



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk?

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2007). Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2007(6), 227-240. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/33163>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/33163>

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

Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk?

Drie vormen van voorstelling: ruimte, tijd, gewicht

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis*

Samenvatting

Geen begrip van burgerlijk recht zonder heldere voorstelling van ruimte, tijd en gewicht. Zij moeten uit juridisch oogpunt worden verhelderd en mogen niet worden overgelaten aan bespiegeling door natuurkundigen. *Ruimte*; ook het burgerlijk recht kent punten, lijnen en vlakken. Subsumptie is een veelvuldig toegepaste wijze van oordeelsvorming. Welke ruimte bestrijkt het begrip 'geldige titel'? Valt een *sale and lease back*-overeenkomst eronder? *Tijd*; het burgerlijk recht volgt het verloop van de vitale tijd: groei, bloei en verval. Waar blijft de tijd? Hoe is het gesteld met de ooit in Nederland levende rechtsovertuiging dat de huwelijksboot slechts plaats biedt aan één man en één vrouw? *Gewicht*; balans en badkamerweegschaal, het burgerlijk recht kan niet zonder de denkbeeldige versies van beide weegschaaltypen. Kent het recht *imponderabilia*, belangen die niet kunnen worden gewogen (het belang om te weten wie je vader is, bijvoorbeeld)?

Voorstelling van burgerlijk recht

'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.' (art. 6:162 lid 1 BW). Dit is recht. Het is méér; het is burgerlijk recht, de wereld van eigendom, contract en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk? De vraag klinkt Kantiaans. Hoe is zuivere wiskunde mogelijk? Dit probleem is het begin van Kants *Kritik der reinen Vernunft*. Heldere voorstelling (*Anschauung*) van ruimte is noodzakelijke voorwaarde voor kennis van meetkunde. Wij kunnen, ook zonder steun van een *power point*-presentatie, ons een voorstelling maken van een driehoek. Wij zien nu onmiddellijk dat twee zijden van een driehoek tezamen altijd langer zijn dan de derde. Zuiver wetenschappelijk onderzoek uit het blote hoofd. Hierover Kant:

'So werden auch alle geometrischen Grundsätze, z. E. daß in einem Triangel zwei Seiten zusammen größer sind, als die dritte, niemals aus allgemeinen Begriffen von Linie und Triangel, sondern aus der Anschauung und zwar a priori mit apodiktischer Gewißheit abgeleitet.'¹

Het door Kant gemaakte onderscheid tussen voorstellingen en begrippen is ook van belang voor het burgerlijk recht. Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige

daad is vereist dat sprake is van causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. Duchateau valt in de halfduistere gang van café De Munt in een keldergat. Sjouwerman had het kelderluik laten openstaan. Is sprake van causaal verband tussen Sjouwermans nalatigheid en de letselschade van Duchateau? Ter beantwoording van die vraag zal de rechtsvinder zich een denkbeeldige situatie voor de geest halen en zich voorstellen wat zou zijn geschied indien het luik gesloten zou zijn. Zijn conclusie dat in dit geval sprake is van causaal verband, put hij niet, althans niet louter, uit het begrip 'causaal verband', maar uit zijn vermogen zich voor te stellen hoe het Duchateau zou zijn vergaan, als het luik gesloten was geweest. Duchateau zou dan zijn bezoek aan de wc succesvol hebben voltooid en gezond en wel weer hebben plaatsgenomen achter zijn glas bier. Anders dan Kant aanneemt met betrekking tot meetkundige *Anschauung*, is de juridische voorstelling van causaal verband niet *a priori* gegeven, maar berust zij op een solide empirische grondslag, in dit geval de ervaring dat het slechts weinigen lukt in een kelder te vallen, als de enige toegang tot die kelder is afgesloten met een stevig luik.

Voorstelling moet niet alleen worden onderscheiden van begrip, maar ook van twee andere mentale activiteiten die voor de rechtsvinder van belang zijn: waarneming en verbeelding. Van waarneming is sprake wanneer de rechter, vergezeld van de griffier, bij gelegenheid van een plaatsopneming en bezichtiging (art. 201 Rv), een bezoek brengt aan café De Munt om zich zelf op de hoogte te stellen van de zichtbaarheid van het open keldergat.

De rechtsvinder moet een beroep doen op zijn verbeelding als het erom gaat gevoelens te peilen die hij zelf nooit heeft ervaren. Een kras voorbeeld is van Adam Smith:

'Though our brother is upon the rack, as long as we ourselves are at our ease, our senses will never inform us of what he suffers. (...) It is by the imagination only that we can form any conception of what are his sensations.'²

De rechter die zelf geen enkele ervaring heeft met onzekerheid over de eigen afstamming, zal zich, als de gelegenheid hem daartoe noopt, verdiepen in de vraag wat het voor een volwassen vrouw betekent om niet te

* Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis is hoogleraar Burgerlijk recht Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift.

1. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 39.

2. Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, London 1759, I,i,i.

weten wie haar (biologische) vader is. De kracht van zijn verbeelding moet hem het antwoord verschaffen.

Waarneming, voorstelling, verbeelding; we richten thans de blik op het middenpaneel. Begrip van burgerlijk recht is niet mogelijk zonder beroep te doen op drie vormen van voorstelling: ruimte, tijd, gewicht. Deze drie perspectieven zijn onmisbaar als het erom gaat inzicht te verkrijgen in de werkelijkheid van het burgerlijk recht. Zij mogen worden opgevat in hun meest eenvoudige vorm. Het inzicht wordt in geen enkel opzicht verrijkt door ruimte en tijd te verbinden tot ruimtetijd, zoals geschiedt in Einsteins speciale relativiteitstheorie, of door nauwkeurig onderscheid te maken tussen massa en gewicht om zo het pad te effenen voor begrip van de equivalentie van energie en massa ($E = mc^2$).³ Zonder gebruikmaking van een weegschaal inzien dat een Edammer kaas minder weegt dan een even grote loden bol, getuigt van ruim voldoende vermogen om in het burgerlijk recht het gewicht te bepalen van botsende belangen en argumenten.

Begrip van burgerlijk recht in het algemeen en van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het bijzonder vereist ruimtelijk inzicht, besef van het verstrijken van de tijd en het vermogen om het gewicht vast te stellen van dingen die, wat de weegschaal betreft, op het eerste gezicht *imponderabel* zijn: menselijke waardigheid bijvoorbeeld.

Eén tegenwerping moet op voorhand worden afgeweerd. Is het niet zo dat weliswaar de *taal* van het recht is doorregen met uitdrukkingen die verwijzen naar ruimte, tijd en gewicht (de *omvang* van de schade; de *verjaring* van een vordering; het *gewicht* van het onderhavige belang), maar dat het hier gaat om onschuldige metaforen die ieder werkelijk contact met de wereld waaraan zij zijn ontleend, allang hebben verloren? De concipiënt van een arrest van de Hoge Raad zal zijn gebruikelijke litanie over de lange reeks falende klachten eens afwisselen door te constateren dat het cassatiemiddel in al zijn onderdelen *strandt*. Dit laatste beeld, een strandend middel, zal vrijwel nooit gepaard gaan met een heldere voorstelling van de wisselvalligheden van de zeevaart. Is het niet zo dat juridische terminologie die associaties oproept met ruimte, tijd en gewicht, slechts een dunne laag vernis is, zodat de rechtsvinder goed doet bespiegeling over ruimte, tijd en gewicht over te laten aan de natuurkundige?

Nee, dat is niet zo; ruimte, tijd en gewicht zijn ook in de wereld van het recht reëel bestaande grootheden.

Zij moeten uit juridisch oogpunt worden verhelderd. De navolgende beschouwing vormt daartoe een aanzet.

Ruimte

Ruimte; de eerste begripsbepalingen van de Euclidische meetkunde helpen ons op weg: punt, lijn, vlak. *Punt*; dat wat geen dimensie heeft (maar wel positie). *Lijn*; dat wat lengte heeft, maar geen breedte. *Vlak*; dat wat lengte en breedte heeft (maar geen dikte). Voor het begrip 'punt' gebruikt Eukleides het Griekse woord *σημειον*.⁴ Dat betekent in de eerste plaats 'teken' en vandaar: 'aanwijzing', 'spoor'. Zonder nauwkeurige plaatsbepaling geen begrip van het recht. Vrijwel iedere verhandeling over het aansprakelijkheidsrecht begint met formulering van het 'uitgangspunt' dat ieder zijn eigen schade draagt. Dit uitgangspunt markeert het aansprakelijkheidsrecht als de kunst om van eigen schade andermans schade te maken. De eiser die meent dat hij door toedoen van gedaagde schade heeft geleden, moet, om de schade op deze te kunnen verhalen, een weg inslaan waarlangs hij zich zo ver mogelijk kan verwijderen van dit uitgangspunt: ieder draagt zijn eigen schade. Hij moet een ander uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht zien te bereiken: volledige vergoeding van de schade. Het is met deze uitgangspunten als met de poolster. Gezien haar (tamelijk) stabiele positie (vrijwel) pal boven de Noordpool is deze ster een ideaal oriëntatiepunt, ook voor wie niet naar het noorden wil. Wie in een heldere winter nacht is verdwaald op de Ginkelse heide, en het verlangen koestert zo snel mogelijk het zuidelijk gelegen Heesum te bereiken, doet verstandig te bepalen welke route hij moet volgen om in de richting van de poolster te lopen; hij moet zich vervolgens 180° omdraaien en in rechte lijn zijn neus achterna lopen. Enkele uren later bereikt hij Heesum.

'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.' De wetgever plaatst in deze bepaling de dader in het middelpunt (de pleger van de onrechtmatige daad is verplicht de schade te vergoeden). In het burgerlijk recht wordt de handhaving overgelaten aan de burger. Dit brengt mee dat deze bepaling uit het oogpunt van de benadeelde zich aandient als een weg leidend naar schadevergoeding, op voorwaarde dat vier horden worden genomen: onrechtmatige daad; toerekenbaarheid, schade en causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. Faalt de eiser bij het nemen van één van deze horden, dan valt hij onverbiddelijk terug op het uitgangspunt: ieder draagt zijn eigen schade.⁵

Het beeld van het aansprakelijkheidsrecht als horde-loop mag niet worden geassocieerd met grote snelheid. Recht realiseren blijft een proces (van *procedere*; voortschrijden); kalmte is geboden. Aldus ook de zoon tot zijn vader die blijk geeft van zijn bezorgdheid over de ruime tijd die zijn zoon uittrekt voor het voltooien van de rechtenstudie: Vader, het recht is een loopbaan, geen renbaan.

3. Zie over een en ander, Sander Bais, *De sublieme eenvoud van relativiteit*, Amsterdam 2007, p. 12 en 90.

4. E.J. Dijksterhuis, *The first book of Euclid's Elementa*, Greek text with glossary, Leiden 1955.

5. Met betrekking tot het vereiste van causaal verband is de Hoge Raad bezig met een ingrijpende verlaging van de drempel. Een eiser die met het bewijs van causaal verband niet verder komt dan de aannemelijkheid van de *kans* dat zonder de fout van de gedaagde de schade zou zijn uitgebleven, krijgt in bepaalde gevallen een met de omvang van die kans overeenstemmend gedeelte van zijn schade vergoed. Zie J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006, p. 177 e.v.

Hoe construeren wij meetkundige figuren? Hoe construeren wij, louter met behulp van potlood, passer en liniaal, de bissectrice, de lijn die een hoek doormidden deelt? Ook in het recht is constructie van groot belang. De zevenjarige A speelt met vuur en sticht brand in het huis van B; schade € 100 000. Is A aansprakelijk? Voor aansprakelijkheid is vereist dat de daad aan de dader kan worden toegerekend. Hoe construeren wij het vereiste van toerekenbaarheid? Als lijn, in de woorden van Eukleides, als 'breedteloze lengte' (μηκος πλατους), of als vlak (επιφωνειο)?

Om met de laatste mogelijkheid te beginnen: we kunnen de toerekenbaarheid construeren als een brede zone met vage contouren (*a wide margin of appreciation*). De vraag of de overtreding van een rechtsnorm aan een jeugdig kind kan worden toegerekend, wordt niet uitsluitend bepaald door de kennis die bij dat kind ten aanzien van het bestaan van die norm aanwezig is, maar ook door de mate waarin het hem mogelijk is zich overeenkomstig die kennis te gedragen. In hoeverre droeg de zevenjarige A kennis van het gebod 'Gij zult niet met vuur spelen' en in welke mate was het voor hem mogelijk zich overeenkomstig die kennis te gedragen door de lokroep van het doosje lucifers te weerstaan? Gevolg van deze benadering is dat het oordeel met betrekking tot A anders kan uitvallen dan met betrekking tot zijn even oude buurjongen en mededader C.

Een alternatief ontwerp voor de constructie van het vereiste van toerekenbaarheid wordt gevormd door wat in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur een *bright line rule* wordt genoemd. 'Een gedraging van een kind dat de leeftijd van veertien jaren nog niet heeft bereikt, kan aan hem niet als een onrechtmatige daad worden toegerekend.' In het geval van A ontstaat dan snel helderheid: de brandstichting kan hem niet worden toegerekend.⁶ Als bezwaar kan worden aangevoerd dat op deze wijze de toerekening in belangrijke mate wordt losgekoppeld van persoonlijke verwijtbaarheid. Viel deze dader verwijt te maken van zijn schadeveroorzakende gedraging? Het bereiken van de leeftijd van veertien jaren is geen garantie dat de kennis van goed en kwaad tot voldoende wasdom is gekomen, om maar te zwijgen over het vermogen om zich overeenkomstig die kennis te gedragen.

Tot de inwerkingtreding van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 volgde de rechtspraak de eerste benadering: in hoeverre droeg de jeugdige dader kennis van de overtreden norm en in welke mate kon hij zich overeenkomstig die kennis gedragen?⁷ Thans bevat art. 6:164 BW de reeds genoemde *bright line*: geen toerekening vóór het bereiken van de leeftijd van veertien jaren.

Verdiert invoering van *bright line rules* niet over de volle breedte van het burgerlijk recht de voorkeur? Gedreven pleitbezorger van 'scherpe normen' is Barendrecht:

'Om te beginnen zijn er geheel vage normen als redelijkheid en billijkheid, en de strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. (...) Deze normen vertellen niets

concreets over het behoren. (...) Alleen scherpe regels bevatten werkelijk kennis over rechtvaardigheid. Daarom moet worden gestreefd naar de ontwikkeling van zo scherp mogelijke normen.'⁸

Het is niet zo dat de wetgever in 1992 de gelegenheid te baat heeft genomen om op grote schaal vage normen te vervangen door *bright line rules*. Integendeel, art. 6:2 lid 2 BW verschaft de rechter een instrument om *bright lines* desgewenst te vervagen: een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens de wet geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De onaanvaardbaarheidstoets marginaliseert weliswaar de ruimte voor de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, maar hij laat voor de rechter toch voldoende speelruimte over om een tussen partijen geldende wettelijke regel buiten toepassing te laten, indien redelijkheid en billijkheid dit gebieden. Illustratief is het geval dat door de Hoge Raad als volgt werd samengevat:

'B is geboren op 2 november 1959. Zij is opgegroeid in een traditioneel gezin in een kleinschalige, streng godsdienstige, gemeenschap. M is ruim twintig jaar ouder dan B en is gehuwd met een van haar zusters. Hij stond binnen de familie en in diezelfde (dorps)gemeenschap in aanzien. B heeft op 12 december 1990 aangifte gedaan van seksueel misbruik van haar door M. Hetgeen het hof heeft vastgesteld laat geen andere conclusie toe dan dat M aan B, door haar meermalen te verkrachten, zodanig geestelijk letsel heeft toegebracht dat zij tot 12 december 1990 als gevolg van haar daardoor ontstane psychische toestand niet in staat is geweest om haar vorderingsrecht tot vergoeding van de door M aan haar toegebrachte schade, uit te oefenen.'

M beroept zich op art. 3:310 BW: een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De Hoge Raad overweegt:

'Voor zover zulks ertoe leidt dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken – een geval dat art. 3:310 lid 1 blijkens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen – is dat uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren. Daarom is, wanneer zulk een niet geldend kunnen maken voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat deze zich

6. Zijn ouders zijn wel gehouden de schade te vergoeden; zie art. 6:169 BW.

7. HR 9 december 1966, NJ 1967, 69 (*Joke Stapper*).

8. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer 1992, p. 52 en 77.

erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in art. 3:310 lid 1 omschreven aanvangstijdstip daarvan. In zodanig geval moet dan ook worden aangenomen dat de verjaringstermijn eerst een aanvang neemt wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de verjaring niet langer verhinderen.⁹

Barendrecht is van oordeel dat slechts scherpe normen werkelijk kennis over rechtvaardigheid bevatten. De Hoge Raad kiest het 'oogpunt van individuele gerechtigheid' om maatstaven van redelijkheid en billijkheid in stelling te brengen. Toegespitsd op de verjaring van rechtsvorderingen, valt voor beide standpunten wel wat te zeggen. Een *bright line rule*, zoals de regel dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade in ieder geval verjaart door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (art. 3:310 lid 1 BW), dient niet alleen de rechtszekerheid, maar ook de rechtvaardigheid. In het algemeen zal het onrechtvaardig zijn de gedaagde te belasten met (tegen)bewijs van feiten die zich meer dan twintig jaren tevoren hebben afgespeeld. Maar dit oordeel over hetgeen de rechtvaardigheid in het algemeen eist, moet wijken in een bijzonder geval, bijvoorbeeld indien de schade meer dan twintig jaren na de schadeveroorzakende gebeurtenis is ontstaan. Verjaring zou in dat geval inhouden dat de rechtsvordering reeds vóór haar geboorte in de kiem zou zijn gesmoord.

De spanning tussen de aanspraken van het algemene en het bijzondere op het terrein van de rechtvaardigheid is op klassieke wijze onder woorden gebracht door Aristoteles: dit is kenmerk van het billijke, het is een correctie van de wet (*επινοηθῆναι νόμον*) waar de wet tekortschiet door haar algemeenheid. De bouwmeesters van het eiland Lesbos komen eraan te pas; zij gebruiken een loden maatstok (*κάνων*) die zich aanpast aan de vorm van de steen.¹⁰ Het nut van de loden maatstok wordt in een commentaar op deze passage als volgt verhelderd:

'Voor de bouw van een cyclopische muur, dat is een muur waartoe men veelhoekige rotsblokken in elkaar voegt, werd onder meer op Lesbos een flexibele loden maatstok gebruikt, een die, doordat hij de vorm van een bepaald rotsblok aanneemt, de bouwer in staat stelt het volgende rotsblok zo te kiezen dat het op het vorige past.'¹¹

Iets dergelijks geldt ook voor de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. 'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden

gehouden met de (...) persoonlijke belangen, die bij het gegeven belang zijn betrokken.' (art. 3:12 BW). De maatkleermakers aan het Haagse Voorhout gebruiken niet een meetlat, maar een (uitrolbaar) meetlint om de buikomvang van hun klant vast te stellen. Zo honoreren zij zijn persoonlijk belang bij een passende broek.

Zonder ruimtelijk inzicht geen begrip van burgerlijk recht. Naast kennis van punt en lijn is ook een heldere voorstelling van het vlak onontbeerlijk. Rechtsvinding is een hinkelspel. De eenvoudigste uitvoering vergt drie sprongen. Is het schilderij in eigendom overgedragen? 1. Voor overdracht van een goed is levering krachtens een geldige titel vereist. 2. Deze levering steunt op een nietige koopovereenkomst. 3. De eigendom van het schilderij is niet overgedragen.

Subsumptie is een veelvuldig toegepaste wijze van oordeelsvorming. Valt feit *x* onder begrip *y*? Hiertoe moet de rechtsvinder beschikken over een voorstelling van de reikwijdte van begrip *y*. Welke omvang heeft het begrip 'geldige titel'? Een geldige koopovereenkomst valt eronder, zo ook een geldige schenking. Maar het begrip 'geldige titel' is niet onbegrensd; een nietige koopovereenkomst valt er niet onder en evenmin een geldige bruikleenovereenkomst.

Paul Scholten heeft zich in zijn Algemeen Deel ironiserend uitgelaten over de rechtsvinder als subsumptie-automaat. Hoe vindt hij antwoord op een vraag van burgerlijk recht? 'Hij weet, dat hij twee dingen nodig heeft: de kennis der feiten en van de regel. Een toepassing van de regel op de feiten geeft het antwoord, een simpel gebruiken van de eenvoudigste regel der logica, het syllogisme, is het enige wat hij heeft te doen.'¹² De volgende 134 pagina's besteedt Scholten aan de deconstructie van dit beeld.

Nu kan onmiddellijk worden toegegeven dat het vaststellen van de reikwijdte van een regel vaak lastiger is dan het bepalen van de oppervlakte van een vierkant waarvan de zijden acht centimeter lang zijn. De vraag of een *sale and lease back*-overeenkomst valt onder het begrip 'geldige titel' heeft de Hoge Raad heel wat meer hoofdbrekens gekost.¹³ Moet de regel restrictief, dan wel extensief worden uitgelegd? De Hoge Raad koos in dit geval voor een restrictieve uitleg van de regel dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid, geen geldige titel van overdracht van dat goed is (art. 3:84 lid 3 BW). De onderhavige *sale and lease back*-overeenkomst viel niet onder het begrip 'rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid'. Extensieve en restrictieve interpretatie en andere hermeneutische bezigheden als analogie en rechtsverfijning hebben gemeen dat zij niet louter deductief van aard zijn, maar dat laat onverlet dat zij alle gericht zijn op subsumptie. Vallen de feiten onder de extensief dan wel restrictief uitgelegde regel? Vallen zij onder de aanvullende regel die de rechter, bij wege van analogie, als geldend heeft erkend? Naast de bestaande regel 'indien *p* dan *q*' erkennen wij *per analogiam* ook de regel 'indien *r* dan *q*', omdat *r* zodanig op *p* lijkt, dat het gerechtvaardigd is aan *r* hetzelfde rechtsgevolg *q* te verbinden als aan *p*.

9. HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15.

10. Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1138 a.

11. Christine Pannier en Jean Verhaeghe, *Aristoteles Ethica*, Groningen 1999, p. 171.

12. Paul Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1974, p. 1.

13. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (*Keereweer q.q./Sogelease*).

Ter beantwoording van de vraag of sprake is van voldoende gelijkenis moet gebruik worden gemaakt van een ruimtelijk begrip dat kenmerkend is voor het recht: de strekking (van een wet, van een vereiste). Het begrip 'strekking' heeft twee ruimtelijke dimensies: richting en omvang. De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) die aan varkenshouders tien procent van hun varkensrechten ontnemt, strekt tot reductie van de hoeveelheid niet-plaatsbare mestoverschotten. Deze strekking verleent aan de wet niet alleen een richting: zij mikt op vermindering van varkensmest, maar ook een omvang: zij strekt tot bescherming van een ruim, maar niet onbegrensd terrein: het milieu. Vermindering van het leed van varkens valt niet onder de beschermingsomvang van de wet.

Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is causaal verband tussen daad en schade vereist. In art. 6:162 BW wordt deze eis uitgedrukt door het woord 'dientengevolge'. Dit vereiste wordt geoperationaliseerd door uitvoering van de *condicio sine qua non*-test. Is de onrechtmatige daad de *voorwaarde zonder welke niet* van de schade? Wat zou gebeurd zijn als we de onrechtmatige daad wegdenken? Indien de schade in dat geval zou zijn uitgebleven, is sprake van causaal verband. De strekking van het vereiste van causaal verband is, dat het recht wil voorkomen dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt. De omstandigheid dat hij onrechtmatig heeft gehandeld tezamen met het feit dat de ander schade heeft geleden zijn niet voldoende; de schade moet door de onrechtmatige daad zijn *veroorzaakt*. Een arts die doorfietst als hij in de berm een zwaargewond slachtoffer van een roofoverval ziet liggen, handelt onrechtmatig. De arts is echter niet aansprakelijk indien de gewonde enkele minuten later overlijdt en komt vast te staan dat hij ook zou zijn overleden als de arts onmiddellijk had gedaan wat van een redelijk bekwaam arts mocht worden verwacht.

De strekking van de regel dat voor aansprakelijkheid causaal verband vereist is, helpt ons bij beantwoording van de vraag of die strekking een voldoende ruim draagvlak biedt voor een analoge regel die causaal verband ook aanneemt in situaties waarin de onrechtmatige daad niet kan worden aangemerkt als de *condicio sine qua non* van de schade.

Twee zware vrachtwagens (drietonners), bestuurd door respectievelijk A en B, rijden, uit tegengestelde richting komend, over een brug. Op exact hetzelfde ogenblik bereiken zij het midden van de brug. De brug stort in. Zoals ook aan beide zijden was aangegeven, kon zij slechts twee ton dragen. Kan A ontkomen aan aansprakelijkheid door aan te voeren dat hij de schade niet heeft veroorzaakt, omdat *sine qua non*-verband ontbreekt, immers ook zonder de aanwezigheid van zijn drietonner zou de brug zijn ingestort onder het gewicht van de vrachtwagen van B? En heeft ook B succes met een soortgelijk betoog? Een dergelijk standpunt leidt onontkoombaar tot een *reductio ad absurdum*, een ontcrachting van de premissen door onthulling van de absurditeit van de conclusie. Als A gelijk

zou hebben met de stelling dat hij de schade niet heeft veroorzaakt, moet hetzelfde gelden voor B. Dat zou tot de conclusie leiden dat geen van beiden de instorting van de brug heeft veroorzaakt. Het moet niet gekker worden.

Zo blijkt dat de strekking van het vereiste van causaal verband voldoende ruimte biedt voor aanvaarding van een analoge regel die, ondanks falen van de *sine qua non*-test, causaal verband aanneemt in geval van *dubbele* veroorzaking: twee gebeurtenissen die ieder op zichzelf genomen, zonder de andere gebeurtenis, zouden voldoen aan de *sine qua non*-test, vinden gelijktijdig plaats en veroorzaken schade die ook zou zijn ontstaan, indien slechts één van beide gebeurtenissen zou hebben plaatsgevonden.

Tijd

Geen begrip van burgerlijk recht zonder voorstelling van tijd. Een helder beeld van *ruimtetijd*, als element van de speciale relativiteitstheorie, kan de civilist missen, maar niet het besef van *tijdruimte*. Uren, dagen, maanden; de meetbare klokke- en kalendertijd bepalen zijn agenda. Bij koop van een woning heeft de koper een bedenktijd van drie dagen. De vordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren. Welke ruimtelijke voorstelling hebben wij van de tijd? Wij kunnen ons de tijd niet anders voorstellen dan als lijn, schrijft Kant.¹⁴ Indringender is het beeld van de tijd als rivier, *tempus fluit*, de tijdstroom. Ik sta op de IJsselbrug in Deventer en kijk stroomopwaarts in de richting van Zutphen. Een schip nadert. Als het dichterbij is gekomen, lees ik op de boeg: 'De Toekomst'. Even later bevindt het schip zich voor een enkel ogenblik onder de brug: 'Het Heden'. Het schip vaart door in de richting van Olst en Wijhe. Ik kijk achterom; op de achtersteven zie ik in kloek letters: 'Het Verleden'. Zo stellen wij ons de tijd voor, onderscheiden in drie fasen: de naderende toekomst, het vluchtige heden en het verdwijnend verleden. We raken niet van slag door wat Einstein ooit schreef: 'the distinction between past, present and future is only an illusion, however persistent'.¹⁵

Illusie of niet; het woord van de dichter heeft voor ons meer gezag: 'In 't verleden ligt het heden. In het nu, wat worden zal.' (Bilderdijk). In het verleden ligt het heden; gisteren rups, vandaag vlinder. In het nu wat worden zal; vandaag leeuw, morgen aas voor de gieren. We stuiten hier op wat Hugenholtz 'vitale tijd' heeft genoemd, 'een principe van wording (...), maar nu gericht van verleden naar toekomst'.¹⁶ In de fysieke tijd is sprake van loutere opeenvolging van gebeurtenissen, lopend van toekomst naar verleden. Op zondagavond zie ik de toekomst op mij afkomen; eerst de maandag, dan de dinsdag en daarachter de woensdag. De vitale

14. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B. 156.

15. Geciteerd door Brian Green, *The Fabric of the Cosmos*, London 2004, p. 139.

16. P.Th. Hugenholtz, *Tijd en Creativiteit*, Utrecht 1972, p. 34.

tijd verloopt in omgekeerde richting: van verleden naar toekomst. Gisteren groei, vandaag bloei, morgen verval.

Is ook het recht in de ban van de vitale tijd? Met klem wordt dit bevestigd door Savigny:

‘Der eigentliche Sitz des Rechts (ist) das gemeinsame Bewußtsein des Volkes. (...) Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich mit diesem aus, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.’¹⁷

Onmiskenbare sporen van deze visie zijn te vinden in art. 3:12 van ons Burgerlijk Wetboek:

‘Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met (...) de in Nederland levende rechtsovertuigingen (...).’

In een vroegere versie van art. 3:12 was het spoor nog duidelijker gemarkeerd; daarin werd gesproken van ‘in het Nederlandse *volk* levende rechtsovertuigingen’. Voor de huidige tekst is gekozen omdat ook rekening dient te worden gehouden met de overtuigingen van hen die duurzaam in Nederland verblijven zonder over de Nederlandse nationaliteit te beschikken.

In Nederland *levende* rechtsovertuigingen; is de verwijzing naar het leven van de rechtsovertuigingen niet een onschuldige metafoor?¹⁸ Had er niet evengoed kunnen staan: in Nederland *aanwezige* rechtsovertuigingen? De constatering van art. 3:12, dat in Nederland verschillende rechtsovertuigingen *leven*, is aanmerkelijk méér dan louter beeldspraak. In de eerste plaats wordt zo duidelijk dat sprake is van een biodiversiteit van rechtsovertuigingen, en niet van een enkelvoudige *Volksgeist* (*das gemeinsame Bewußtsein des Volkes*). In de tweede plaats versterkt deze woordkeuze het besef dat de in Nederland aanwezige rechtsovertuigingen, als levende materie, onderling gewikkeld zijn in wat de ondertitel van Darwins *The Origin of Species* aanduidt als een *struggle for life*. In de derde plaats wordt op deze wijze het inzicht verhelderd dat de in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn onderworpen aan het principe van de vitale tijd: opeenvolging van groei, bloei en verval.

Staat deze ‘vitalistische’ benadering niet op gespannen voet met het inzicht dat recht door mensen wordt gemaakt? Verdient het niet de voorkeur om niet te spreken van *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Atiyah)¹⁹, maar van *Opbouw en Afbraak van de Contractvrijheid*? Dit om beter te laten uitkomen dat de wisselende omvang van de contractvrijheid berust op menselijk ingrijpen. De door notarissen recent verwor-

ven vrijheid om, door verlaging van hun tarieven, hun marktaandeel te vergroten, is niet de spontaan gegroeide vrucht van de idee van contractvrijheid, maar resultaat van intensief duw- en trekwerk in het parlement.

De omstandigheid dat recht mensenwerk is, laat onverlet de mogelijkheid daarin groei, bloei en verval te ontwaren. Op dit punt bestaat geen verschil met andere voortbrengselen van de menselijke geest. De middeleeuwse kathedralen zijn niet, zoals de eiken en beuken in de nabijgelegen wouden, uit eigen groeikracht torenhoog opgerezen uit de grond; zij zijn met mensenhand gebouwd, steen voor steen. Toch is het ook zo dat wie achtereenvolgens de voorgevels van de abdijkerk in Saint-Denis (vóór 1140), de Notre-Dame in Parijs (na 1200) en de kathedraal in Reims (na 1254) gadeslaat, getuige is van onmiskenbare groei. Groei van een idee: de gotische kathedraal. In Reims is deze bouwstijl tot volle wasdom geraakt (meer lichtinval door grotere ramen die mogelijk werden gemaakt doordat de zijwaartse druk op de muren werd opgevangen door steunberen en luchtbogen).

Zo ook in het recht; contractvrijheid is niet als het hemelse manna dat voor het oprapen lag zodra de dauw was opgetrokken.²⁰ Zij moet met man en macht worden veroverd. Geen contractvrijheid zonder afschaffing van de feodaliteit, het maatschappelijk bestel dat een groot deel van de bevolking bond aan de geboortegrond en veroordeelde tot een boerenbestaan. Opheffing van de feodale belemmeringen maakte de weg vrij voor toekenning aan alle burgers van de Europese Unie van de vrijheid van vestiging op het grondgebied van andere lidstaten (art. 43 EG).

Contractvrijheid is ook een idee, een voortbrengsel van de menselijke geest met een geschiedenis die uitnodigt tot evolutionaire beschouwing. Het was de Schotse rechtsgeleerde Adam Smith die contractvrijheid aanwees als de belangrijkste bron van de *Wealth of Nations*. Daarnaast groeide het besef dat contractvrijheid onmisbaar is als middel tot zelfontplooiing. De jonge Van Rijn wilde niet in het voetspoor van zijn vader treden (molenaar), maar als schilder de grote Rubens naar de kroon steken. Realisering van dit levensplan was onmogelijk zonder een reeks overeenkomsten, te beginnen met de overeenkomst met de Leidse historieschilder Van Swanenburgh die hem voor drie jaren in dienst nam als leerling.

Contractvrijheid moet stevast opboksen tegen een ander idee: de goede zeden. De contractvrijheid doet pogingen zich te nestelen in de kern van de persoonlijke levenssfeer: de voortplanting. Een vrouw sluit een overeenkomst waarbij zij zich beschikbaar stelt als ‘hoogtechnologisch draagmoeder’; zij is bereid een embryo dat is tot stand gebracht met behulp van zaad en eicellen van respectievelijk de wensvader en de wensmoeder te laten implanteren en het kind dat wordt geboren af te staan aan de wensouders. Is deze overeenkomst nietig wegens strijd met de goede zeden? Zo ja, betekent dit dat de draagmoeder nimmer kan worden gedwongen het kind af te staan? Wie is de echte moeder van het kind?

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

18. Zie over het gebruik van biologische metaforen in het recht, H. Rottluthner, ‘Biological Metaphors in Legal Thought’, opgenomen in G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: a new approach to law and society*, Berlin 1988, p. 97 e.v.

19. P.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford 1979.

20. Exodus 16:14.

Ook de goede zeden hebben hun geschiedenis. Enkele jaren geleden zou vrijwel iedereen hebben geoordeeld dat een overeenkomst waarbij een vrouw zich verbindt tot draagmoederschap nietig is wegens strijd met de goede zeden. Een moeder mag zich niet contractueel verbinden tot het afstaan van haar kind. En moeder is de vrouw die de wet als zodanig aanwijst en dat is in dit geval de draagmoeder ('moeder van een kind is de vrouw uit wie het kind is geboren', art. 1:198 BW). Aan de andere kant: door de hoogtechnologische ontwikkelingen in de voortplantingstechniek (*in-vitrofertilisatie*) is het *mater semper certa* aan het wankelen geraakt. Biologisch gezien, is het kind aanmerkelijk méér verwant met de wensmoeder dan met de draagmoeder. Wie is de echte moeder? De tijd is rijp voor de wijsheid van een nieuwe Salomo.

Evolutie is niet beperkt tot de wereld van plant en dier. Verandering van recht betekent in een enkel geval slechts dat het recht anders is geworden; veel vaker is tevens sprake van evolutie, het ontvouwen van een gedachte die voorheen slechts in de kiem aanwezig was. Zo bezien, bestaat weinig bezwaar tegen het rechtsgeleerd gebruik van een 'biologische' metafoor, zoals vervat in de wettelijke regel die de rechter gebiedt rekening te houden met de in Nederland *levende* rechtsovertuigingen.

Tot voor kort was in onze samenleving hecht geworteld de rechtsovertuiging dat iemand tezelfdertijd slechts gehuwd kon zijn met één ander, en dat die ander van ander geslacht moest zijn. Het eerste gedeelte (monogamie) is nog voldoende vitaal, al zijn er inmiddels velen die, met verwijzing naar de vierde *sura* van de Koran, van oordeel zijn dat 'indien gij ducht niet rechtmatig te zijn ten aanzien van de wezen, huwt dan wat u aanstaat van de vrouwen, een tweetal en een drietal en een viertal'. Het tweede deel van de rechtsovertuiging (een huwelijk is slechts mogelijk tussen twee personen van verschillend geslacht) is zodanig in verval geraakt dat de wetgever de tijd rijp achtte voor art. 1:30 lid 1 BW: 'Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht.' Dit wil niet zeggen dat de traditionele rechtsovertuiging (de huwelijksboot biedt slechts plaats aan één man en één vrouw) met wortel en tak is uitgeroeid. Confrontatie van de in Nederland levende rechtsovertuigingen mondt vaak uit in compromis. In het coalitieakkoord van CDA, PvdA en ChristenUnie werd bepaald dat gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand het voltrekken van een huwelijk tussen twee personen van gelijk geslacht mogen overlaten aan een ruimer denkende collega.

Groei van een rechtsovertuiging is méér dan louter kwantitatieve uitbreiding, stijging van het aantal personen dat die opvatting deelt. Groei van een rechtsovertuiging is ook *ontwikkeling*, voortschrijdende articulatie van wat tevoren nog slechts in embryonale vorm aanwezig was. Invoering van het vrouwenkiesrecht in 1922 is een eerste levensteken van de overtuiging dat voor de vrouw meer in het verschiep ligt dan de rol die de apostel Paulus voor haar in gedachten had: 'ijverig in

huis en zich schikken naar haar man'.²¹ De samenleving had nog geen heldere voorstelling van de verdere consequenties van het zojuist ontkiemde besef van rechtsgelijkheid van man en vrouw. Het einde van de man als hoofd van de echtvereniging liet nog een halve eeuw op zich wachten.

Ook wie enkel streeft naar begrip van het *huidige* burgerlijk recht, kan dit slechts vatten in bewegende beelden. Bovendien mogen die beelden niet uitsluitend de *voortgang* van het recht registreren, maar moeten zij de beweging van het huidige recht duiden als *voortgang*. Rechtsvinding is vrijwel nooit: oppakken van wat kant en klaar voor het oprapen ligt. Rechtsvinding is zeer vaak: *rechtsvorming*, het zo snoeien van de in het wild levende rechtsovertuiging dat zij vruchten voortbrengt die, vergeleken met wat vroegere oogst te bieden had, een hogere dosis bevatten van de bestanddelen die het burgerlijk recht zijn ideale smaak verlenen: welzijn, rechtvaardigheid, menselijke waardigheid.²²

Een spectaculair voorbeeld van de zorgvuldig gecultiveerde groei en bloei van de in Nederland levende rechtsovertuigingen is gelegen op het terrein van het contractenrecht. Redelijkheid en billijkheid vergen van contractanten dat zij niet slechts letten op hun eigen belang, maar ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Moet de aanbieder van een beleggingsproduct, dat hij aanduidt als 'Winstverriedubbelaar', de wederpartij erop wijzen dat het product zich voor hetzelfde geld kan ontpoppen als 'Verliesverriedubbelaar'? Of mag hij ervan uitgaan dat de wederpartij dit ook zelf op zijn vingers kan natellen?²³ De rechtsovertuiging dat de vraag 'Ben ik mijns broeders hoeder?' ook in het contractenrecht bevestigend moet worden beantwoord, is inmiddels tot volle wasdom gekomen en heeft sommigen ertoe gebracht de doodslok te luiden over het contract als middel ter behartiging van zelfbegrepen eigenbelang. Vranken peilt de *Zeitgeist*:

'Ik meen dat een dergelijke individualistische benaderingswijze van het overeenkomstenrecht (het individuele zelfbeschikkingsrecht als middelpunt; JHN) al lang door de werkelijkheid achterhaald is. Kern van het huidige contractenrecht is de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.'²⁴

Zo geformuleerd is deze taxatie zeker een *unzeitgemäße Betrachtung*. Kern van het huidige contractenrecht is de bevoegdheid het eigen huis in Apeldoorn te verkopen aan de hoogste bieder om zo uitvoering te kunnen geven aan de keuze om het leven een nieuwe wending te geven als bijenhouder in Toscane. Die kern is niet

21. Brief van Paulus aan Titus 2:5.

22. Hans Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag 2006, p. 16 e.v.

23. Rb. Amsterdam 7 juli 2004, *NJF* 2004, 411.

24. J.B.M. Vranken, *Beginselen van contractenrecht*, opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Ishphoring, Deventer 2000, p. 153.

gelegen in de plicht tot honorering van het alleszins gerechtvaardigde belang van de wederpartij bij goede en betaalbare woonruimte. Toch is ook waar dat de visie, dat de overeenkomst bij uitstek het middel is om eigen keuzes te realiseren, steeds inniger gepaard gaat met de overtuiging dat contracteren van partijen een afweging vergt waarin naast het eigen belang ook de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij worden meegewogen.

Zo komen wij bij de derde vorm van voorstelling die wij nodig hebben om tot begrip van burgerlijk recht te geraken.

Gewicht

Recht en weegschaal zijn duurzamer verbonden dan Vroom & Dreesman. Recht wordt al in de tweede eeuw door de Romeinse jurist Celsus aangeduid als *ars boni et aequi*, de kunst van het goede en het billijke.²⁵ Op de achterzijde van een in 73 na Chr. geslagen bronzen munt zien wij een van de vroegste voorstellingen van de AEQUITAS, de als vrouw voorgestelde BILLIJKHEID. Zij houdt in de ene hand een lans en in de andere een weegschaal. Op de voorzijde staat een goedgelijkend portret van keizer Vespasianus. Zijn billijkheid wordt door Suetonius hogelijk geprezen. Tijdens het bewind van Vespasianus werd geen onschuldige gestraft. De billijkheid van de keizer strekte zich ook uit tot zijn familie. In een droom zag Vespasianus een weegschaal, opgehangen in de voorhal van zijn paleis. In de ene schaal stonden de keizers Claudius en Nero, in de andere schaal hijzelf en zijn zonen, Titus en Domitianus. De weegschaal was volmaakt in evenwicht. De droom kwam uit, aldus Suetonius, want de beide families waren precies even lang aan de macht.²⁶

Over het belang van de weegschaal voor de rechtsvinding wordt verschillend gedacht. Aan de ene kant schrijft Robert Alexy:

‘There are two basic operations in the application of law: subsumption and balancing. While subsumption has been clarified to a considerable degree in the last decades, where balancing is concerned there are still more questions than answers. The most important of these questions is whether or not balancing is a rational procedure.’²⁷

Alexy beantwoordt de laatste vraag positief. Hij voorziet ons van een *Weight Formula* die in ieder geval een uiterst rationele aanblik biedt:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

25. Digesten, I, 1, 1.

26. Suetonius, *De vita Caesarum*, divus Vespasianus, 15 en 25.

27. R. Alexy, *On Balancing and Subsumption, A Structural Comparison*, *Ratio Juris* 2003, p. 433. Zie daarover H.T.M. Kloosterhuis, *RMThemis* 2006, p. 169 e.v.

28. C.E. Smith, ‘Belangenafweging door gevalsafweging’, *RMThemis* 2006, p. 146.

Een veel lagere dunk van het belang van de weegschaal voor het recht heeft Carel Smith:

‘Weegschaal, het gewicht van belangen, belangenafweging. Het zijn termen die in het taalspel van het recht een eigen betekenis hebben. Laten wij vooral niet zoeken naar de overeenkomsten in de manier waarop de apotheker de balans gebruikt en de manier waarop de jurist dat doet. We doen er beter aan om de metafoor van de belangenafweging maar gewoon te vergeten en nauwgezet te bestuderen wat de rechter *doet* als hij te maken heeft met botsende beginselen of grondrechten.’²⁸

Vergeet de metafoor van de belangenafweging en kijk wat rechters doen. De enkele omstandigheid dat zij hun werkzaamheid aanduiden als belangenafweging wil nog niet zeggen dat zij de in het geding zijnde belangen ook werkelijk tegen elkaar *afwegen*. Zie bijvoorbeeld HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (*Dijkema q.q./ABN AMRO*):

‘Een evenwichtige afweging tussen het door art. 2:256 BW beschermde belang van de vennootschap en dat van zekerheid in het handelsverkeer leidt ertoe te aanvaarden dat de vennootschap de uit deze wetsbepaling voortvloeiende onbevoegdheid van haar bestuurder aan derden kan tegenwerpen indien de tegenstrijdigheid tussen het belang van de vennootschap en dat van de betrokken bestuurder(s) ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn.’

Het belang van de vennootschap bestaat erin dat zij niet jegens derden gebonden raakt door rechtshandelingen, verricht door bestuurders die wegens tegenstrijdig belang onbevoegd zijn. Het belang van de zekerheid van het rechtsverkeer is ermee gediend dat die onbevoegdheid niet kan worden tegengeworpen aan derden. De Hoge Raad bereikt een alleszins aanvaardbaar compromis door derden te beschermen, indien zij te goeder trouw zijn (derden die niet bekend waren, en die redelijkerwijs ook niet bekend konden zijn met het tegenstrijdig belang). Maar uit niets blijkt dat dit compromis stoelt op een concrete afweging van het belang van de vennootschap en het belang van de zekerheid van het rechtsverkeer. Wat is het gewicht van het eerste belang en hoe zwaar weegt het tweede belang? Of het zou moeten zijn dat de Hoge Raad door te spreken van een ‘evenwichtige afweging’ te kennen wil geven dat naar zijn oordeel aan beide belangen precies evenveel gewicht toekomt.

Kunnen belangen wel worden afgewogen? Smith is sceptisch: belangen hebben niet, zoals stoffelijke voorwerpen, materieel gewicht; je kunt ze niet werkelijk tegen elkaar afwegen. Hoe kun je het gewicht van zoiets onstoffelijks als een belang vaststellen? Wat voor een soort weegschaal is nodig om belangen af te wegen?

Heeft zoiets onstoffelijks als een belang wel echt gewicht? Is gewicht niet een begrip dat slechts zin heeft in de fysieke wereld; gewicht is immers de kracht die

een *stoffelijk* voorwerp uitoefent op datgene waarop het is geplaatst? Toch bestaan ook in de niet-fysieke wereld van het recht ruimte en gewicht echt. Wie constateert dat het begrip 'rechtshandeling' een grotere ruimte beslaat dan het begrip 'overeenkomst' hanteert 'ruimte' anders dan de landmeter die de ruimte voor een nieuw voetbalveld afbakt, maar niet minder echt. Zo ook met het begrip 'gewicht'. Belangen hebben echt gewicht. Het gewicht van een belang is de argumentatieve kracht die dat belang ontplooit in een rechtsgeval. In geschillen tussen ex-echtgenoten over het recht op omgang met hun kind wegen argumenten ontleend aan het belang van het kind zwaar; dat belang heeft daarmee een groot en zeer reëel gewicht (art. 1:377a BW).

Welk soort weegschaal, vraagt Smith zich af? In ieder geval het denkbeeldige soort. Maar dan kunnen we naar analogie met de fysieke weegschalen nog twee typen onderscheiden. In de eerste plaats is er de traditionele icoon van het recht: de balans, het toestel met twee schalen waarmee je het relatieve gewicht van twee voorwerpen kunt vaststellen. Welke munt is zwaarder: de zilveren tetradrachme met een afbeelding van Pallas Athene in de linkerschale of de bronzen sestertius met de kop van Hadrianus in de rechterschale? In de tweede plaats kan de rechtsvinder zijn voordeel doen met de virtuele versie van de badkamerweegschaal, het schavot waarop dagelijks het vonnis valt te lezen: drie dagen water en brood.

De denkbeeldige balans waarop twee belangen tegen elkaar worden afgewogen, is gemakkelijker te hanteren dan de virtuele badkamerweegschaal waarop het gewicht van slechts één belang wordt vastgesteld. Ook op dit punt bestaat een zekere analogie tussen het wegen van stoffelijke voorwerpen en van (onstoffelijke) belangen. Als we twee koffers gelijktijdig optillen is het betrekkelijk eenvoudig te constateren dat de ene koffer aanmerkelijk zwaarder is dan de andere. Veel lastiger is het om, wanneer we één koffer optillen, vast te stellen of deze koffer minder weegt dan twintig kilo (hetgeen bij vliegvervoer de voorkeur verdient). In dat geval moet een fysieke badkamerweegschaal uitkomst bieden.

Het tegen elkaar afwegen van twee belangen wordt voorts vergemakkelijkt door de omstandigheid dat in het burgerlijk recht veel belangen geheel of gedeeltelijk kunnen worden uitgedrukt in geld. Tussen geld en gewicht bestaan oude banden. *Peso* (gewicht) is ook de munteenheid van Mexico. De namen van Engels en Turks geld (*pound* en *lira*) bewaren eveneens de herinnering aan het van oorsprong fysieke gewicht van geld.

Toch is het afwegen van, in hoofdzaak, financiële belangen wat anders dan balanslezen. De Franse Mines de Potasse d'Alsace (kalimijnen) lozen grote hoeveelheden zout in de Rijn. Enkele komkommerkwekers in het Westland, die het Rijnwater gebruiken als sproeiwater, zien in deze zoutlozingen een onrechtmatige daad. Hoe meer zout, des te minder komkommers. De Hoge Raad geeft aan welke belangen in elk van beide schalen moeten worden gelegd:

'Rekening (moet) worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen.'²⁹

Het belang van de kalimijnen en het belang van de kwekers waren reeds door het hof over één leest geslagen. Zij zijn 'gelijksoortig' en wel van 'financieel-commerciële aard'. Voor de kalimijnen wordt het financiële belang gevormd door de besparing, gelegen in de lozing van het overtollige zout in de Rijn, ten opzichte van duurdere alternatieven, zoals de verwerking tot strooizout. Het financiële belang van de kwekers bestaat erin dat zij tegen een zo laag mogelijke prijs de beschikking hebben over voldoende sproeiwater. Dit belang wordt aangetast door de noodzaak een ontziltingsinstallatie aan te leggen. Het lijkt zeer waarschijnlijk dat het financiële belang van de kalimijnen bij lozing aanmerkelijk omvangrijker is dan het financiële belang van de kwekers (besparing van de kosten van aanleg van een ontziltingsinstallatie). Maar het is niet zo dat nu de rekening kan worden opgemaakt: het geringere financiële belang moet het afleggen tegen het grotere. De Hoge Raad waardeert de wederzijdse belangen niet als volstrekt gelijksoortig:

'Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild.'

Bij de weging van het belang van de kalimijnen bij lozing en het belang van de komkommerkwekers bij zoutarm sproeiwater kent de Hoge Raad bijzonder gewicht toe aan het belang van de kwekers. Zij mogen als benedenstroomse gebruikers 'in beginsel verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild'. Waarop berust het bijzondere gewicht van de belangen van de benedenstroomse gebruikers? De multifunctionaliteit van rivieren is reeds lang geleden ontdekt. Wij herinneren ons dat onze voorouders rond het begin van onze jaartelling in uitgeholde boomstammen de Rijn afzakten, op zoek naar woon- en werkgelegenheid in de Betuwe. In het kielzog van de scheepvaart zijn andere wijzen van riviergebruik gekomen: zalmvisserij, drenken van vee, grondstof voor de bereiding van bier, later drinkwater. Een dergelijk gemeenschappelijk, maar uiteenlopend, gebruik van het publiek domein vergt solidariteit: rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van andere gebruikers. De kalimijnen zijn op dit punt tekortgeschoten; zij zijn gehouden tot vergoeden van schade in evenredigheid

29. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743.

met hun aandeel in de totale zoutbelasting van het rivierwater.

Wanneer moet de rechtsvinder de virtuele badkamerweegschaal uit de kast halen? 'Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.' (art. 3:303 BW). Hier gaat het niet om onderlinge afweging van twee belangen, maar om beantwoording van de vraag of het belang van de eiser voldoende gewicht heeft om diens ontvankelijkheid in de door hem ingestelde rechtsvordering te rechtvaardigen. Heeft het belang kritische massa? Bevat het voldoende civielrechtelijk materiaal om een inhoudelijke reactie van de burgerlijke rechter uit te lokken? De 'Vereniging van Juristen voor de vrede' en de 'Stichting Miljoenen zijn tegen' eisen dat de rechter de Staat verbiedt 'iedere Nederlandse medewerking aan daadwerkelijke inzet van kernwapens in het algemeen'. De mogelijkheid om op voorhand onrechtmatige daden te verbieden die nog niet zijn gepleegd, is niet uitgesloten, maar in dat geval is wel vereist dat 'ernstig dreigt dat onrecht staat te geschieden', zoals de Hoge Raad reeds in 1944 besliste.³⁰ Een ernstige dreiging van op handen zijnd onrecht; in de kernwapenzaak gebruikte het hof deze gewichtseenheid om het aangevoerde belang als onvoldoende aan te merken. Eisers zijn niet ontvankelijk omdat zij niet hebben gesteld dat sprake is van een situatie waarin reëel gevaar bestaat dat kernwapens zullen worden gebruikt. Het tegen dit oordeel ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen.³¹

Het is niet zo dat deze weegtechniek, waarbij het gewicht van één belang afzonderlijk wordt vastgesteld, alleen dan van pas komt, indien in het geding slechts één belang een rol speelt. Dat laatste zal vrijwel nooit het geval zijn. In de kernwapenzaak speelde op de achtergrond ook het staatsrechtelijk belang dat de rechter de politiek niet al te hinderlijk voor de voeten loopt. De Hoge Raad overwoog dat het niet aan de burgerlijke rechter is om politieke afwegingen op het gebied van buitenlands beleid en defensie te maken.

Anders dan met betrekking tot de zoutlozingen in de Rijn, waar het belang van de kwekers werd afgewogen tegen het belang van de kalimijnen, is het in de kernwapenzaak zo, dat de beslissing dat eisers niet ontvankelijk zijn, zelfstandig wordt gedragen door het oordeel dat zij, bij gebreke van een concrete dreiging van het gebruik van kernwapens, onvoldoende belang hebben bij de door hen verlangde uitspraak van de rechter.

Ook in zaken waarin geen enkel gevaar bestaat voor ontwrichting van de *Trias Politica*, komt de rechter met betrekking tot het door eisers aangevoerde belang soms tot het oordeel: gewogen en te licht bevonden. Zo bijvoorbeeld in het van vele kanten gekritiseerde arrest waarin de Hoge Raad oordeelde dat onvoldoende ci-

vielrechtelijk gewicht kan worden toegekend aan het zuiver emotionele belang van de ouders dat de rechter vaststelt dat het ziekenhuis verantwoordelijk is voor de dood van hun zoon.³²

Kent het recht *imponderabilia*, belangen die niet kunnen worden gewogen? Hoeveel weegt het belang bij behoud van het leven? Ouders van schoolgaande kinderen vorderen in rechte dat de overheid een eind maakt aan een gevaarlijke verkeerssituatie die jaarlijks twee tot drie levens eist. Stel, de overheid antwoordt dat de prijs van de verlangde maatregelen te hoog is, omdat zij op jaarbasis € 8 miljoen kosten, terwijl 'een waarde van € 2 miljoen voor een mensenleven een veilige ondergrens is om te gebruiken in het verkeersveiligheidsbeleid'.³³ Acht miljoen uitgeven om maximaal zes miljoen te besparen is uit rechtseconomisch oogpunt onverantwoord.

De waarde van een mensenleven zo in een geldbedrag uitdrukken is in flagrante strijd met de morele intuïtie van velen. Is het niet volstrekt ongerijmd om aan een mensenleven dezelfde waarde toe te kennen als aan een twee-onder-één-kap in Aerdenhout? Toch is het niet zo dat de bescherming van het leven van de mens nimmer voorwerp kan zijn van afweging. De ouders van een in Afghanistan gegijzelde arts eisen in kort geding dat de Staat losgeld betaalt om zo het leven van hun zoon te redden. De Staat voert hiertegen aan dat in het verleden in vergelijkbare gevallen weliswaar losgeld is betaald, maar dat met dit beleid is gebroken, op grond van de overweging dat het betalen van losgeld leidt tot een sterke groei van het aantal gijzelingen. Verschil van mening over de vraag hoe dit geschil moet worden beslecht, is zeer wel mogelijk, maar het verweer van de Staat berust op een valabel en gewichtig argument.³⁴

Veel van de meest wezenlijke belangen zijn inmiddels opgewaardeerd tot fundamentele rechten, in de Grondwet, maar zeker zo belangrijk, in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM): recht op leven (art. 2 EVRM), vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM; art. 7 Gw), recht op respect voor het privéleven (art. 8 EVRM; art. 10 Gw). Denk niet dat deze grondrechten, die in eerste instantie betrekking hebben op de verhouding tussen overheid en burger, nimmer inzet kunnen zijn van een civielrechtelijk geschil. Door hun horizontale werking vormen de fundamentele rechten een stevige basis voor de rechtsstrijd tussen burgers. De botsing van twee grondrechten (bijvoorbeeld vrijheid van meningsuiting en respect voor het privéleven) loopt vaak uit op een vordering uit onrechtmatige daad.

Een botsing tussen twee grondrechten; hoe loopt dat af? De afloop van een botsing tussen een vrachtauto en een racefiets valt redelijk te voorspellen. Maar hoe is het gesteld met de afloop van een botsing tussen vrijheid van meningsuiting en respect voor het privéleven? Het kabinet heeft in de 'Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving' aandacht besteed aan de botsing van grondrechten:

30. HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/45, 598.

31. HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 217.

32. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853.

33. A.T. de Blaey aangehaald in G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1936.

34. Zie *The Guardian* 31 juli 2007.

‘In verband met de mogelijkheid van botsing van grondrechten is het belangrijk te constateren dat de Grondwet geen voorgegeven rangorde tussen de grondrechten kent. De objectieve criteria ontbreken daarvoor. En als bovendien al een rangorde zou kunnen worden opgesteld, doet dat nog steeds onvoldoende recht aan de bijzonderheid van afzonderlijke gevallen. Een minimale inbreuk op een hoog in de hiërarchie staand grondrecht zal immers beter aanvaardbaar kunnen zijn dan een maximale inbreuk op een laag geklasseerd grondrecht.’³⁵

De laatste zin brengt tot uitdrukking dat, ook al zou je van mening zijn dat vrijheid van meningsuiting, algemeen gesproken, hoger moet worden aangeslagen dan de eer en goede naam van personen die zelf actief de publiciteit zoeken, het toch gerechtvaardigd kan zijn een lichte inbreuk op de vrijheid van meningsuiting (het verbod om een ander te bestempelen als ‘maffiamaatje’) voor lief te nemen om zo die ander te beschermen tegen een zware aantasting van zijn beroepseer.

Generaliseren en concretiseren; zo moet de rechtsvinder het ingeroepen grondrecht te lijf gaan. Wat valt, geheel algemeen, te zeggen van het belang van vrijheid van meningsuiting voor het reilen en zeilen van een democratische samenleving? Wat is het concrete belang van publicatie van de foto van prinses Caroline von Hannover (voorheen Monaco) die struikelt in de Monte Carlo Beach Club?³⁶

De zowel generaliserende als concretiserende benadering komt fraai naar voren in een uitspraak van het Bundesgerichtshof:

‘Die Rechtspositionen beider Parteien sind (...) gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung erfolgt sowohl auf der Grundlage einer generellen Betrachtung des Stellenwerts der betroffenen Grundrechtspositionen als auch unter Berücksichtigung der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung im konkreten Fall.’³⁷

In de eerste plaats dient een afweging te worden gemaakt op grond van een generaliserende beoordeling van de rang (*Stellenwert*) van de desbetreffende grondrechtelijke posities. Een kritische kanttekening is op zijn plaats: hier is sprake van *mixing metaphors*. *Abwägung* en *Stellenwert* behoren tot verschillende categorieën: gewicht en ruimte. De oorspronkelijke betekenis van *Stellenwert* is de waarde die een cijfer ontleent aan zijn positie in een getal. Het cijfer 3 is in het getal 32 tienmaal zoveel waard als in het getal 23. Een metafoor die beter aansluit bij afwegen is het soortelijk gewicht (voor de natuurkundig onderlegde scherpslijper: soortelijke *massa*) van de desbetreffende grondrechten. Ook al ontbreekt een vaste hiërarchie, toch kunnen we zonder veel kans op tegenspraak vaststellen dat het recht op leven (art. 2 EVRM) een hoger soortelijk gewicht heeft dan het recht tot vergadering (art. 9 Gw).

Vervolgens moet een beoordeling plaatsvinden van de intensiteit van de inbreuk op het fundamentele recht in het concrete geval. Als we het privéleven van prinses

Caroline beschermen door publicatie van de foto te verbieden, onthouden we het publiek informatie. Hoe zwaar weegt dit? Het Bundesverfassungsgericht was van oordeel dat hierover niet licht moest worden gedacht. Veel lezers vergaren informatie die zij belangrijk vinden uit publicaties die informatie en entertainment vermengen tot *infotainment*.³⁸

Het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in Straatsburg was onvoldoende onder de indruk van de hoge beschermingsfactor die het Bundesverfassungsgericht toekende aan infotainment als moderne wijze van nieuwsgaring. Het Hof wijdde eerst een generaliserende beschouwing aan de afweging van vrijheid van meningsuiting en bescherming van privéleven:

‘The decisive factor in balancing the protection of private life against the freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest.’

Vervolgens velt het Hof een concretiserend oordeel:

‘It is clear in the instant case that they made no such contribution since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life.’

Het gebod voor de *balancing act* die de rechtsvinder moet uitvoeren, indien hij wordt geconfronteerd met twee botsende grondrechten, is tweevoudig: *generaliseer*, bepaal het soortelijk gewicht van elk van beide grondrechten; *concretiseer*, stel vast hoe zwaarwegend de inbreuk in het concrete geval is, als we het grondrecht met het lichtste soortelijk gewicht op het offerblok leggen.

Probleem is nog wel hoe ver de generalisering zich moet uitstrekken. Sommige grondrechten zijn zeer veelvormig. Het recht op bescherming van privéleven is een voorbeeld: het omvat het recht van de vrouw om te kiezen voor abortus, als zij te horen krijgt dat het kind waarvan zij zwanger is, ernstig gehandicapt ter wereld zal komen³⁹, maar ook het recht van Paul de Leeuw om niet in *Story* aan te treffen een met telelens van hem gemaakte foto, zittend achter het raam van zijn Amsterdamse woning met zijn geadopteerde zoon op schoot.⁴⁰ Het heeft weinig zin het soortelijk gewicht van het recht op bescherming van privéleven als zodanig te bepalen. Het verdient de voorkeur die activiteit te richten op een van zijn concretere verschijningsvormen. Een proef op de som.

35. Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving, 18 mei 2004, p. 9.

36. EHRM 24 juni 2004, *Von Hannover v. Germany* (application no. 59320/00).

37. BGH 12 oktober 1993, NJW 1994, p. 124 e.v.

38. Te kennen uit EHRM 24 juni 2004, *Von Hannover v. Germany* (application no. 59320/00).

39. HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606.

40. Rb. Amsterdam 7 mei 2003, LJN AF8332.

De dochter is in 1945 uit de toen ongehuwde moeder geboren. De echtgenoot van de moeder, die niet de biologische vader van de dochter is, heeft haar erkend en gewettigd. De dochter eist dat de moeder haar op de hoogte brengt van de identiteit van haar natuurlijke vader (juiste voornaam of voornamen, juiste schrijfwijze van de geslachtsnaam alsmede het laatstbekende correspondentieadres en de nationaliteit van de man door wie zij is verwekt). Het Hof Den Haag, dat als hoogste feitenrechter over deze vordering had te oordelen, bekrachtigde het vonnis van de rechtbank, waarbij de moeder werd veroordeeld de verlangde gegevens aan haar dochter ter beschikking te stellen.⁴¹ Het hof maakte gebruik van een beoordelingsschema dat kort tevoren door de Hoge Raad in het *Valkenhorst*-arrest⁴² was aangereikt:

‘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 privéleven besloten) recht van de moeder om dat ook tegenover haar kind verborgen te houden, moet 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 het kind.’

Ter ene zijde plaatst de Hoge Raad niet het recht op respect voor privéleven als zodanig, maar een concreter recht dat daarin naar het oordeel van de Hoge Raad besloten ligt: het recht van de moeder om de identiteit van de verwekker ook tegenover haar kind verborgen te houden. Recht daartegenover zet de Hoge Raad het recht van een meerderjarig natuurlijk kind om te weten door wie het is verwekt.

Het valt op dat ook de Hoge Raad zich schuldig maakt aan *mixing metaphors*. Gewichtsmetaforiek wordt gemengd met hiërarchiserende beeldspraak. Aan de ene kant overweegt de Hoge Raad dat het recht om te weten van welke ouders men afstamt niet absoluut is en moet wijken voor de rechten en vrijheden van anderen wanneer deze in het gegeven geval *zwaarder wegen*, maar dat het hof bij zijn *afweging* de wederzijdse rechten en belangen onjuist heeft gewaardeerd. Aan de andere kant spreekt de Hoge Raad hiërarchiserend van onderlinge *rangorde* en *voorrang*.

Het krachtveld van botsende grondrechten voorstellen in termen van wegen en gewicht verdient verre de voorkeur boven rangordelijk denken en spreken. Die voorkeur houdt verband met de tweesprong in het proces van oordeelsvorming: generaliseren en concretiseren. Om met het tweede pad te beginnen: hoe belangrijk is het in dit concrete geval voor *deze* moeder om de identiteit van de verwekker voor haar kind geheim te

houden? Welk belang moet worden gehecht aan de omstandigheid dat inmiddels ruim veertig jaren zijn verstreken? Hoe belangrijk is het in hetzelfde concrete geval voor *deze* dochter om te weten door wie ze is verwekt? Is het omdat zij geestelijk ontworteld is geraakt, of is van dat laatste geen sprake, en wil zij de identiteit van haar verwekker graag kennen, omdat zij werkt aan een *bestseller* over haar eigen leven en vermoedt dat haar biologische vader een persoon is, ooit bekend van radio en tv? Het antwoord op deze vragen kan niet worden gegeven zonder die belangen te wegen. Hoe zwaar weegt het voor de moeder om haar geheim prijs te moeten geven, niet aan de wereldpers, maar aan haar dochter die inmiddels 47 jaar is geworden? Als de concrete waardering van de wederzijdse belangen niet kan worden verricht zonder gebruikmaking van de weegschaal, ligt het voor de hand ook op het eerste pad, leidend naar een generaliserend oordeel over de botsende grondrechten, de oordeelsvorming voor te stellen in termen van wegen en gewicht. Wat is het soortelijk gewicht van het recht van de moeder om de identiteit van de verwekker ook tegenover haar kind verborgen te houden? Wat is het soortelijk gewicht van het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt? Om met het laatste recht te beginnen, dat soortelijk gewicht is zeer groot. ‘Ik kan me nauwelijks een fundamenteeler recht voorstellen dan te weten wie ervoor verantwoordelijk is dat men op deze aarde rondloopt. Ik zou niet weten welk belang van de biologische ouders of welk maatschappelijk belang zwaarder weegt dan dit’, aldus Van den Blink.⁴³

Hoe te oordelen met betrekking tot het soortelijk gewicht van het eerste recht, het recht van de moeder om de identiteit van de verwekker ook tegenover haar kind verborgen te houden? Zo het al bestaat, is het voorwerp van groeiend besef van afnemend gewicht. ‘Het sociale ostracisme waaraan de buitenechtelijke relatie onderworpen placht te zijn is vrijwel verdwenen’, constateert advocaat-generaal Koopmans in zijn conclusie voor het *Valkenhorst*-arrest. In afgezwakte vorm kan wellicht nog wel worden gesproken van het recht om de identiteit van de verwekker tegenover het kind geheim te houden. Ouders mogen besluiten hun kind, dat nimmer heeft betwijfeld dat het is verwekt door zijn vader, in die waan te laten en niet te onthullen dat het is verwekt door middel van kunstmatige inseminatie met zaad van zijn vaders broer.

De vraag was: kent het recht imponderabilia? Het antwoord luidt: nee.

Ruimte, tijd, gewicht; de drie perspectieven in onderling verband bezien

Het perspectief der perspectieven; hoe moeten wij ons de onderlinge verhouding van de voorstellingen van ruimte, tijd en gewicht voorstellen? Staan zij los naast elkaar, of vormen zij een interactief systeem? Uit het voorgaande bleek reeds terloops dat het laatste het geval is. Iedere verruiming in het burgerlijk recht vergt tijd, en niet slechts klokketijd, zoals de donderslag, die

41. Hof Den Haag, te kennen uit HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 451.

42. HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608.

43. A.C. van den Blink, *Handelingen NJV* 1990, II, p. 55 e.v.

enkele seconden nodig heeft om vier kilometer verderop te worden gehoord, maar ook vitale tijd, het verloop van groei, bloei en verval van in Nederland levende rechtsovertuigingen. De spectaculaire verruiming van het begrip ‘onrechtmatige daad’ in 1919 (ook een gedraging in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, is een onrechtmatige daad), bij gelegenheid van het arrest *Lindenbaum/Cohen*⁴⁴ kwam niet uit de hemel vallen, maar vergde veel vitale tijd, gestage groei van de rechtsovertuiging dat de beperkte opvatting van de Hoge Raad groot onheil stichtte. Van Maanen proeft de verontwaardiging:

“Sedert ons hoogste rechtscollege opnieuw beslist heeft, dat alleen schennis van een rechteplicht, inbreuk op eens anders wettelijk recht, als onrechtmatige daad in den zin van art. 1401 Burgerlijk Wetboek is te betrachten, heerscht eenstemmigheid omtrent de verplichting des wetgevers om het artikel zodanig te wijzigen, dat voortaan eene ruimere beteekenis aan het begrip “onrechtmatige daad” moet worden gehecht.”⁴⁵

De wetgever hoefde niet in het geweer te komen; de Hoge Raad ging tijdig om, en het duurde tot 1992 voordat de verruiming van het begrip ‘onrechtmatige daad’ (ook gedragingen in strijd met ongeschreven recht zijn onrechtmatig) in art. 6:162 BW een wettelijke grondslag kreeg.

Verandering in de beide eerste perspectieven (ruimte en tijd) leidt onontkoombaar tot verandering (met betrekking tot de derde vorm van voorstelling van burgerlijk recht: gewicht. Door de verruiming van het begrip 'onrechtmatige daad' is het aantal gevallen waarin de weegschaal uitkomst moet bieden, explosief gestegen. Bij de beide andere vormen van onrechtmatig gedrag (inbreuk op een recht en strijd met een wettelijke plicht) valt nauwelijks iets te wegen. De eiser die aanvoert dat gedaagde inbreuk maakt op zijn eigendomsrecht, door zonder toestemming gebruik te maken van het bij eisers vakantiehuis gelegen zwembad, is niet gehouden aan te geven hoe zwaar zijn belang weegt om te verhinderen dat gedaagde met hond en vrouw in het zwembad zwemt.

Zoals we al zagen, leidt ook het voortschrijden van de vitale tijd (groei, bloei en verval van in Nederland levende rechtsovertuigingen) tot aanzienlijke verschuivingen in de gewichtsverdeling van fundamentele rechten. Het recht om een buitenechtelijke relatie verborgen te houden, ook tegenover het kind dat daarvan het resultaat is, leed aanmerkelijk gewichtsverlies; het gewicht van het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt nam evenredig toe.

Passer, zandloper, weegschaal

Ruimte, tijd, gewicht; de rechtsvinder en Dürers *Melen-
colia*, de duister broedende engel op de kopergravure uit
1514, hebben één ding gemeen: zij zijn beiden uitgerust
met passer, zandloper en weegschaal. Hoe construeren



wij de cirkels die de begrippen ‘onrechtmatige daad’ en ‘tekortkoming’ omvatten? Vallen zij geheel of gedeeltelijk samen? Is de tijd rijp voor het toekennen van schadevergoeding voor het verdriet wegens het verlies van een kind dat door een fout van een ander om het leven is gekomen? Hoe zwaar weegt het belang van de aandeelhouder?

Dürers *Melencolia* is vol raadsels, ‘ein Tummelplatz der Deutungen’, aldus de Zwitserse kunsthistoricus Heinrich Wölfflin. Welke betekenis mogen we hechten aan de weegschaal, die ongebruikt aan de wand hangt; aan de zandloper, die aangeeft dat de toegemeten tijd reeds voor de helft is verstreken; aan de passer, die de gevleugelde vrouw doelloos laat ronddraaien? We bevinden ons met Dürers prent op het breukvlak van twee tijdperken. Het middeleeuws perspectief toont *Melencolia* als een van de zeven hoofdzonden, *acedia*, lusteloosheid, onverschilligheid bij het nastreven van het goede. De Renaissance wekt de oudheid tot leven. Een geheel nieuwe kijk op de betekenis van melancholie. Vrolijkheid is voor de dommen. Wie talent heeft, is melancholicus (*omnes ingeniosos melancholicos esse*; Cicero).⁴⁶

Ook een ander woord uit de oudheid wordt vaak aangehaald bij de ontraadseling van Dürers Melencolia:

‘Maar U hebt van alles maat, getal en gewicht bepaald. (...) Heel de wereld is voor U als een stofje op een

44. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.

45. Memorie van toelichting op het wetsontwerp-Regout, geciteerd in Van Maanen, *Onrechtmatige Daad*, Deventer 1986, p. 73.

46. Cicero, *Tusculanae disputationes*, I, xxxiii (80).

weegschaal, als een dauwdruppel die 's ochtends op de aarde valt.⁴⁷

Dit citaat is ontleend aan 'De Wijsheid van Salomo', een deuterocanoniek bijbelboek, geschreven rond het begin van onze jaartelling. In de Renaissance werd het citaat opgevat als aanmoediging om passer, uurwerk en weegschaal ter hand te nemen en zelf de wereld te verkennen.

Koning Salomo, met ruime voorsprong de vindingrijkste rechtsvinder (hoe vinden wij de echte moeder van het litigieuze kind?), is Kant vóór geweest. 'Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Erfurcht (...): der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir', aldus Kant.⁴⁸ Salomo blinkt uit op beide terreinen:

'Ik kreeg inzicht in de samenstelling van de kosmos en de werking van de elementen, in het begin en het eind en het midden van de tijden, in de baan die de zon doorloopt en de wisseling van de seizoenen, in de kringloop van het jaar en de stand van de sterren.'⁴⁹

Maar Salomo heeft de morele wet evenzeer in zijn hart gesloten; hij looft uitbundig de vier kardinale deugden: wijsheid, moed, rechtvaardigheid en bezonnenheid.⁵⁰ Ook de moderne rechter dient te beschikken over deze kardinale deugden. In een rechter weegt een ons wijsheid meer dan een pond geleerdheid. Wij prijzen zijn moed om een vonnis te wijzen dat rechtvaardig en bezonnen is, ook al valt te voorzien dat hij zich daarmee de volkswoede op de hals haalt.

De vier kardinale deugden zijn ook in het recht onderworpen aan de wetten van ruimte, tijd en gewicht. Waar trekken wij de lijn die moed scheidt van overmoed? Is de wijsheid der vaderen nog wel wijsheid voor de kleinkinderen? Welk gewicht moet worden toegekend aan de individuele rechtvaardigheid tegenover het welzijn van de samenleving? Een bezonnen oordeel vergt een heldere voorstelling van ruimte, tijd en gewicht.

47. Wijsheid, 11:20-21.

48. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, 288.

49. Wijsheid, 7:17-19.

50. Wijsheid, 8:7.