

Recht en belang

J.H. NIEUWENHUIS

I

Recht en belang staan op gespannen voet. Zonder belang geen recht, maar het recht bezit een geheimzinnig overwicht. Een curieuze speling van de geschiedenis heeft gewild dat dit het scherpst is opgemerkt door de grondlegger van de Interessenjurisprudenz, de stroming waarin het belang werd onthuld als het perpetuum mobile van het recht.

‘Niemand, dem ein Taler ins Wasser gefallen ist, wird zwei daran setzen, ihn wieder zu erlangen — für ihn ist die Frage, wieviel er daran wenden soll ein reines Rechenexempel. Warum stellt er dasselbe Rechenexempel nicht auch bei einem Prozesse an?’¹

Een recht op duizend gulden is meer waard dan duizend gulden. Wat is het toekennen van rechten méér, dan het afwegen van belangen? Hierover thans enige opmerkingen.

II

Het dilemma van Pontius Pilatus, Romeins prefect van Judea: aan hem wordt voorgeleid een man uit Nazareth, een warhoofd naar het lijkt, maar onschuldig aan hetgeen hem wordt verweten door het volk dat om zijn kruisiging roept. De prefect vreest op goede gronden een oproer dat het Romeinse bestuur ter plaatse op het spel zal zetten en dat in ieder geval de levens van vele onschuldigen zal kosten. Wat zal Pontius doen? Is uitlevering van de Nazarener het minste der kwaden, of heeft de beklagde rechten die niet wijken voor het staatsbelang?

III

Vergt het recht steeds honorering van het zwaarst wegend belang, of is het grootste belang soms het grootste onrecht? Iedere tijd steekt deze vraag in een eigen jas. Het antwoord is nimmer definitief.

Pontius had kunnen putten uit ‘De officiis’ van Cicero, een verhandeling over de moraal waarin de voorrang van de gerechtigheid (honestas) boven het staatsbelang (utilitas publica) aan de hand van talrijke voorbeelden wordt aangetoond.

In de achttiende en negentiende eeuw zijn het de utilisten (Hume, Bentham) die de moraal van het recht hebben vrijgeven uit het natuurrecht met

1. R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, blz. 14.

zijn nadruk op de rechten van de mens, 'nonsense on stilts' volgens Bentham, om haar vervolgens te verankeren in de belangen van de samenleving.

In de jaren zeventig van deze eeuw heeft het debat een nieuwe actualiteit verkregen. De moderne utilisten hebben hun krachten gebundeld in een beweging (*Economic analysis of Law*)² wier leden het recept voor goed recht putten uit enkele simpele wetten van de markteconomie. Allocatie van voordelen (goederen en diensten) daar, waar zij het meest opbrengen en van nadelen (schades) daar, waar zij het minst kosten; dat is het doel van het recht (respectievelijk het contractenrecht en het aansprakelijkheidsrecht). Een en ander vergt van de rechter een eenvoudig economisch beleid: maximale honorering van de contractsvrijheid (wie met wie en tegen welke prijs?) en aansprakelijkheid voor schadeveroorzaking slechts dan wanneer de schade groter is dan de kosten nodig om haar te voorkomen (de preventiekosten).

Maar ook de tegenstroom kwam in deze jaren op gang. Het utilisme, oud en nieuw, werd krachtig bestreden door Dworkin wiens 'Taking rights seriously' het mes zet in het courante beeld van het recht als beleid. Taak van de rechter is niet het voeren van sociaal-economisch beleid, maar honorering van individuele rechten; dat is de rode draad van zijn betoog.³

IV

De rechter is van ambtswege moralist. De wet gebiedt hem een oordeel te vellen over 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. (art. 6.3.1.1 NBW). Krijgt het slachtoffer zijn schade vergoed? Minder dramatisch, maar niet wezenlijk anders, keert het dilemma van Pontius Pilatus terug. Moet de rechter een beleid voeren dat er op is gericht de schadekosten voor de gehele samenleving zo laag mogelijk te houden, ook wanneer dit meebrengt dat het onschuldige slachtoffer zijn schade zelf draagt? Of is de dader aansprakelijk steeds wanneer hij inbreuk heeft gemaakt op een recht van de benadeelde, zelfs indien het sociale rendement van de schadeveroorzakende gedraging vele malen groter is dan dat van het geschonden recht?

De eerste hoorn van dit dilemma wordt gevat door de aanhangers van de Economische Analyse van het Recht. Aan het woord, Mackaay, hun vertegenwoordiger voor Nederland:

'In deze theorie (de nieuwe economische theorie) is de kern van de zaak het zo laag mogelijk houden van de totale schadekosten. Volgens deze theorie stelt het recht iemand alleen dan aansprakelijk voor andermans schade als hij die schade had kunnen voorkomen of beperken door maatregelen of gedragingen die minder kosten dan wat het slachtoffer nu, in eerste aanleg, heeft moeten absorberen. In alle andere gevallen

2. Zie vooral R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston 1977. Zie voorts H. Franken, Economische analyse van het recht, opgenomen in 'Bij deze stand van zaken' opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Arnhem blz. 117 e.v. en E. Mackaay, *Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade. Economische kanttekeningen*, NJB 1980, blz. 813 e.v.

3. R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, London 1977.

laat het de schade bij het slachtoffer, òf omdat die een betere schadevermijder is, òf omdat de schade onvermijdelijk is en men dan maar beter proces- en onderhandelingskosten kan vermijden. In de economische theorie van het recht hebben aansprakelijkheidsregels dus een preventieve functie: zij worden geacht bij te dragen, tot het drukken van de ongevalskosten.⁴

Verlangt het recht van de dader 'een vergelijking tussen schade -en preventiekosten'? De aansprakelijkheid voor hinder vormt een favoriet terrein voor rechtseconomische exercities.

A en B betrekken vrijwel gelijktijdig ieder een eigen appartement in een nieuw flatgebouw. A gaat aldaar pianoles geven. B is van plan in zijn flat een cursus Transcendente Meditatie te verzorgen. Reeds na enkele weken moet B zijn lessen staken vanwege het doordringende geluid van toonladder oefeningen op de piano. Nadat overleg met A is vastgelopen, vordert B in kort geding een verbod van de geluidshinder.

Is hier sprake van onrechtmatige hinder waardoor een verbod van de pianolessen wordt gerechtvaardigd? Wat leert een economische analyse van het recht?

Allereerst wordt aandacht gevraagd voor het feit dat een verbod de schade niet opheft, maar slechts verplaatst. De keus is niet, wel of geen schade, maar schade bij B (gederfd inkomen uit de cursus Transcendente Meditatie) als het verbod wordt geweigerd, of schade bij A (gederfd inkomen uit de pianolessen) als het verbod wordt uitgesproken. Ligt het in verband hiermee niet voor de hand te kiezen voor het minste der kwaden? Moet, als de door A gegeven pianolessen hem jaarlijks f 40.000,- opleveren en B in zijn vorige woning f 20.000,- per jaar placht te ontvangen voor het door hem gegeven onderwijs, de verbodsvordering worden afgewezen, omdat in dat geval de kosten van preventie van de hinder (staking van de pianolessen)⁵ hoger zijn dan de schade? En is in het omgekeerde geval (opbrengst van de pianolessen f 20.000,- en van het onderwijs Transcendente meditatie, f 40.000,-) zonder meer sprake van onrechtmatige hinder van de kant van A? Is dit niet de onvermijdelijke consequentie van een beleid dat er op is gericht de totale schadekosten zo laag mogelijk te houden? Bovendien lijkt het te stroken met een recent arrest van de Hoge Raad waarin werd overwogen dat de onrechtmatigheid van de hinder 'mede afhangt' van enerzijds de omvang van de hinder en anderzijds de offers die ermee gemoeid zijn die hinder te voorkomen.⁶

V

Als het doel van het aansprakelijkheidsrecht is, het zo laag mogelijk houden van de schadekosten, volgt daaruit dan niet dat een gedraging alleen dan als

4. E. Mackaay, *NJB* 1980, blz. 816.

5. De kosten van alternatieve maatregelen om de hinder te voorkomen (geluidsisolatie of huur van een vervangende lesruimte) worden hier buiten beschouwing gelaten. In die gevallen veranderen wel de getallen, maar niet het principe.

6. HR 9 januari 1981, *NJ* 1981, 227; Van Dam/Beukeboom.

onrechtmatig wordt aangemerkt en wordt verboden als haar rendement kleiner is dan de schade die zij veroorzaakt?

Geconfronteerd met deze vraag, kunnen juristen leren van de ervaringen van moraalfilosofen, opgedaan bij de bestrijding en de verdediging van het utilisme. Twee bressen zijn geschoten in het utilistisch bolwerk: Het weet geen raad met de rol van de rechtvaardigheid en er bestaat verwarring over de vraag of het gaat om het nut van regels, dan wel om het rendement van individuele handelingen die worden beheerst door die regels.

VI

'In all ages of speculation, one of the strongest obstacles to the reception of the doctrine that Utility or Happiness is the criterion of right and wrong has been drawn from the idea of Justice'. Deze erkenning is afkomstig van een van de meest geduchte utilisten⁷. Een afweging van uitsluitend kosten en baten is volstrekt gerechtvaardigd in een wereld van louter objecten, maar zij verliest het laatste woord zodra er subjecten, dragers van rechten, aan de kim verschijnen. Wie met een zak met goud en een zak zilver in een langzaam zinkend bootje zit, zal, om land te kunnen bereiken, zonder aarzeling de zak met zilver over boord zetten. Anders wordt het, wanneer het bootje wordt bemand door A en B, in het bezit van respectievelijk een zak met goud en een zak met zilver. Ook dan zal de zak met zilver worden prijsgegeven. Tot zover volgt de traditie van het recht (van de Lex Rhodia de iactu uit Hellenistische tijden tot de regeling van de avarij-grosse van het Nieuw Burgerlijk Wetboek) een utilistische koers. Het zilver van B wordt geofferd om een groter belang te redden. Maar terwijl het utilisme hier is uitgesproken, gaat het verhaal van het recht verder. De schade van B wordt omgeslagen over alle belanghebbenden bij schip en lading. Op louter utilistische gronden is dit onverklaarbaar. Door het zilver van B over boord te zetten, is het utilistische doel bereikt: het kleinste offer met het grootste rendement. Alles wat er verder nog gebeurt kan daaraan slechts afbreuk doen. En zeker is dat het geval, wanneer voor de omslag van de schade een beroep moet worden gedaan op de kostbare diensten van een dispacheur.

De eigenaar van de zak met zilver is echter niet alleen *belanghebbende* wiens kleinere belang moet wijken voor een groter, hij is ook *recht* hebbende en kan uit dien hoofde een beroep doen op de beginselen van de vergeldende en verdelende rechtvaardigheid. De inbreuk op zijn recht moet worden goedge maakt door zijn schade naar evenredigheid te verdelen, ook wanneer dit niet leidt tot een resultaat waarbij de totale kosten zo laag mogelijk blijven.

De regeling van de avarij-grosse onthult een aangeboren gebrek van het utilisme. Het utilisme kan alleen maar rekenen, toerekenen kan het niet; het heeft een blinde vlek voor het derde gebod van het recht: *suum cuique tribuere*.⁸ Ieder het zijne is echter slechts mogelijk wanneer niet alleen belangen worden gewogen, maar ook rechten worden verleend.

7. J.S. Mill, *Utilitarianism*, ch. 5.

8. *Digesten I, 1, 10*: *luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

VII

Waarop heeft de utilistische winst- en verliesrekening betrekking? Op individuele handelingen of op regels? Luidt het utilistisch credo: handel zo, dat het resultaat van uw *handeling* meer voordeel dan nadeel oplevert. Of is het devies: handel zo, dat uw handeling in overeenstemming is met die *regel* die, als hij algemeen wordt gevolgd, het grootste batig saldo heeft. Allengs rijst het besef dat alleen het laatste standpunt verdedigbaar is. Vele sociale regels danken hun bestaan, en in ieder geval hun voortbestaan, aan hun maatschappelijk nut. Het duurzame succes van de regel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen berust op zijn nuttig rendement dat vele malen groter is dan van het alternatief: een overeenkomst moet worden nagekomen indien en alleen indien de voordelen daarvan groter zijn dan de nadelen.

A verbindt zich jegens B een schip te bouwen. Na het sluiten van de overeenkomst stijgen de materiaalkosten zodanig dat nakoming een gevoelig verlies voor A zal betekenen, een verlies dat aanmerkelijk groter is dan het belang van B bij nakoming.

A is verplicht de overeenkomst na te komen, ook al zijn *in dit geval* de nadelen groter dan de voordelen. De overeenkomst scheidt voor de schuldeiser een *recht* op nakoming dat niet hoeft te wijken voor een simpele afweging van de betrokken belangen. Dat de regel 'pacta sunt servanda' kan worden gerechtvaardigd door utilistische argumenten (de voordelen van deze regel overtreffen in ruime mate zijn nadelen), wil volstrekt niet zeggen dat een zelfde utilistische winst- en verliesrekening is toegestaan in een individueel geval dat door de regel wordt bestreken. De conclusie dat deze concrete overeenkomst moet worden nagekomen, indien en alleen indien de voordelen daarvan groter zijn dan de nadelen, volgt allerminst uit de constatering dat overeenkomsten moeten worden nagekomen in verband met het maatschappelijk nut van die regel. Sterker: het nuttig rendement van de regel 'pacta sunt servanda' wordt voor een groot deel verklaard door de omstandigheid dat de contractanten door het sluiten van de overeenkomst de vrijheid prijsgeven om de vraag, of zij wel of niet zullen presteren, te laten afhangen van de toevallige uitkomst van een afweging van voor- en nadelen. Contracteren is een spel waarvan de inzet niet alleen is het behalen van voordeel, maar ook, en niet minder belangrijk, het scheppen van zekerheid. Voor de vergelijkbare morele regel 'beloofd is beloofd' is dit helder onder woorden gebracht door J. Rawls:

'Indeed, the point of the practise is to abdicate one's title to act in accordance with utilitarian and prudential considerations in order that the future may be tied down and plans coordinated in advance'.⁹

De regel dat contracten moeten worden nagekomen behoort tot die regels die in de formulering van Van Haersolte 'de intermenselijke verwachtingen helpen structureren' en die pas werken als zij 'een zekere mate van intermenselijke onaantastbaarheid genieten'.¹⁰

9. J. Rawls, Two concepts of rules, *Philosophical Review*, Vol. 64 (1955).

10. A. van Haersolte, *Kleine wijsgerige ethiek*, blz. 128.

Brengt uitvoering van de overeenkomst meer voordelen dan nadelen? Het staat beide partijen vrij hun besluit tot het *aangaan* van een overeenkomst van een bevestigend antwoord te laten afhangen. Een van de grootste voordelen van de regel 'pacta sunt servanda' is evenwel, dat hij deze utilistische calculatie schorst op het ogenblik dat de overeenkomst *tot stand komt*. Dan verkrijgen partijen een recht op nakoming dat sterker is dan het eventuele belang dat de wederpartij heeft bij niet-nakoming.

VIII

De hantering van een utilistische argumentatie ter rechtvaardiging van een regel verplicht ons niet een zelfde belangenafweging toe te laten in een individueel geval dat onder de regel valt. Dit is de belangrijkste winst van het debat rondom het utilisme. Maar deze les wordt gemist door de rechtseconomen. Nog eenmaal Mackaay:

'Zoals wij al zagen is in deze theorie de kern van de zaak het zo laag mogelijk houden van de totale schadekosten. Volgens deze theorie stelt het recht iemand alleen dan aansprakelijk voor andermans schade als hij die schade had kunnen voorkomen of beperken door maatregelen of gedragingen die minder kosten dan wat het slachtoffer nu, in eerste aanleg, heeft moeten absorberen.'¹¹

In deze passage worden regel en geval verward. Uit de constatering dat het aansprakelijkheidsrecht (de regel) is gericht op het zo laag mogelijk houden van de schadekosten, wordt afgeleid dat er in een individueel geval sprake is van aansprakelijkheid alleen dan, wanneer de veroorzaakte schade groter is dan de kosten om haar te voorkomen. Dit is een pertinent non-sequitur. Ook al zou men in het aansprakelijkheidsrecht op zoek zijn naar die regel die de schadekosten zo laag mogelijk houdt (regelutilisme), dan brengt dit niet mee dat de veroorzaker van schade 'een vergelijking tussen schade- en preventiekosten' mag maken (gevalsutilisme). Ook hier wordt het utilistische doel, minimalisering van de schade, slecht gediend als een dergelijke calculatie wordt toegelaten. De regel 'maak geen inbreuk op een recht van een ander' is aanmerkelijk voordeliger, want houdt de schadekosten op de lange duur lager, dan de regel 'maak geen inbreuk op een recht van een ander, behalve wanneer de schade van de ander kleiner is dan de eigen schade bij het achterwege blijven van de daad'.

De meeropbrengst van de eerste regel houdt verband met het feit dat een van de nuttigste en voordeligste functies van het aansprakelijkheidsrecht wordt gevormd door de bescherming van rechten, ook dan, indien de in die rechten belichaamde belangen geringer zijn dan de belangen gediend door de inbreukmakende gedraging. Het lijkt op het eerste gezicht wijs om in geval van geluidshinder door pianospel het kleinste financiële belang te offeren door het gevraagde verbod te weigeren als de schade die het slachtoffer lijdt (derving van inkomsten uit zijn onderwijs Transcendente Meditatie) geringer is dan de schade die de pianoleraar zal lijden wanneer hij zijn lessen moet

11. E. Mackaay, *NJB* 1980, blz. 816.

staken. Maar dit is penny wise, pound foolish. Een verbod steeds dan wanneer het pianospel van A moet worden aangemerkt als een inbreuk op het recht van B is een beleid dat op de lange termijn meer vruchten afwerpt. Subjectieve rechten ontlenuen hun maatschappelijk nut aan de omstandigheid dat zij de rechthebbende in staat stellen zijn belangen *naar eigen inzicht* te behartigen. Van deze autonomie zou weinig overblijven indien het subjectieve recht slechts zou worden beschermd, als het in concreto ermee gediend belang bij een confrontatie met belangen van anderen het hoogste rendement blijkt te hebben.

IX

Goede, (regel-) utilistische gronden zijn aan te voeren voor de regel dat een inbreuk op een recht onrechtmatig is, en een verbod rechtvaardigt, ook dan, wanneer de schade kleiner is dan de kosten gemoeid met het achterwege laten van de inbreuk. Het profijt van die regel is vooral gelegen in de zekerheid dat investeringen worden beschermd. Wat zou het voor zin hebben arbeid en kapitaal te investeren in het kweken en onderhouden van fruitbomen (opbrengst f 40.000,— per jaar) als die inspanningen waardeloos blijken, zodra een ander in de nabijheid een vuilstortplaats mag inrichten (opbrengst f 60.000,— per jaar) die door het aantrekken van schadelijke vogels een lonende exploitatie van de boomgaard onmogelijk maakt?

Terecht wordt 'inbreuk op een recht' in het Nieuw Burgerlijk Wetboek gehandhaafd als een afzonderlijke rubriek van onrechtmatige daden (art. 6.3.1.1 lid 2). Maar door deze keuze erft het nieuwe recht een weerbarstig probleem: wanneer is sprake van inbreuk op een recht? Ootmoedig verklaart de Toelichting dat deze vraag 'aan wetenschap en rechtspraak moet worden overgelaten'¹². In de rechtspraak is vooral één aspect van dit probleem actueel: kan het oordeel over de rechtsinbreuk worden geveld zonder de belangen van de dader en de benadeelde tegen elkaar af te wegen?

De gemeente Breda maakt tegen de zin van Nijs, eigenaar van een gekraakt huis, gebruik van de waterleidingen in dat huis. Dit om de krakers van water te voorzien. Is hier sprake van inbreuk op een recht? Het Hof meent van wel, overwegende 'dat van inbreuk door de gemeente op het eigendomsrecht van Nijs sprake is geweest, omdat de gemeente tegen de uitdrukkelijk haar kenbaar gemaakte wil van Nijs energie heeft geleverd met gebruikmaking van diens leidingennet'. Dit oordeel vindt geen genade in de ogen van de Hoge Raad: 'niet elk gebruik — in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt — dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde'. En in het kader van deze zorgvuldigheidstoets moeten volgens de

12. *Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 614.

Hoge Raad tegen elkaar worden afgewogen enerzijds het belang van Nijs bij het verbod (een pressiemiddel om de krakers tot vertrek te bewegen) en anderzijds het belang van de gemeente bij voortzetting van de levering van water (voorkoming van het gevaar dat de krakers zich op andere illegale wijze van water zouden voorzien).¹³

Welke zin kan het hebben 'inbreuk op een recht' te handhaven als een afzonderlijke categorie, indien het oordeel over aanwezigheid van een rechtsinbreuk niet kan worden gevormd los van de vraag of een zorgvuldigheidsnorm is overtreden? Welk belang schuilt er bij voorbeeld in de constructie van hinder als inbreuk op een recht?

'dat het Hof (...) heeft aangenomen dat de door partij Vermeulen in de nabijheid van de boomgaard van partij Lekkerkerker bij de Mastwijkerplas ondernomen activiteiten, bestaande in het dempen van die plas met stadsvuilnis, voor die boomgaard schadelijke vogels in zodanige aantallen zijn aangetrokken dat als gevolg van de door die vogels aan de boomgaard aangerichte schade een lonende exploitatie daarvan geheel onmogelijk is geworden;

dat, in aanmerking genomen de aard en de plaats van de door partij Vermeulen ondernomen activiteiten en de ernst van de als gevolg daarvan door partij Lekkerkerker ondervonden schade, het Hof zonder schending van enige rechtsregel heeft kunnen oordelen dat die activiteiten aan partij Lekkerkerker een hinder hebben toegebracht, welke deze niet behoefde te dulden *en dat partij Vermeulen daardoor een inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van partij Lekkerkerker*'.¹⁴

Wat is de toegevoegde waarde van het geursiveerde slot van deze overweging (en dat partij Vermeulen daardoor een inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van partij Lekkerkerker)? Een indrukwekkende schare schrijvers¹⁵ is thans geneigd te antwoorden: geen. Als immers onrechtmatigheid van de hinder afhangt van aard en plaats van de hinderveroorzakende activiteiten en de ernst van de schade, is de inbreuk op een recht, die vervolgens wordt geconstateerd, blijkbaar een etiket en geen criterium.

In de latere hinder-jurisprudentie van de Hoge Raad ontbreekt de inbreukconstructie. Zo ook in het arrest met betrekking tot de geluidshinder ondervonden door de omwonenden (Beukeboom c.s.) van Houthandel Van Dam. Of inbreuk is gemaakt op een recht van Beukeboom c.s. (op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, al dan niet gekoppeld aan een eigendomsrecht) schijnt voor de onrechtmatigheidsvraag van geen belang. Het volle gewicht komt te liggen op een afweging van enerzijds de ernst van de hinder en anderzijds de kosten die Van Dam zou dienen te maken, indien zij de geluidsoverlast zou moeten voorkomen. De salto die Meijers de Hoge Raad wilde laten maken op het terrein van de hinder lijkt uitgevoerd. Zijn verrassende conclusie was,

13. HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 315; Breda/Nijs.

14. HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278; Vermeulen/Lekkerkerker.

15. Genoemd in *Asser-Rutten III*, blz. 62.

'dat de beantwoording der vraag of een belemmering van de eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hier van afhangt of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al dan niet onrechtmatigheid der belemmerende handelingen de omvang van het eigendomsrecht bepaalt.'¹⁶

Is dit inderdaad, zoals is opgemerkt, 'het alpha en omega van het vraagstuk van hinder als eigendomsstoornis'?'¹⁷

X

These, antithese, synthese. Men behoeft geen onverbeterlijk Hegelaar te zijn om te constateren dat het recht vaak deze gang gaat. Wat is een subjectief recht? Een door het objectieve recht erkende *bevoegdheid*, dat wil zeggen een 'der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht' (Savigny).¹⁸ Of is het, integendeel, een door het recht beschermd *belang*. 'Der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts' en daarom 'Rechte sind rechtlich geschützte Interessen' (Jhering).¹⁹ De synthese ligt voor de hand. Wat is een subjectief recht?

'een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen' (Meijers)²⁰

Voor de verhouding, tussen de begrippen 'onrechtmatige daad' en 'inbreuk op een recht' ligt een zelfde ontwikkeling in het verschiet. Is de grens van het subjectieve recht bepalend voor de vraag wanneer sprake is van een onrechtmatige daad? Of bepaalt, omgekeerd, de onrechtmatigheid de omvang van het subjectieve recht? De dialectische conclusie ligt ook hier voor het grijpen: zij bepalen elkaar in wederkerigheid. In geïsoleerde vorm vallen de elementen onrechtmatigheid en inbreuk op een recht niet vast te stellen. Het subjectieve recht is geen vrijplaats van de wil waarvan de grens kan worden bepaald zonder te letten op de belangen van anderen. Maar het is ook niet slechts een door het recht beschermd belang. Was het dat, dan zou bij iedere confrontatie met andermans belang de bescherming afhangen van zijn relatieve gewicht. Belangen vragen erom, gewogen te worden.

Is het pianospel van A onrechtmatig jegens B, die zijn woning gebruikt voor onderwijs in Transcendente Meditatie? Een poging het antwoord te vinden door a priori de grens van het eigendomsrecht te bepalen is gedoemd te mislukken. Subjectieve rechten maken steeds deel uit van een rechtsverhouding en slechts tegen de achtergrond van die rechtsverhouding kunnen hun inhoud en omvang worden bepaald.²¹

Toch heeft handhaving van de categorie 'inbreuk op een recht' goede zin;

16. Noot onder HR 31 december 1937, NJ 1938, 517.

17. A. van Oven, *Handelingen NJV 1958 I*, blz. 8.

18. F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts I*, par. 4.

19. R. von Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, 1871, III, II par. 60.

20. E.M. Meijers, *De Algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, blz. 86.

21. Zo reeds Von Savigny: 'Das Urtheil über das einzelne Recht (kann) nur insofern wahr und überzeugend seyn, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht' *System des heutigen Römischen Rechts I*, par. 4.

niet als lakmoesproef om toelaatbare van ontoelaatbare hinder te scheiden, wel als kader waarbinnen gezichtspunten als de aard en de plaats van de hinder veroorzakende activiteiten, de ernst van de hinder en de kosten voortvloeiende uit de opheffing van de hinder hun juiste proporties krijgen. En dat zijn niet de proporties die ons worden gepresenteerd in de rekensom van de rechtseconomen: vergelijk de schade van de benadeelde met de kosten die de veroorzaker zou moeten maken om de hinder te voorkomen. Deze benadering ziet over het hoofd dat subjectieve rechten meer waard zijn dan het economisch rendement dat ze opleveren. De voordelen van het burgerlijk recht zijn het grootst wanneer zijn kern wordt gevormd door de bescherming van rechten en niet door de honorering van het grootste belang.

XI

Indien wet en gewoonte hem in de steek laten, moet de rechter 'nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde'. Dit onovertroffen rechtsvindingsadvies uit art. 1 van het Zwitserse Burgerlijk Wetboek richt zich, ondanks zijn Kantiaanse klank, niet tegen het utilisme als zodanig, maar slechts tegen één van zijn varianten: het gevalsutilisme.

Regelutilisme, de speurtocht naar die regel die het meest bijdraagt tot het maatschappelijk welzijn, wordt daardoor niet uitgesloten. De scheiding die Dworkin aanbrengt tussen 'arguments of policy' die de realisering van een collectief doel rechtvaardigen en 'arguments of principle' die individuele rechten waarborgen, is veel te scherp. Rechtsbeginselen danken vaak hun bestaan aan het algemene belang dat zij dienen, terwijl, aan de andere kant, het in het algemeen een goede 'policy' zal zijn om individuele rechten te beschermen. Daarmee valt echter ook Dworkins stelling 'that judicial decisions in civil cases (...) characteristically are and should be generated by principle not policy'.^{22, 23}

De rechter moet op zoek naar de regel die hij als wetgever zou formuleren. Binnen het aansprakelijkheidsrecht zal dat een regel zijn die er toe bijdraagt schade zo veel mogelijk te voorkomen, althans haar zo laag mogelijk te houden. Deze utilistische vingerwijzing is de belangrijkste verdienste van de rechtseconomen die ons verder zouden verplichten als zij zouden voorrekenen welke regel in dat opzicht het voordeligst uitpakt. Dat is in ieder geval niet de regel dat slechts dan van een onrechtmatige daad sprake is wanneer het aangetaste belang groter is dan het met de daad gediende belang. Als hoeder van rechten biedt het aansprakelijkheidsrecht een voordeliger perspectief.

22. R. Dworkin, *Taking rights seriously* 1977, blz. 82, 84.

23. Zie ook P. van Seters, Regels, Beginselen en Rechtstheorie, *Sociale Wetenschappen* Vol. 21 (1978), nr. 4.