullen ook onze broeders, de Wetten van de Hades, jou niet vriendelijk ontvangen als ze weten dat je hebt gepoogd ons te gronde te richten. Laat je dus niet door Krito overhalen om te vluchten.

Dit Krito, zo besluit Sokrates de dialoog, meen ik te horen als ik luister naar De Wetten. Heb je daar nog iets tegen in te brengen? Nee, Sokrates, dat heb ik niet. Welaan dan, Krito, laten we zo handelen; god geleidt ons.¹⁶ De volgende dag werd het vonnis voltrokken.

Sokrates als erflater van de westerse beschaving; daarover bestaat weinig twijfel. Erasmus zag hem als een voorloper van Jezus, als een vóórchristelijke verlosser. *Sancte Socrates, ora pro nobis* (Heilige Sokrates, bid voor ons).¹⁷ Wat is het huidig rendement van zijn nalatenschap? Op drie punten kan de rekening worden opgemaakt. (1) Wat is de actuele waarde van een beroep op een *daimonion*, een goddelijk teken dat voorschrijft het één te doen en het ander te laten? (2) Kunnen we ons in een gesecculariseerde samenleving nog iets voorstellen bij het verwijt niet te geloven in de goden waarin de staat gelooft? (3) Is de door Sokrates aan Krito getoonde driesprong nog aanwezig? Wie het fundamenteel oneens is met de Nederlandse wet kan kiezen: vertrekken, de samenleving op andere gedachten brengen of gehoorzamen.

16 *Krito* 54c-d.

17 Erasmus, *Colloquia familiaria*, convivium religiosum.

HET GEWETEN VAN DE RECHTER

Het in 399 v. Chr. gevoerde debat over de status van Sokrates' *daimonion*, de innerlijke stem die hem weerhoudt van het plegen van onrecht, is van actueel belang voor de positie van het geweten in het proces van rechtsvinding. In zijn *Algemeen Deel* onderwerpt Paul Scholten zich aan de Sokratische methode en treedt met zichzelf in debat:

'Een slecht rechter, of algemener, een slecht jurist, is hij die zegt: 'ik vind het zo, maar het kan ook anders'. Een goed rechter kan niet anders. (...) Doch er blijft een laatste tegenwerping. Ten slotte komt ge met alle beperkingen toch terecht bij het geweten van de rechter. Een zekerheid daarboven noemt ge niet. En het geweten kan dwalen. (...) En overigens: ook ik geloof dat het individuele geweten hier niet het laatste woord spreekt. (...) Wat hier richting kan geven? Mijns inziens zijn er slechts twee mogelijkheden: of het zal een idee zijn, de rechtsidee, een der vormen waarin de wereldgeest zich verwerkelijkt, die hier leidster kan wezen, of het geweten is onderworpen aan een hogere macht die, als Persoon in Schepping en Geschiedenis geopenbaard, individu en gemeenschap met zijn onvoorwaardelijke vorderingen tegemoet treedt. Het eerste is de gedachte van het idealisme, met name in zijn Hegels-pantheïstische vormen; het tweede is de eis van het christelijk geloof.¹⁸

Sokrates ervoer zijn *daimonion*, zijn innerlijke stem, als een teken van God. Vierentwintig eeuwen later overkwam dominee H. hetzelfde. Hij luchtte zijn hart. 'Een vieze en vuile zonde', zo bestempelde hij in een ingezonden brief in de *Twentsche Courant Tubantia* homoseksualiteit. 'God verbiedt dit in de Bijbel. De Bijbel is Gods woord en hiernaast is er geen andere waarheid.' 'Gij zult geen gemeenschap hebben met een die van het mannelijk

18 P. Scholten, *Algemeen Deel*, I, par. 28.

geslacht is, zoals men gemeenschap heeft met een vrouw: een gruwel is het.' (Leviticus 18:22). Een moderne Meletos, de officier van justitie in Almelo citeerde een andere Bijbel, het Wetboek van Strafrecht:

'Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens (...) hun hetero- of homoseksuele gerichtheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie' (art. 137c).

Nadat de politierechter de verdachte had vrijgesproken, zette een moderne Anytos, de advocaat-generaal te Arnhem de vervolging voort voor het gerechtshof ter stede. Het hof was van oordeel dat verdachtes uitlating ('een vieze en vuile zonde') op zichzelf, los van de context, voor homoseksuelen een beledigend karakter heeft. De waardigheid van de desbetreffende groep mensen wordt daardoor miskend, aldus het hof. De gewraakte woorden 'vieze en vuile zonde' verloren evenwel hun beledigend karakter doordat zij in direct verband stonden met de geloofsovertuiging van verdachte en diens bedoeling de mensheid te waarschuwen. De vrijspraak werd bevestigd. Dit oordeel bleef in cassatie over-eind. De Hoge Raad hechtte vooral belang aan de omstandigheid dat de kwalificatie 'vieze en vuile zonde' voor verdachte 'van betekenis was voor een maatschappelijk debat'.¹⁹

De vrijheid om het geloof te verkondigen dat Leviticus 18:22 nog steeds als Gods woord naar de letter moet worden genomen, tegenover de menselijke waardigheid van homoseksuelen. De wetgever heeft de gelijke behandeling van homo- en heteroseksuelen willen benadrukken door ook strafbaar te stellen het beledigen van een groep mensen wegens hun heteroseksuele gericht-

19 HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261.

heid. Welke militante *aseksueel* maakt zich op om zich beledigend ('vieze vuile hetero') uit te laten over mannen en vrouwen wier seksuele gerichtheid uitgaat naar personen van het andere geslacht?

De woorden 'een vieze en vuile zonde' verloren hun beledigend karakter doordat zij voortvloeiden uit verdachtes geloofsovertuiging, aldus het hof. De vraag rijst wat het legitimerend gehalte is van een verwijzing naar een geloofsovertuiging ('Ik heb het recht U te beledigen omdat het mij geopenbaarde woord van God mij opdraagt de samenleving te waarschuwen voor mensen zoals U'). Verdient het niet de voorkeur de vrijheid van geloofsverkondiging geen bijzondere, geprivilegieerde status toe te kennen, maar haar te scharen onder de vrijheid van meningsuiting? Mag het voor de strafwaardigheid verschil maken of de diskwalificerende uitlating ('homoseksualiteit, een vieze en vuile zonde') wordt ondersteund door verwijzing naar Leviticus 18:22, dan wel te vinden is in een ingezonden brief van een vader wiens kind is overleden aan aids als gevolg van bloedtransfusie met hiv-besmet bloed?²⁰

RECHT, RELIGIE, BELLENBLAZERIJ

Niet geloven in de goden waarin de Staat gelooft. Op 7 december 2000 verklaarden de lidstaten van de Europese Unie plechtig dat de Unie

'haar grondslag vindt in de ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit. Zij stelt de mens centraal door een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot

20 Zie J.H. Nieuwenhuis, 'Open normen in een open samenleving', *Trema* 2005.

stand te brengen.(...) Derhalve erkent de Unie de hieronder vermelde rechten, vrijheden en beginselen.²¹

Wat is dit: recht, religie of bellenblazerij? Alledrie wellicht? In ieder geval ontbreekt het religieuze element zeker niet. Religie wordt hier niet opgevat als godsdienst, maar in overeenstemming met de etymologie van het woord, als ‘binding’ (religie afgeleid uit *religare*, binden). De Unie *bindt* zich aan ondeelbare en universele waarden. Zij *verleent* niet haar burgers het recht om niet te worden gediscrimineerd op grond van hun seksuele geaardheid, zij *erkent* dit recht (art. 21). De ondeelbare en universele waarden zijn in de plaats getreden van de goden die de Atheense staat erkende ten tijde van het proces Sokrates. Zoals blijkt uit de strafzaak tegen dominee H. is een modern *asebeia*-proces, gebaseerd op het verwijt dat de verdachte de waarden miskent die de staat erkent, zeker niet uitgesloten.

Is dit niet een aantasting van het beginsel van de neutraliteit van de staat, in een invloedrijk rapport over de *laïcité* van de Franse staat als volgt omschreven:

‘La laïcité implique la neutralité de l’Etat; il doit privilégier aucune option spirituelle ou religieuse.’²²

Is dat zo? Mag de staat geen enkele geestelijke of religieuze optie bevoorrechten? Dat is inderdaad ongeoorloofd als het zou gaan om verlening van een hogere subsidie aan een gereformeerde school met den bijbel dan aan de rooms-katholieke basisschool

21 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, preambule.

22 Te vinden via <google.nl> onder ‘rapport stasi’. Zie daarover P.B. Cliteur, ‘Hoofddoekjes, Rorty en verlichtingsfundamentalisten’ in: B.C. Labuschagne, *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?* p. 31 e.v.

Regina Coeli. Maar de staat mag, en moet, wel degelijk de voorkeur geven aan de geestelijke optie dat burgers het recht hebben niet te worden gediscrimineerd op grond van hun seksuele geaardheid boven de religieuze optie verwoord in Leviticus 18:22.

Vertrekken, de samenleving op andere gedachten brengen of gehoorzamen. Valt in een moderne polis, de stadstaat Nederland de door Sokrates in kaart gebrachte driesprong nog te herkennen? Wie het fundamenteel oneens is met de Nederlandse wetgeving kan kiezen uit deze drie wegen.

X en Y leven samen zonder met elkaar te zijn gehuwd. Y raakt zwanger maar wil de zwangerschap in een abortuskliniek laten afbreken. X wijst abortus principieel af. Hij vraagt de rechter de abortus te verbieden. Zijn vordering wordt tot in hoogste instantie afgewezen. X raakt verbitterd. Zijn gram richt zich tegen de liberale geest van de Nederlandse rechtsorde. Naast de abortuswetgeving kwetsen ook andere zaken zijn diepste overtuigingen; het homohuwelijk en euthanasie bijvoorbeeld.

Wat kan X doen? Hij kan Nederland de rug toekeren en emigreren naar Ierland of Polen, landen waar over deze zaken heel anders wordt gedacht. Hij kan ook besluiten tot een innerlijke emigratie, zich afsluiten voor alles wat met de Nederlandse politiek te maken heeft en zich dagvullend wijden aan zijn parkieten.

De derde door Sokrates aangegeven weg is het interessantst: *peithein*, de samenleving ervan overtuigen dat zij met haar abortuswetgeving op het verkeerde spoor zit. Sokrates is met ruime voorsprong Europees kampioen van de vrijheid van meningsuiting. Tijdens zijn verdediging geeft hij aan dat, mocht hij worden vrijgesproken, hij in ieder geval zal voortgaan met het aanspreken van de Atheners op het feit dat zij zich meer bekomme-

ren om hun geld dan om hun ziel en zaligheid.²³ X kan zich toelekken op het inzenden van brieven aan kranten, brieven waarin hij abortusartsen in het vooruitzicht stelt dat zij eeuwig zullen branden in de hel, omdat zij zich niet storen aan het vijfde der tien geboden: gij zult niet doodslaan.

Mocht X weinig heil verwachten van het maatschappelijk debat in Nederland, dan kan hij een klacht indienen bij het Europese Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg en aanvoeren dat de Nederlandse abortuswetgeving in strijd is met artikel 2 EVRM (recht op leven).²⁴ Ook zo volgt hij het voorbeeld van Athene ten tijde van Sokrates. Iedere Athener was bevoegd bij de rechtbank een klacht in te dienen, inhoudend dat deze of gene wet in strijd is met de constitutie. 'The offending law was tried exactly as if it were a person and an adverse decision by the court quashed it.'²⁵

Iedere tijd scheidt zijn eigen Sokrates. Wij zullen niet langer Erasmus nazeggen: 'heilige Sokrates, bid voor ons'. En evenmin Nietzsche: 'Ich erkannte Sokrates und Plato als Verfalls-Symptome, als Werkzeuge der griechischen Auflösung, als pseudo-griechisch, als antigriechisch.'²⁶ Achilles was een man naar zijn hart, de Homerische held die geen enkel ogenblik werd gekweld door de gedachte om hem aangedaan onrecht over zijn kant te laten gaan. Nietzsche zag Sokrates als voorbode van een christelijke 'Sklavenaufstand in der Moral'.²⁷

De betekenis van Sokrates is in onze dagen vooral gelegen in zijn methode. Hoe gaan we om met de grote woorden van

23 *Apologie* 29d-e.

24 Of die klacht zeer kansrijk is, is een andere vraag; zie Hercz tegen Noorwegen, *NJCM* 1993, 65.

25 G.H. Sabine, *A History of Political Theory*, London 1971, p. 11.

26 F. Nietzsche, *Götzendämmerung, das Problem des Sokrates*, par. 2.

27 F. Nietzsche, *Genealogie der Moral, erste Abhandlung*, par. 10.

Europa: menselijke waardigheid, vrijheid, gelijkheid, solidariteit? Zijn antwoord: vragenderwijs. ‘Wat ik zeg, zeg ik niet omdat ik het *weet*, maar omdat ik samen met jullie *op zoek* ben.’²⁸ Is smalende godslastering in strijd met de menselijke waardigheid en ondermijnt zij de maatschappelijke solidariteit? Of vormt een wettelijk verbod van godslastering een bedreiging voor de vrijheid van kritisch onderzoek naar het waarheidsgehalte van godsdienstige pretenties? Ook wie het niet weet, mag het zeggen.

28 *Gorgias* 506a.

DRIONS RODE DRAAD

DE RODE DRAAD IN DE BURGERLIJKE CULTUUR

‘Maar schoonheid is ook niet alles...Voor een burger is dit nog niet zo’n slechte zin om een voordracht mee te eindigen.’ De voordracht, uitgesproken in 1985 in de reeks ‘Brandende kwesties’ was getiteld: ‘De rode draad in de burgerlijke cultuur.’

‘Laten we eens een weekblad nemen als Vrij Nederland, of een omroep als de VPRO, dan zijn dit in mijn visie op de rode draad in de burgerlijke cultuur veel karakteristieker uitingen van die cultuur dan bladen of omroepen als de Telegraaf en de Tros. (...) Tot zover mijn voorbeeld. Ik geef toe dat het niet zo mooi is als een mooie vrouwenvoet kan zijn. Maar schoonheid is ook niet alles.’

De mooie vrouwenvoet die Drion op het oog had, is het ‘nog niet weggeschilderd stukje van een subliem vrouwenvoetje’ in de hoek van het schilderij dat onderwerp is van Balzac’s *Chef d’oeuvre inconnu*.

De rode draad in de burgerlijke cultuur kan, aldus Drion, heel kort worden samengevat:

‘Het meest karakteristieke van de westerse burgerlijke cultuur, zoals deze zich sedert de Franse revolutie heeft ontwikkeld, is dat zij voortdurend een opstandigheid tegen zichzelf genereert, en voortdurend deze opstandigheid weet te absorberen en daardoor onschadelijk te maken.’

Drion kondigde zijn beschouwingen over deze stelling aan als ‘variëaties op mijn oude thema’. Voor dit oude thema verwijst hij naar *De romantische wortels van de democratie* uit 1944/45. In dit essay wordt een brug geslagen tussen burger en democratie:

‘(...) en het valt nu eenmaal niet te ontkennen: de bourgeois is de schepper en de schepping van de democratie, democratisering van de maatschappij is verburgerlijking van het volk. Flaubert heeft het door zijn verbittering scherp gezien: “de hele droom van de democratie is, om de proletariër te verheffen tot het niveau van domheid van de bourgeois.” Het was de grote vergissing van de meeste socialisten uit te gaan van een wezenonderscheid tussen de arbeider en de bourgeois, niet te begrijpen dat de verdrukte arbeider een potentiële bourgeois is, dat hij zich juist verdrukt voelt, omdat de maatschappij hem geen bourgeoisbestaan toestaat.’

In 1985, aan het slot van de *Rode draad*, afficheert Drion zich nadrukkelijk als ‘burger’, als bourgeois, niet als citoyen. ‘Maar schoonheid is ook niet alles’; het credo van de burger. In 1944/45 schrijvend over de oorlogsjaren:

‘De ontwerper van die onbetwist lelijke kop van de illegale ‘Trouw’ wordt gesteld boven de kunstenaar Badings of Mengelberg. Tijden als deze zijn de overwinning van de ethica over de esthetica, van de bourgeois over de artiest.’

Burgerdom, democratie, getemde opstandigheid; hecht verweven vormen zij de rode draad die Drion’s ongediplomeerd denkwerk bijeenhoudt. Zijn polemieek richt zich tegen hen die groots en meeslepend in opstand komen tegen het burgerlijk cultuurideaal, Nietzsche en Menno Ter Braak bijvoorbeeld. Zij worden onschadelijk gemaakt, niet door *Kaltstellung*, maar door *Verharmlosung*. Verhef je tegenstander tot tuinkabouter. Drion over Ter Braak:

‘(...) die had er naar mijn gevoel beter aan gedaan wat minder in Nietzsche te lezen. Hij deelde teveel de zwakheid van Nietzsche: diens behoefte om op vervaarlijke toon vervaarlijke dingen te zeggen. Sommige van die geweldigheden van Nietzsche plegen mij op de een of andere manier te doen denken aan die verrukkelijke exclamatie van juffrouw Pieterse bij de voorlezing van Woutertjes “Roverslied”: “Heb je van mijn leven ... de jongen heeft pás gewisseld!”’

DE ROMANTISCHE WORTELS VAN DE DEMOCRATIE

De democratie is niet slechts geworteld in het rationalisme van de achttiende eeuw met zijn ideaal: gelijkheid van allen voor de wet, maar ook, en dat is verrassender, in de romantische wereldbeschouwing van de negentiende eeuw. ‘De romanticus erkent slechts de exceptie. Voor hem is “zijn”, “anders zijn”. “Ist leben nicht Differentsein wollen?”, vraagt Nietzsche.’ Democratisering naar romantische snit is vooral bevrijding van de uitgestotenen (*Les Misérables*, Hugo). Drion:

‘Dit opkomen voor de paria’s der maatschappij is overigens symptoom voor de algemene opstandigheid, zo karakteristiek voor de romantiek. (...) De grote rebellen uit alle tijden worden de grote romantische helden, de romantische symbolen: Prometheus, Lucifer, Satan, Kain.’

Uit dit Differentsein wollen, deze zelfgekozen solitude morale ‘vloeit rechtstreeks het élitebegrip voort, waaraan Ter Braak in zijn latere jaren heeft gelaboureerd. (...) Het élitebegrip is fundamenteel aristocratisch, en daarmee fundamenteel anti-democratisch. Hoe een man als Ter Braak in ernst de contradictio in terminis “demo-aristocratisch” kan creëren is mij een raadsel. In de democratie is er voor een élite, voor een aristocratie geen eigen

plaats.' Drion ziet in het élitebegrip de gevaarlijkste vrucht van de romantiek voor de westerse democratie.

'Men moet erop verdacht zijn dat de versnelling van het democratiseringsproces tot gevolg zal hebben, dat er steeds meer mensen met een gebrekkige culturele achtergrond op belangrijke posities zullen komen, steeds meer halfweters rond zullen lopen met de mening, dat zij het 'heel' weten. De rol van de intellectuelen zal dan moeten zijn, hen uit die waan te bevrijden. Niet om zich in hautaine afzondering te distanciëren tot een élite met élite-aanspraken.'

Steeds meer mensen met een gebrekkige culturele achtergrond op belangrijke posities; is deze verwachting uitgekomen? Heeft de afschaffing van het vereiste van een gymnasiumdiploma als voorwaarde voor toelating tot de rechtenstudie in de jaren zestig van de vorige eeuw ertoe geleid dat op grote schaal rechters zijn benoemd voor wie Prometheus, door Drion zonder nadere toelichting genoemd als een der grote romantische helden, niet méér is dan een vast onderdeel van het gezelschapspel *Triviant* ('Welke Griekse held kreeg op latere leeftijd te kampen met chronische leverproblemen: a. Dionysos; b. Ikaros; c. Prometheus')? En als dit het geval mocht zijn; wat kan het schelen? Wat is het gevaar van een gebrekkige culturele achtergrond bij het vervullen van belangrijke posities? Dat gevaar is uiteraard het grootst als de gebrekkige staat van de eigen culturele achtergrond niet wordt ingezien. Op dat punt ziet Drion een taak voor de intellectuelen: open degene om wie het gaat de ogen. Dit geldt voor intellectuelen uit elk van de *Two Cultures* van C.P. Snow, alfa en bèta, zij het dat de laatsten met groter inzet gehoor hebben gegeven aan de oproep van Drion dan de eersten. Opeenvolgende ministers van Onderwijs die van mening waren dat naast enige zelfredzaamheid in het Nederlands, kennis van het Engels ruim voldoende

bagage was voor academische reizen naar wetenschapsgebieden met een uitgesproken A-status, zoals geschiedenis, literatuur en rechtsgeleerdheid, en die zodoende hebben gezorgd voor de teloorgang van het Frans en Duits als onderwerpen van Voorbereidend Wetenschappelijk Onderwijs, werden minder krachtig tegengesproken dan collega's die volgens de desbetreffende intellectuelen blijk gaven van een gebrekkige achtergrond in de bèta-wetenschappen. Een minister van Onderwijs die speelt met de gedachte om tijdens het biologie-onderwijs niet alleen de visie van Darwin op het ontstaan van de menselijke soort aan bod te laten komen, maar ook de theorie dat de bouwstenen van het menselijk leven een zo gecompliceerde structuur vertonen dat daaruit het bestaan van een met rede begaafde architect moet worden afgeleid, krijgt gegarandeerd de wind van voren.

Het democratisch stelsel biedt ook mensen met een gebrekkige culturele achtergrond – na Leonardo da Vinci dus: iedereen – de kans te worden uitverkoren tot het bekleden van belangrijke politieke functies. Signalering en opheffing van deze leemtes is bij uitstek de taak van intellectuelen. Zo voorzien zij het maatschappelijk debat van een deugdelijke feitelijke grondslag.

Intellectuelen en democratie; het thema bleef Drion boeien. Twintig jaar later nam hij de draad weer op.

INTELLECTUELEN EN DEMOCRATIE

Onder deze titel sprak Drion op 27 november 1967 een rede uit bij gelegenheid van de 26 november-herdenking (Cleveringa).

‘Heeft het zin, in déze tijd, de intellectuelen op hun verantwoordelijkheid te wijzen wat betreft het behoud van de democratie? Behoud van dat wat rommelige samenstel van compromissen dat we in het Westen democratie noemen; die samenleving van alledaagse redelijkheid, waar alleen de kleine

onredelijkheden geduld worden – die zijn er dan ook in overvloed – maar waar de grote onredelijkheid, de onredelijkheid van allure geen kans krijgt.’

Waarom zou de intellectueel *qualitate qua* moeite hebben met de democratie? Drion:

‘Voor de intellectueel, zeker voor de intellectueel van een platonische geestesinstelling, zal het gebrek aan systeem, aan een architectonische orde in de democratie een doorn in het oog zijn. Wat Melville in zijn *Moby Dick* als richtlijn voor de walvisvaart aangaf, zou de democraat ook kunnen aanvaarden voor de onderneming die het samen leven in een maatschappij is: “There are some enterprises in which a careful disorderliness is the true method.” (...) De democratische gezindheid veronderstelt een aanvaarding van het compromis. En het compromis laat zich moeilijk passen in de denkgewoonten van de intellectueel.’

Drion vertelde zijn gehoor dat hij zich aanvankelijk had voorgenomen de volgende vraag te beantwoorden: ‘Hoe zal het geestelijk klimaat van nu [1967; jhn] gewaardeerd worden door de mensen van het begin van de volgende eeuw [2006; jhn], als er zich in die tussentijd eens weer een ineenstorting van onze democratie zou hebben voorgedaan?’ Hij zag hiervan af wegens de moeilijkheid ‘de geestelijke achtergronden van een historische ontwikkeling vast te stellen, wanneer die historische ontwikkeling zelf nog in de toekomst ligt’. Thans, in 2006, beschikken wij over de *wisdom of hindsight*. Een instorting van onze democratie heeft zich niet voorgedaan. Integendeel, tal van landen die in 1967 nog zuchtten onder de knoet van het Kremlin, maken thans als bloeiende democratieën deel uit van de Europese Unie: Polen, Tsjechië en Hongarije bijvoorbeeld.

Als intellectueel van een platonische geestesinstelling uit de jaren zestig van de vorige eeuw steekt Harry Mulisch met kop en

schouder boven iedereen uit. In 1968 verscheen van hem het boek *Het woord bij de daad*, een lofzang op Cuba en Fidel Castro, el líder máximo. De eerste zinnen:

‘Voor mij is het geen probleem. In India heb ik gezien hoe de mensen op straat van honger sterven – op Cuba heb ik gezien hoe een jonge maatschappij die uitbuiting, ziekte, onrecht, honger, analfabetisme, corruptie heeft afgeschaft, wordt gewurgd door de USA. Gecombineerd met hun volkerenmoord in Viet-Nam is daarmee wat mij betreft de kous af.’

De laatste zin: ‘Om met Hegel te spreken: Cuba is de zonsopgang van onze epoche.’

In zijn Cleveringa-lezing was het Drion te doen om ‘de eigen verantwoordelijkheid van de schrijvende intellectueel voor de invloed die hij met zijn geschriften kan uitoefenen op de heersende waardenscala van zijn samenleving’. In dit licht lijkt Mulisch volledig van iedere verantwoordelijkheid ontheven door de potsierlijkheid van zijn Cubaanse dageraadvisioenen. Wellicht heeft het boek de verkoop van *Che Guevara*-posters gestimuleerd, maar de in Nederland heersende waardenscala heeft, ondanks de door Harry Mulisch aangekondigde verzen-
gende hitte van de Cubaanse zon, geen vlam gevat.

Aan het slot van zijn rede verwijt Drion vele intellectuelen van het eerste kwart van de twintigste eeuw dat zij hebben ‘gefaald door hun bereidheid om de democratie prijs te geven voor andere waarden, die schitterender leken en het misschien zelfs waren’. Als voorbeeld noemt Drion de jonge Thomas Mann van de *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918). Eerst na de opkomst van Hitler, oarmde hij, *sadder and wiser*, de democratie. De waarde die Mann in zijn *Betrachtungen* schitterender toescheen dan de democratie was het hogere geestesleven:

‘Der Vormarsch der Demokratie ist sieghaft und unaufhaltsam. Nur Massenpolitik, demokratische Politik, eine Politik also, die mit dem höhern geistigen Leben der Nation wenig oder nichts zu tun hat, ist heute noch möglich.’

Staat democratie onbetwist de hoogste trede van de waardenscala die intellectuelen met woord en daad moeten verdedigen? Als dat zo is, is het dan ook niet de plicht van schrijvende intellectuelen om zich niet alleen in te zetten voor het *behoud* van de democratie, maar ook voor de *export* van het democratisch ideaal naar landen die daarvan thans nog verstoken zijn? Verzaakt een schrijvende intellectueel zijn plicht, als hij na de succesvolle introductie van de democratie in Irak, niet krachtig pleit voor omverwerping van het regime van Fidel Castro? Vraag het Harry.

GEHOORZAAMHEID ALS PROBLEEM

De westerse burgerlijke cultuur genereert voortdurend opstandigheid tegen zichzelf en weet deze opstandigheid voortdurend te absorberen. De rode draad van de burgerlijke cultuur werd in 1970 opgepakt naar aanleiding van de proefnemingen van de Amerikaanse psycholoog Stanley Milgram. Proefpersonen kregen opdracht ‘leerlingen’ die fouten maakten bij het opzeggen van rijtjes woorden, te bestraffen door het toepassen van elektrische schokken waarvan het voltage voortdurend werd opgevoerd. De meeste proefpersonen bleken bereid tot het toedienen van zeer zware (gefingeerde) schokken, ondanks de (gespeelde) pijn van de acteurs die optraden als ‘leerlingen’. Milgram verbond aan zijn proefnemingen de conclusie: ‘Perhaps our culture does not provide adequate models for disobedience.’ Als ‘bevredigend ongehoorzaamheidsmodel’ presenteert Drion een op het eerste gezicht nogal tam konijn: discussie. Hij verwijst in dit verband

naar Milgram die opmerkt ‘dat zijn proefpersonen, als zij tegen hun eigen beter weten of voelen in, de instructies van de opdrachtgever uitvoeren, onmachtig schenen om hun protest zodanig onder woorden te brengen dat zij zich van de gezagsdwang konden bevrijden: een soort van blokkering van hun rationele vermogens van denken en spreken’.

Drion erkent dat de wil tot redelijke discussie op zichzelf nog geen ongehoorzaamheid is.

‘Zij wordt dat pas wanneer zij afstuit op de arrogantie van de opdrachtgever die discussie weigert, en dan doet het er weinig toe of dat de arrogantie van een vader, van een leider, van een bestuurder of van een deskundige is.’

Oppositie tegen het beleid van regering is een uiterst bevredigend ongehoorzaamheidsmodel. Arrogantie van de politieke elite, onwil om te luisteren, leidt uiteindelijk tot een opstand van het electoraat. Is naast het parlementair gekanaliseerde verzet van de oppositiepartijen (*her Majesty's loyal opposition*) nog plaats voor burgerlijke ongehoorzaamheid van de enkeling? Als mogelijke *role models* noemt Drion: Prometheus, Lucifer, Kaïn, Don Juan. Bruikbare gedragsmodellen van ongehoorzaamheid bieden deze rebellen niet, aldus Drion.

Opvallend afwezig in dit rijtje is Antigone. Zij schond de wet van haar vaderstad Thebe door haar broer Polyneikes te begraven in weerwil van het verbod om gesneuvelde landverraders een laatste rustplaats te bieden in Thebaanse aarde. Ter rechtvaardiging van haar daad toetst zij de door koning Kreon uitgevaardigde wet aan hoger recht:

‘Het was toch geen gebod van Zeus? Of van de goden uit de Onderwereld? Die hebben de mens zo iets nooit opgelegd en zo veel gezag ken ik uw beschikkingen niet toe, dat ze zwaarder zouden wegen dan de ongeschre-

ven, eeuwig geldende godsgeboden, die al langer van kracht zijn dan de mens zich heugen kan.¹

Kan Antigone dienen als *role model* van burgerlijke ongehoorzaamheid? In zijn boek *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid* beschrijft Kees Schuyt ‘de burgerlijk ongehoorzame actor’: hij ‘zal zijn niet-revolutionaire bedoelingen kenbaar willen maken aan zijn medeburgers; hij zal zijn daad in volle openbaarheid plegen, bereid zijn om de juridische consequenties van daden te dragen, hij zal zich derhalve niet onttrekken aan opsporing en vervolging.’² Als twee druppels water: Antigone.

Ongehoorzaamheid als rechtsplicht? Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg hield enkele jaren geleden een grensbewaker uit de voormalige DDR Antigone als spiegel voor.

‘U had de *Schiessbefehle* van uw land moeten toetsen aan de regels van internationaal recht met betrekking tot de bescherming van de rechten van de mens (recht op leven) en moeten weigeren gevolg te geven aan het bevel DDR-burgers dood te schieten die zich schuldig maakten aan *Republikflucht*.³

PROUST; VERANTWOORDING VAN EEN ONLOGISCHE VORKEUR

‘Toen mij door Tirade de vraag werd gesteld iets te schrijven over het boek dat mij het meest “gedaan” heeft, stond het onmiddellijk voor mij vast, dat – zou ik er op in gaan – dit iets over Proust zou

1 Sofokles, *Antigone*, ontrijmd door J.A. Deelder, Amsterdam 2000, p. 27 e.v.

2 C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, Rotterdam 1973, p. 306.

3 EHRM 22 maart 2001; case of K.-H. W. v. Germany (application no. 37201/97).

moeten worden.' Drion in 1963. Drion begint met een opsomming van de redenen waarom zijn voorkeur voor *A la recherche du temps perdu* onlogisch is: de omvang (3200 pagina's in de Pléiade-editie), de onfrans lange zinnen, homoseksuele verhoudingen, de invloed van Bergson, de cultus van het lijden en tenslotte de uitgesproken esthetische levenshouding. 'Het zijn alle kwaliteiten of aspecten, die ingaan tegen mijn vooroordelen en voorkeuren.' Waarom dan toch *A la recherche*? Verkapt literair snobisme kan een rol hebben gespeeld. Drion bekent het met schaamte: 'Heel wat lezersplezier dank ik aan de weinig honorabele wens bepaalde boeken gelezen te hebben.'

De rode draad die zijn opstel over Proust verbindt met zijn overige niet-juridische essays is gemakkelijk te traceren. Het zijn de grote thema's die Drion ontdekt in de *Recherche du temps perdu*: 'het thema van de discontinuïteit van het menselijk hart, dat van de onbestendigheid van de sociale indelingen – verticale mobiliteit heet dat tegenwoordig –, dat van de fundamentele eenzaamheid van de mens in zijn onvermogen wezenlijk met anderen te communiceren (de 'solitude morale' van de romantiek), en daaraan verbonden het thema van de jalousie als essentieel en allesoverheersend element van de erotische liefde.'

De 'solitude morale' kwam, zoals gezien, reeds aan bod in *De romantische wortels van de democratie*. In *Intellectuelen en democratie* had Drion in het debat van de democratie geschreven: 'de onrust, de frustraties en het verdriet, die het gevolg zijn van dat voor onze democratie zo typische element: de sociale mobiliteit.'

'Met enorme toewijding en met een liefde die aan de Vlaamse primitieven doet denken, heeft Proust zijn 'monde' getekend in haar voortdurende beweging, haar *prodigieuse aptitude au déclassement*.'

Was homoseksualiteit een reden voor declassering? ‘Wat heeft Proust ertoe gebracht zijn homoseksuele natuur te verloochenen achter de getourmenteerde liefde voor “Albertine”?’ Drion deelt mee dat Proust zelf als reden voor deze merkwaardige maskering van neigingen had aangevoerd zijn angst om door een openlijk homoseksuele liefde van de narrateur de lezers af te stoten, nu hij hen op dat gebied toch al genoeg liet slikken. Drion voegt daaraan als eigen veronderstelling toe ‘de angst om zijn moeder pijn te doen met een openlijk beleden abnormaliteit’. Voorts oppert Drion als mogelijkheid dat Proust ‘met de heteroseksuele transcriptie van zijn liefdeservaringen heeft willen aangeven, wat er in normale en abnormale liefde gemeen is’.

Drion spreekt onbekommerd van ‘een openlijk beleden abnormaliteit’ en ‘normale en abnormale liefde’. Was dat normaal in 1963? Als dat het geval is, illustreert niets zozeer de onbestendigheid en het aanpassingsvermogen van de burgerlijke cultuur. Het burgerlijk huwelijk is inmiddels opengesteld voor twee personen van gelijk geslacht (art. 1:30 BW).

DE TAND DES TIJDS

‘Je découvrais cette action destructrice du Temps au moment même où je voulais entreprendre de rendre claires, d’intellectualiser dans une œuvre d’art, des réalités extratemporelles.’

Aldus Proust aan het einde van zijn *Recherche du temps perdu*. Geldt dit ook voor Drion? Wat heeft de ‘vraatzucht van de Tijd’ overgelaten van zijn essays verzameld in *Het conservatieve hart* (1966) en *Denken zonder diploma* (1986)?

Zoveel is zeker, Drion heeft nimmer voor ogen gehad met zijn essays tijdloze werkelijkheden te ‘intellectualiseren’ tot een

kunstwerk. Maar toch: *sprachliche Kunstwerke* zijn de essays zeker en zij getuigen alle van een hoge graad van ‘intellectualisering’. Het eerste heeft Drion gemeen met Nietzsche, in het tweede is hij diens tegenpool. *Wie man mit dem Hammer philosophiert* is niet Drion’s wapenspreuk.

Réalités extratemporelles worden niet onthuld en dat is maar goed ook. Eeuwige waarheden zijn altijd waarheden als een koe (‘Als een koe vertrekt van Rotterdam, vertrekt zij van Rotterdam’). Drions essays zijn nog springlevend. Hun levenskracht ontlenen zij aan hun duurzame vermogen tot intellectualisering van het debat. ‘Intellectualisering’, door Drion in navolging van Theodor Geiger omschreven als ‘voortschrijdende opvoeding in redelijkheid’, biedt naar twee kanten tegenwicht. Zij verhoogt de weerbaarheid tegen de onvermijdelijke *oneliners* van de politieke arena (Abortus is Moord v. Baas in eigen Buik) en als denken zonder diploma biedt zij de mogelijkheid te ontsnappen aan de oprukkende verkaveling van het wetenschappelijk onderzoek. Als onderzoeksvoorstel zou ‘Gehoorzaamheid als probleem’ kansloos zijn zonder de inzet van een multidisciplinair team van ten minste vijf vakspecialisten.

VERANTWOORDING

Wijd en zijd verspreide geschriften liggen ten grondslag aan dit boek.

- ‘Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad’, in: *Vooruit met het recht*, Nieuwenhuis en Stolker (red.), Den Haag 2006.
- ‘Eenheid der wet’, in: *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Hogervorst e.a. (red.), Deventer 2005.
- ‘De constitutie van het burgerlijk recht’, in: *RM Themis* 2000, p. 203-211.
- ‘Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel’, in: Hartlief en Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer 1999.
- ‘Promises, Promises’, in: *NJB* 2001, p. 1795-1799.
- ‘Wat is waarheid?’, in: *Waarheidsvinding en privacy*, Peeperkorn (red.) Den Haag 2005.
- ‘Zeven zuilen van ongeschreven recht’, in: *NJB* 1999, p. 2130-2135.
- ‘Het proces Sokrates’, in: *Historische Rechtszaken*, Nijmegen 2005.
- ‘Drions rode draad’, in: Bloembergen (red.), *Van, over en met Huib Drion (1917-2004)*, Den Haag 2005.

TREFWOORDENREGISTER

A

abortus	4, 139, 171
affectieschade	12
algemeen persoonlijkheidsrecht	72
altruïsme	93, 95, 100, 103
Antigone	183
Aristoteles	15, 74
Atkin	149
autonomie	29

B

Balzac	175
Barendrecht	12, 19
barmhartige Samaritaan	15, 150
Bergrede-moraal	10
Bloembergen	43
boom der kennis van goed en kwaad	7, 9
Bregstein	47
broederschap	17

C

Castermans	95
categorische imperatief	84
causaliteitsaansprakelijkheid	40
citoyen	176

compensatie	13
concreteness	136
condicio sine qua non	7
consideration	106, 108, 110
constitutionalisering	57
contract	21
contractualisering	109, 111, 113, 117
contractvrijheid	21, 100
D	
daimonion	166
Darwin	179
De Groot	15, 88
difference principle	26
discursieve grootheid	5
draagkrachtbeginsel	76
draagmoeder	113, 114, 116
drie-eenheid	62
Drion	175, 177, 179, 181, 182, 183, 185, 186
dwergwerpen	27
Dworkin	44, 59
E	
economie	16, 20, 32
eenheid	33, 48, 57
efficiënte contractbreuk	22
eigendom	64
Einzelfallgerechtigheit	81
embryoselectie	4
Erasmus	166, 172

ethiek	20
exceptio firmitat regulam	35
Eyssell	10
F	
Fallacy of Misplaced Concreteness	125, 136
G	
Geiger	187
gelijkheid	17
genoegdoening	13, 16
grondrechten	14, 58, 67, 69, 129, 133
H	
Hartkamp	53
Hermans	95
Hesselink	24, 25
Hieronymus	146
hinkelspel	7, 10
Hobbes	2
Hoetink	40
horizontale werking	67, 71
van grondrechten	63
I	
individualisme	93
integrity	45
intention to create legal relations	106, 107
intuitionism	47

J

Justinianus 59

K

Kant 28, 91

Kassandra 123

Kelsen 15

Kennedy 93, 95

Koopmans 70, 71, 154, 155

Kortmann 69

Krito 164, 165, 166

L

laïcité 170

legal irritant 51, 53

legal transplant 50, 51

Lex Mercatoria 64

Lex Salica 54

lexicale rangschikking 47

living instrument 55

Locke 66, 84

M

Maine 112

Mann 181

Marx 25

menselijke waardigheid 14, 17, 20, 27, 30, 32,
119, 168, 173

Milgram 182

Mill 91

Molengraaff 9, 10

Mulisch	180, 181
N	
Nietzsche	172, 176, 177, 187
O	
ongeschreven recht	143
P	
Pareto	92, 96, 99
persoonlijke levenssfeer	68
Pilatus	121
Plato	160, 163
Portalis	66
predispositie	128, 129, 132
preventie	12
privacy	127
Proust	184, 186
R	
Rawls	11, 18, 25, 46, 48
rechtsbeginselen	89
rechtvaardigheid	2, 11, 14, 17, 20, 32, 47, 59
rechtzekerheid	18
redelijkheid en billijkheid	23, 35, 45, 97, 141, 146
Reflexion auf eigenes	30
ruilrechtvaardigheid	25

S

Savigny	33, 37, 53
Scholten	34, 45, 58, 167
Schuyt	184
situatie-ethiek	19
Smith	21, 85, 87
Snow	178
Sokrates	3, 159, 161, 163, 166, 170, 171, 172
solidariteit	17, 173
stand en fortuin	137
Suyling	37, 49
synthese van rechtsregels	38, 44

T

Ter Braak	176, 177
Teubner	51
toedoenbeginsel	39, 40, 43
topoi	61

V

Veranlassungsprinzip	40, 41
verbeelding	4, 150
verdelende rechtvaardigheid	25, 74
vergeldende gerechtigheid	84
vergeldende rechtvaardigheid	50, 75
vergelijkingsmethode	151
verontwaardiging	9
vertrouwensbeginsel	38
Vinnius	60

vooruitgang	5, 8, 9, 12, 16, 19, 32, 147
vrijheid	17
vulgaat	146
W	
Watson	50
Weinrib	31
welvaart	21, 23
welzijn	2, 14, 17, 20, 32, 47
Whitehead	125
wrongful birth	29

De broze betrekkingen tussen recht, rechtvaardigheid, welzijn en menselijke waardigheid vormen het onderwerp van de in dit boek verzamelde opstellen. Is het recht een hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad? Of is het een dans rond het gouden kalf van welzijn en geluk? ‘Dwergwerpen’ (dwarf-tossing) is een uit de Verenigde Staten overgewaaide vermakelijkheid waarbij volwassen personen met een geringe lichaamslengte zich in discotheken tegen betaling beschikbaar stellen om door het publiek in een vangnet te worden geworpen. Is dit amusement in strijd met de menselijke waardigheid? Een vrouw komt de afspraak om een voorbehoedmiddel (‘de pil’) te gebruiken niet na. Is dit jegens de man die daardoor ongewenst vader wordt een onrechtmatige daad? Mag een predikant in het dagblad *Tubantia* zijn hart luchten: homoseksualiteit, een vieze, vuile zonde; God verbiedt het (Leviticus 18:22)? Eenvoudige vragen; dit boek laat zien dat de antwoorden lang niet altijd gemakkelijk zijn.

Hans Nieuwenhuis is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Van 1992 tot 1996 was hij raadsheer in de Hoge Raad. Hij schreef onder andere *Confrontatie & Compromis*, Deventer 1997 en *Orestes in Veghel*, Amsterdam 2004.

ISBN 978-90-5454-750-1



9 789054 547501

Bju

Boom Juridische uitgevers