

Betoogd wordt dat binnen het burgerlijk vermogensrecht de rechtvaardigheid als dragend beginsel steeds verder wordt opgerekt. Men ziet een ontwikkeling van vereffenende naar verdelende rechtvaardigheid, die gepaard gaat met een verschuiving van autonomie als Verlichtingswaarden naar gelijkheid, solidariteit en genoegdoening als "romantische" waarden. De vraag is echter of het privaatrecht zijn ambities wel kan waarmaken. Laat het systeem de verruiming van de rechtvaardigheid wel toe? Het risico is dat de hele ontwikkeling weleens kan omslaan in minder gerechtigheid, in die zin dat beginselen van recht en rechtvaardigheid plaatsmaken voor economie en beleid.



Prof. mr. dr. A.M. Hol*

Hoeveel gerechtigheid verdraagt het burgerlijk recht?

Van rechtvaardigheid naar verstandigheid

In zijn essay over 'de gerechtigheid in het burgerlijk vermogensrecht' zoekt Langemeijer naar een antwoord op de vraag naar 'de mate waarin de gerechtigheid' zich binnen dit rechtsgebied doet gelden.¹ Gerechtigheid is niet het enige baken voor de inrichting en ontwikkeling van het vermogensrecht. Ook doelmatigheid en rechtszekerheid moeten in acht worden genomen. Maar ontegenzeggelijk is ook, of bovenal, gerechtigheid een inspiratiebron. De vraag is alleen hoever de gerechtigheid haar stempel op dit vermogensrecht drukt of zou kunnen drukken. De stelling in deze bijdrage is, dat sedert het verschijnen van Langemeijers essay zich verdere tendensen aftekenen, die erop duiden dat aan de ene kant de gerechtigheid als baken voor de rechtsontwikkeling zich steeds sterker doet gelden in het burgerlijk vermogensrecht, maar dat zij tegelijkertijd aan betekenis lijkt in te boeten. Zoals we zullen zien valt deze ogenschijnlijk paradoxale situatie eenvoudig te begrijpen. Kernpunt is dat het burgerlijk vermogensrecht mogelijk wordt overvraagd en om die reden zich juist van de 'last' van de gerechtigheid wil ontdoen. Overwegingen van 'verstandigheid' winnen terrein, rechtvaardigheid raakt op de achtergrond. Het burgerlijk vermogensrecht lijkt meer een domein van 'beleid' te worden dan van 'recht'.

In het navolgende zal ik mijn stelling nader uitwerken en onderbouwen. Ik zal eerst een en ander zeggen over de notie van gerechtigheid zoals dat aan het burgerlijk vermogensrecht ten grondslag ligt en vervolgens schetsen hoe deze in de loop van de vorige eeuw is opgerekt, aangepast en aangevuld en in zekere zin daardoor diffuus is geworden. Aan het eind hoop ik dat duidelijk is geworden hoe de hier geponeerde stelling dient te worden opgevat.

Gerechtigheid binnen het burgerlijk vermogensrecht: wat daaronder te verstaan?

Langemeijer geeft aan dat het begrip gerechtigheid niet eenvoudig is af te bakenen. Om toch snel enig zicht te kunnen krijgen waar we het hier over hebben, kunnen we het beste aansluiten bij een reeds eeuwenoud onderscheid tussen verdelende en vereffenende rechtvaardigheid. De verdelende

rechtvaardigheid ziet op maatstaven voor de verdeling van maatschappelijke goederen. Hoe moet de koek worden verdeeld? Aristoteles noemde als mogelijk criterium dat van de verdienste. Iemand die zich meer verdienstelijk maakt voor de samenleving heeft recht op een groter deel van de koek dan iemand die de kantjes ervan afloopt. Als de koek eenmaal op rechtvaardige wijze is verdeeld hebben we een status quo bereikt. Gerechtigheid impliceert dan dat deze status quo wordt gerespecteerd. Inbreuk daarop is onrechtvaardig. Hier komt de vereffenende rechtvaardigheid in beeld. Deze vorm van rechtvaardigheid biedt maatstaven met behulp waarvan kan worden bepaald wanneer sprake is van inbreuk op de status quo en op welke wijze die eventueel dient te worden hersteld. De vereffenende rechtvaardigheid ziet op vereffening van een oneffenheid die door inbreuk op de status quo is ontstaan. Als we het burgerlijk vermogensrecht in termen van gerechtigheid willen begrijpen, dan zal snel duidelijk zijn dat het niet de verdelende rechtvaardigheid is die zijn inspiratiebron vormt. Men treft er geen standaarden in aan voor verdeling, zoals verdienste of behoefte. Integendeel, het vermogensrecht biedt normen die dienen ter bestending van de uitkomst van een (veronderstelde) rechtvaardige verdeling. Zo dient het eigendomsrecht om bepaalde bezitsverhoudingen te beschermen. Tegelijkertijd bevat het vermogensrecht normen die aangeven onder welke voorwaarden, uitgaande van de status quo, op gerechtvaardigde wijze verschuivingen in vermogens kunnen ontstaan en in welke gevallen dergelijke verschuivingen niet zijn gerechtvaardigd en vereffening geboden is. Het contractenrecht is hier een belangrijke bron. Verschuivingen zijn mogelijk op basis van overeenkomsten, die vrijwilligheid impliceren. Dit mag bijvoorbeeld niet op basis van dwang, dat een wilsgebrek oplevert. Om die reden zal een

* De auteur is hoogleraar encyclopedie van het recht en rechtsfilosofie aan de Universiteit Utrecht.
(a.m.hol@uu.nl)

1. G.E. Langemeijer, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Tjeenk Willink, Zwolle 1976, p. 1.

dergelijke verschuiving binnen het vermogensrecht als een oneffenheid worden aangemerkt, die kan worden vereffend. Ook de standaarden van de onrechtmatige daad geven aan in welke gevallen een verschuiving in vermogens gerechtvaardigd is en wanneer niet. Het criterium waarmee hier moet worden vastgesteld of van een inbreuk op de status quo sprake is, vinden we, simpel gezegd, in de notie van 'fout'.

Vereffende rechtvaardigheid en autonomie
Vereffende rechtvaardigheid ziet dus op herstel van de status quo. De vraag is nu wanneer herstel, vereffening, geboden is. Welke maatstaf kunnen we daarbij hanteren? Zoals reeds uit het voorgaande volgt, komt hier al snel de notie van autonomie in beeld. Is eenmaal een verdeling gemaakt, dan is het van belang dat men naar eigen inzicht over het toebedeelde kan beschikken. Toebedeling impliceert derhalve autonomie. Die autonomie herkennen we eenvoudig in het eigendomsrecht, dat vergaande bevoegdheden geeft aan een eigenaar om over zijn goed te beschikken zonder inmenging. We stipten reeds aan dat het contractenrecht draait rond vrijwilligheid. Niet voor niets is het uitgangspunt van de partijautonomie een van de pijlers waarop contractenrecht rust. Ook bij de onrechtmatige daad is het niet moeilijk om de maatstaf van autonomie te ontdekken. Binnen het maatschappelijk verkeer wordt aan een ieder een zekere ruimte toebedeeld om vrij te handelen. Om die vrijheid mogelijk te maken is het noodzakelijk dat een bepaalde zorg wordt aangewend om anderen niet te vergaand te beperken in hun bewegingsvrijheid. Die verplichting tot zorg moet echter niet zover strekken, dat men geen ruimte meer heeft zijn eigen weg te kiezen. Gestreefd moet worden naar een evenwicht. Recht moet volgens Kant dan ook worden begrepen als een manier om de vrijheid van de een af te stemmen op die van de ander, zodat al die vrijheden samen kunnen gaan. Autonomie dus voor een ieder. Van een onrechtmatige daad of 'fout' is sprake als men teveel ruimte voor zichzelf neemt en daarmee het evenwicht verstoort. Denk bijvoorbeeld aan de automobilist die binnen de bebouwde kom te hard rijdt. Deze beperkt de vrijheid of autonomie van anderen omdat het te gevaarlijk wordt om van dezelfde weg gebruik te maken. Ontstaat als gevolg van een onrechtmatigheid een verschuiving in vermogens (er is schade), dan voorziet het vermogensrecht in de mogelijkheid van een vereffening (schadevergoeding).

Van Verlichting naar Romantiek

We hebben nu enig zicht op de aard van de gerechtigheid die zich primair binnen het burgerlijk vermogensrecht doet gelden: de vereffende rechtvaardigheid met de daaraan nauw gerelateerde waarde van autonomie. Ik zeg primair, omdat we zullen zien dat het beeld voor het moderne burgerlijk vermogensrecht complexer is. De vereffende

rechtvaardigheid zoals hier uiteengezet, sluit goed aan bij de wijze waarop het burgerlijk recht aanvankelijk gestalte heeft gekregen. Verschillende ontwikkelingen duiden er op dat voor het huidige vermogensrecht het beeld dient te worden bijgesteld. De verhouding tussen de rechtvaardigheid en het vermogensrecht is wezenlijk veranderd. De crux is de veranderende positie van autonomie. Dat is niet alleen het geval binnen het recht, maar wordt breed in onze culturele 'Werdegang' weerspiegeld. Deze waarde van autonomie is namelijk sterk geworteld in de traditie van de Verlichting. Het komt erop neer dat alle mensen, dankzij de rede, beschikken over het vermogen te kiezen, wat impliceert dat ze vrij en autonoom zijn. Omdat deze autonomie wezenlijk is, dient zij het uitgangspunt te zijn voor de inrichting van de samenleving en daarmee ook van het recht. De Romantiek, die men deels als reactie op de Verlichting kan begrijpen, ontdekte echter dat de waarde van autonomie in zekere zin niet meer dan een ideaal is en een abstractie van het werkelijke leven. Dacht men in de Verlichting zich te kunnen ontworstelen aan de noden van alledag en boven de geschiedenis te kunnen staan, de romantici benadrukten hoezeer we in ons doen en laten afhankelijk zijn van toevalligheden, gewoonten, traditie, dagelijkse behoeften. Vrijheid is relatief en een uiterst kwetsbare waarde die in het concrete bestaan het resultaat is van een moeizaam proces. Beter is het daarom de blik te richten op de werkelijkheid van alle dag. Niet de abstractie dus van de ratio, maar de concreetheid van passies en noden. Precies deze spanning zien we terug in de rechtsontwikkeling, waarbij de romantici van de historische school met hun nadruk op gewoonterecht zich verzetten tegen de verlichters met hun codificaties als blauwdrukken voor de ideale maatschappij. Precies deze spanning ook vinden we terug in heel de ontwikkeling van het burgerlijk vermogensrecht. Het lijkt erop dat daarin de 'romantische' benadering de overhand krijgt. Zoals we zullen zien, heeft het er veel van weg dat het burgerlijk vermogensrecht in zijn uitgangspunten de abstractie van de autonomie in ieder geval deels heeft vervangen door beginselen die ruimte bieden voor onderkenning en erkenning van de levenswerkelijkheid met de daaraan inherente afhankelijkheden, passies en noden. Hierbij gaat het om de beginselen van gelijkheid, solidariteit en genoegdoening.

Gelijkheid

Gaandeweg wordt in de 19^{de} en 20^{ste} eeuw onderkend dat het ideaal van autonomie in het leven van alle dag niet wordt gerealiseerd. Het mag dan wel een ideaal zijn, men mag zijn ogen niet sluiten voor het feit dat het vaak niet meer is dan dat. In vele gevallen, zoals in de relatie tussen werkgever en werknemer, verhuurder en huurder, producent en consument, is sprake van afhankelijkheden. Die afhankelijkheden zijn terug te voeren op verschillen in macht en kennis. Voor dergelijke ongelijkheden

mag men de ogen echter niet sluiten. Als men de autonomie serieus neemt, moet wel corrigerend worden opgetreden. Afhankelijkheid en autonomie bijten elkaar immers. Het paradoxale is echter dat zodra men in geval van ongelijke verhoudingen wil bijsturen, ten aanzien van de autonomie water bij de wijn gedaan moet worden. Immers, zodra het recht compensatie biedt voor de ongelijkheid tussen partijen, spreekt het deze niet meer in gelijke mate aan op hun eigen verantwoordelijkheid. Ingeval de zwakkere partij in bescherming wordt genomen tegen de relatief sterkere, wordt het recht in zekere zin paternalistisch. De geschiedenis van het burgerlijk vermogensrecht weerspiegelt onmiskenbaar de hier geschetste verschuiving van autonomie en vrijheid naar gelijkheid. De ontwikkeling van het arbeidsrecht, het huurrecht, het consumentenrecht en ook zoiets als het leerstuk van de informatieplichten kunnen tegen deze achtergrond worden begrepen. In al deze (functionele) rechtsgebieden draait het om de versterking van de juridische positie van de zwakke partij. Deze juridische steun aan de zwakke partij uit zich onder meer in een toename van dwingendrechtelijke bepalingen binnen het vermogensrecht. Dit impliceert dat partijen in mindere mate vrij zijn de inhoud van hun rechtsbetrekking te bepalen.

Hoe problematisch deze verschuiving van vrijheid naar gelijkheid mogelijk is, valt op als men kijkt naar de kritiek die deze oproept. Veelzeggend is hier de titel van een van Hartliëfs opstellen: De vrijheid beschermd.² Hij ziet dat het fundament van de contractvrijheid onder druk is komen te staan en bepleit een positie waarin deze overeind blijft. Uitgangspunt voor zowel wetgever als rechter dient volgens hem te zijn dat 'partijen zelf in staat zijn verantwoordelijk te handelen'. Het algemene contractenrecht biedt volgens hem overigens voldoende bescherming aan hen die daartoe niet in staat zijn.³

Solidariteit

Niet alleen zien we een verschuiving van vrijheid naar gelijkheid, ook solidariteit komt binnen het vermogensrecht meer en meer op de voorgrond. Hoe zit dat? In plaats dat mensen autonoom zijn, zijn ze in hun bestaan in menig opzicht afhankelijk van anderen. Deze afhankelijkheden scheppen over en weer verplichtingen en aanspraken. Wat dat betekent voor het vermogensrecht, kan worden verduidelijkt aan de hand van een analyse van de verschuiving op een aantal terreinen van schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid. Ik neem hier productenaansprakelijkheid als voorbeeld. Onder het regime van de schuldaansprakelijkheid was het ingeval iemand schade had opgelopen als gevolg van een gebrekkig product aan de schadelijgende partij - in casu de consument - om aan te tonen dat aan de kant van de veroorzaker van de schade - in casu de producent - sprake was van een tekortkoming (onrechtmatige daad). Slaagde hij niet in het bewijs,

dan bleef de schade liggen waar hij was gevallen, bij het slachtoffer dus. Vanuit het perspectief van de vereffende rechtvaardigheid en de waarde van autonomie valt een dergelijke benadering goed te begrijpen. Vereffening is slechts aan de orde als de veroorzaker iets valt te verwijten, dat wil zeggen onvoldoende verantwoordelijkheid heeft genomen, als gevolg waarvan inbreuk is gemaakt op de status quo. Ook in het geval het slachtoffer zijn eigen schade moet dragen, kan dit worden gerechtvaardigd met een beroep op de vereffende rechtvaardigheid. De schade is voor eigen rekening, want valt onder de eigen verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid wordt begrijpelijk tegen de achtergrond van de aanname dat een ieder in staat moet worden geacht om schade te voorkomen door voldoende oplettendheid, dan wel dat rekening moet worden gehouden met pech en daarom het nodige gereserveerd moet worden om eventuele schade zelf te dekken.

Met de ontwikkeling van de sociale wetenschappen winnen andere opvattingen terrein. Lag het vertrekpunt voor het denken van de samenleving aanvankelijk in het vrije individu dat al dan niet met anderen betrekkingen aangaat, in de maatschappijwetenschappen vormen juist de bestaande onderlinge relaties het vertrekpunt en wordt gesteld dat individuen daardoor worden gedetermineerd. De maatschappij is niet de resultante van betrekkingen door individuen aangegaan. Individuen zijn eerder de resultanten van vooraf gegeven maatschappelijke betrekkingen. Mensen worden nu nog maar ten dele begrepen als autonome wezens. In tal van opzichten is men namelijk afhankelijk van het doen en laten van anderen zonder daar zelf direct vat op te hebben. Dit geldt zowel in positieve als negatieve zin. In positieve zin zijn we bijvoorbeeld afhankelijk van anderen waar het onze opvoeding betreft. Zonder de inzet van onze ouders, zonder de leerkrachten op school zouden we ons niet goed kunnen ontwikkelen en onze talenten tot ontplooiing kunnen brengen. Wat we uiteindelijk worden hebben we dan ook mede aan hen te danken. In negatieve zin komen de afhankelijkheden aan de orde als we pech hebben. Ook pech hebben we niet geheel in eigen hand. Ook al ben ik nog zo voorzichtig in het verkeer, ik heb geen grip op wat anderen doen. Datzelfde geldt als ik producten gebruik. Zeker met de ontwikkeling van de moderne techniek, zal ik niet steeds in staat zijn eventuele gebreken daaraan te onderkennen. Risico's blijven derhalve bestaan en kunnen maar ten dele worden beperkt. Niet voor niets spreekt men binnen de sociale wetenschappen over de moderne samenleving als een risicosamenleving. Kortom: autonomie is dan misschien de norm die filosofen hebben ontdekt, nuchtere maatschap-

2. T. Hartliëf, *De vrijheid beschermd*, Kluwer, Deventer 1999.
3. A.w. p. 76

pijwetenschappers houden ons voor dat we afhankelijk zijn. Het zijn niet de individuen die de maatschappij maken, maar de maatschappij die bepaalt wat het individu ten deel valt. Deze vermaatschappelijking problematiseert de idee van autonomie en eigen verantwoordelijkheid. Net zomin als men de 'eigen' verdiensten aan zichzelf of anderen kan toeschrijven, zo kan men ook niet de pech aan zichzelf of anderen verwijten. Als er al sprake is van verantwoordelijkheid, dan is dat een collectieve. En als we ergens de schuld zouden willen neerleggen, dan is dat bij de maatschappij als entiteit en niet bij de individuen. Solidariteit, waarbij we delen in voorspoed en tegenspoed, is van deze visie het directe uitvloeisel.⁴

Deze idee van solidariteit heeft ingrijpende consequenties voor de benadering van tal van politieke en juridische vraagstukken. Zo iets als een status quo van verdeling van goederen wordt binnen het perspectief van de solidariteit zonder meer problematisch. Kan men nog wel harde aanspraken doen gelden op wat men heeft verkregen of verworven, als dat mede dankzij de inzet van anderen is?⁵ En kan men nog wel iemand met de brokken laten zitten als we moeten onderkennen dat hij het niet (volledig) in de hand heeft om pech te voorkomen en deze een noodzakelijk uitvloeisel is van het feit dat samenleven onvermijdelijk 'pech' genereert, of dat nu is in de vorm van werkeloosheid, verkeersongevallen, of schade door een gebrekkig product. Dit impliceert dat niet kan worden volgehouden dat een bepaalde verdeling gerechtvaardigd is. De standaard voor wat de een behoort te krijgen, of welk verlies men dient te accepteren, is niet een harde of scherpe. Het is niet een kwestie van recht, maar eerder van redelijkheid wat iemand toekomt. Niet voor niets spreken we tegenwoordig van een poldercultuur, waarin onderhandelingen centraal staan. Wat iemand toekomt en wat hij zou moeten afstaan is een kwestie van redelijke onderhandelingen.

De hier geschetste ontwikkeling heeft al vroeg zijn weerslag gehad op het juridisch denken. Exemplarisch is hier het werk van Valkhoff die in 'Een eeuw rechtsontwikkeling' van 1938 reeds over de vermaatschappelijking van het recht spreekt. Deze vermaatschappelijking leidt tot een andere grondslag voor civiele aansprakelijkheid. Als ongevallen en andere oorzaken van schade worden gezien als onvermijdelijke effecten van onze maatschappelijke afhankelijkheden, van onvermijdelijke risico's, voldoet het beginsel van autonomie en eigen verantwoordelijkheid niet meer. Solidariteit komt daarvoor in de plaats. Een en ander verklaart heel wel de verschuiving van schuld- naar risicoaansprakelijkheid. In geval van productenaansprakelijkheid loopt de redenering ongeveer als volgt. In onze maatschappij, met massaconsumptie, hebben de consumenten een belang bij in kwalitatief opzicht goede producten tegen een zo laag mogelijke prijs. Een belangrijk onderdeel om de kwaliteit van producten te waarborgen is de controle op gebreken. Omdat met een

dergelijke controle kosten zijn gemoeid, zal deze uiteindelijk begrensd zijn. De producten zouden anders te duur worden en daardoor niet meer aantrekkelijk voor de consument. Door de beperkte controle is het echter onvermijdelijk dat er producten op de markt komen, die niet geheel aan de eisen van kwaliteit voldoen. Welnu, als een consument daardoor schade oploopt, rijst de vraag of hij zelf de schade dient te dragen. De producent valt mogelijk niets te verwijten als de controle is uitgevoerd volgens de geldende standaard. Is het dan redelijk deze consument, die geheel toevallig het gebrekkige product heeft gekocht, voor de schade op te laten draaien? Is het niet rechtvaardiger om ook alle andere consumenten daarvoor op te laten draaien? Immers, profiteren zij niet allen van het feit dat de controle niet intensiever is geweest? Daardoor bleef het product immers betaalbaar. Nu het beperken van controle en daarmee instandhouding van een zeker risico in het voordeel werkt van de consumenten, is het dan niet rechtvaardig als zij allen in de kosten van schade delen, die uit het gebrekkig product voortvloeien? In geval van risicoaansprakelijkheid is dat mogelijk doordat de producent zich verzekert tegen ongevalschaade en de kosten van deze verzekering verdisconteert in de kostprijs van zijn product. Zo betalen alle consumenten mee aan de vergoeding van schade aan de schadelijde partij.

Verdelende rechtvaardigheid

Met dit alles zijn we ver weg geraakt van het aanvankelijke uitgangspunt van het vermogensrecht van de vereffende rechtvaardigheid. Niet alleen zien we hoe sterk de autonomie op de achtergrond komt als we denken vanuit het beginsel van solidariteit. Eigenlijk raakt heel het beginsel van de vereffende rechtvaardigheid uit beeld en komt langzamerhand de verdelende rechtvaardigheid om de hoek kijken als inspiratiebron voor het vermogensrecht. Hoe de baten, maar vooral, hoe de lasten te verdelen, wordt de vraag? Recht wordt een instrument om te verdelen en te herverdelen. Deze herverdeling is binnen het recht te rechtvaardigen als men bedenkt dat binnen de hier geschetste benadering niet langer wordt uitgegaan van min of meer scherp afgebakende individuele aanspraken en verantwoordelijkheden. Zodra men deze als vliedend opvat, is herverdeling niet langer problematisch.

-
4. Een moderne variant van de waarde van 'broederschap' die na de Franse revolutie lange tijd meer ideaal was, dan werkelijkheid.
 5. In zijn inmiddels klassieke werk van 1972 over rechtvaardigheid heeft Rawls een en ander - zij het in andere - termen uitgewerkt. Zie: John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard UP, Cambridge/Massachusetts 1972.

Tegen deze achtergrond wordt ook nog een andere ontwikkeling binnen het vermogensrecht inzichtelijk. Ik doel hier op de genoegdoening waarvoor binnen het burgerlijk vermogensrecht eventueel plaats moet worden ingeruimd. Het gaat hierbij dan met name om genoegdoening als zelfstandige waarde en niet als bijkomend effect van bijvoorbeeld toekenning van schadevergoeding aan een schade-lijdende partij. Genoegdoening als zelfstandig 'belang' kan binnen het burgerlijk vermogensrecht in beeld komen, juist omdat niet meer op voorhand vastligt wat een ieder toekomt.⁶ Naarmate er minder scherpe maatstaven zijn voor wat wel en niet binnen het blikveld van het recht valt zal het moeilijker worden om de vraag om onderkenning en erkenning van nieuwe 'belangen' buiten de poort te houden.

Genoegdoening

Niet voor niets sprak ik hierboven van een romantisch perspectief dat binnen het juridische terrein wint. Bewaarde het recht, en zeker het vermogensrecht, afstand ten opzichte van de emoties van de levenswerkelijkheid, meer en meer komt de vraag op of ook niet daarvoor ruimte moet worden gemaakt.⁷ Kan en moet genoegdoening, erkenning van emotionele kanten van de zaak niet uitdrukkelijk een functie worden van het vermogensrecht?⁸ In zekere zin is deze vraag niet nieuw. Met de erkenning en immateriële schade en de mogelijkheid 'smartengeld' toe te kennen, lijkt reeds geruime tijd te worden onderkend dat het vermogensrecht hier inderdaad een functie heeft. Recente ontwikkelingen wijzen in de richting dat mogelijkheden hiertoe verder zullen worden verruimd. Zo wordt de kring van personen die in aanmerking komen voor een vorm van 'smartengeld' uitgebreid. In geval van overlijden of ernstig letsel zullen ook nauwe verwanten hierop een beroep kunnen doen in de vorm van zogenoemde affectieschade. Zolang deze schade gelieerd is aan, of beter, een afgeleide is van andere vormen van schadevergoeding die binnen het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht zijn erkend, zal een dergelijke vorm van genoegdoening althans in principieel opzicht weinig problematisch hoeven zijn. Problematischer is het als genoegdoening wordt gevraagd los van enige vorm van schadevergoeding. Deze kwestie speelde in het bekende Jeffrey-arrest. De jonge Jeffrey was verdronken in het zwembad van een academisch ziekenhuis. De moeder van het jongetje eiste een uitspraak voor recht, waarbij de rechter zich zou moeten uitspreken over de tekortkoming van het betreffende ziekenhuis. Men zou onvoldoende toezicht hebben gehouden. Helderheid omtrent de 'schuldvraag' was voor de moeder noodzakelijk om een begin te kunnen maken met de verwerking van het grote verlies. Echter, omdat aan deze vordering geen vordering tot schadevergoeding ten grondslag lag, oordeelde de rechter dat de moeder in haar vordering niet ontvankelijk was: zonder belang geen actie. Deze zaak heeft de nodige discussie losgemaakt en menig geleerde is van

oordeel dat ook hier het vermogensrecht een functie heeft.⁹ Het bieden van genoegdoening zou een zelfstandig beginsel kunnen en moeten zijn binnen het vermogensrecht. Er zijn ook tegengeluiden. Wellicht kan zo iets als genoegdoening een plaats krijgen binnen het strafrecht, binnen het privaatrecht past dit, al dan niet uitgewerkt in de vorm van punitive damages, in het geheel niet. Het privaatrecht zou daarmee een handhavende rol krijgen die het niet past.¹⁰ Een dergelijke kritische stellingname kan eenvoudig worden begrepen tegen de achtergrond van hetgeen ik reeds heb gezegd over de vereffende rechtvaardigheid als leidend beginsel van het vermogensrecht. Deze ziet erop toe dat een correctie wordt toegepast ingeval de status quo op onterechte wijze is geschonden. In geval van emotionele schade is een dergelijke schending moeilijk te construeren.

Waar draait dit alles op uit?

De hier ontwikkelde these is dat het vermogensrecht berust op een min of meer helder afgebakend en daardoor beperkt kader van dragende beginselen. De vereffende rechtvaardigheid en de autonomie vormen daarvan de spil. We hebben gezien hoe dit kader van het privaatrecht is veranderd, beter: verruimd. Er is duidelijk sprake van een dynamisch vermogensrecht dat in staat lijkt zich op flexibele wijze te buigen naar maatschappelijke ontwikkelingen. In deze zin kan men dan ook spreken van een vermaatschappelijking van het vermogensrecht en wellicht het hele privaatrecht. Werd het privaatrecht aanvankelijk gedacht als een onderdeel van de rechtsorde die aan de samenleving voorafgaat en deze vorm geeft, in de 21^{ste} eeuw lijkt het erop dat de beweging zich omkeert. Niet het recht ordent de maatschappij, maar de maatschappij ordent het recht. In plaats dat de centrifugale krachten van het privaatrecht de samenleving vormgeven, zijn het meer en meer de centripetale krachten van de samenleving die het middelpunt van het privaatrecht zoeken. De hamvraag is of dit een probleem is. Op het eerste gezicht zou men de ontwikkeling positief kunnen uitleggen. Het privaatrecht blijkt namelijk de flexibiliteit te bezitten om met de samenleving mee te kunnen groeien en is voldoende receptief om deze binnen zijn domein een plaats te

6. Zie, C.E. du Perron, Genoegdoening in het privaatrecht, in: A.C. Zijdeveld e.a., Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht, Handeling NJV, 2003-1, p. 107-161.
7. Zie hierover Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel***), Hoofdstuk V.
8. Zie over de vraag wat voor belangen mensen erkend willen zien o.m. C.M.C. van Zeeland e.a., Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan, in NJB, 2003, p. 818-827.
9. Zie onder meer Gerrit van Maanen (red.), De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2003.
10. Zie de bijdrage van C. Sieburgh in deze aflevering van WPNR.

bieden. Geen gesloten systeem dus, dat vreemde elementen buiten zich houdt, maar een organisme dat in staat is zich aan te passen en nieuwe elementen in zich op te nemen. Men kan er echter ook anders tegenaan kijken. Net zoals we van mensen die zich makkelijk aan alles aanpassen en zich naar alles wat op hun pad komt voegen, zeggen, dat ze geen identiteit hebben, karakterloos zijn, zo kunnen we dat ook van het privaatrecht zeggen. De keerzijde van een dergelijke flexibiliteit zou dan kunnen zijn dat het recht, in casu het vermogensrecht, niet langer als bakken voor de samenleving fungeert, maar onderdeel wordt van haar wetmatigheden. Niet het vermogensrecht en de daaraan ten grondslag liggende idealen van gerechtigheid geven richting aan de ontwikkeling van de samenleving, maar het zijn de ontwikkelingen binnen die samenleving die bepalend zijn voor de inrichting van dit recht. Uiteraard, tussen recht en maatschappij moet sprake zijn van een wisselwerking. Een dergelijke wisselwerking veronderstelt echter dat beide elementen in zekere zin aan elkaar uitwendig blijven. Zoals de maatschappij richting geeft aan de ontwikkeling van het recht, geeft ook het recht ontwikkeling aan de maatschappij. De tendensen die ik hier schets duiden echter op iets anders. Zij lijken erop te duiden dat het vermogensrecht het (semi-) autonome karakter althans ten dele verliest en een meer functionele, instrumentele en pragmatische betekenis krijgt.¹¹ Ik licht kort toe wat ik hiermee bedoel.

Verstandigheid

Zoals hierboven reeds aangegeven, impliceert het beginsel van solidariteit dat men zich niet langer kan beroepen op min of meer helder afgebakende aanspraken en verantwoordelijkheden. Juist vanwege onderlinge afhankelijkheden is een voortdurende bijstelling en herverdeling mogelijk. Geen heldere standaarden dus van rechtvaardigheid. Een ieder heeft aanspraken; wat men echter krijgt vloeit niet voort uit vastgelegde rechten, maar is het resultaat van onderhandelingen en (belangen-) afwegingen, compromissen.¹² Dit impliceert dat het recht flexibel moet reageren op wisselende omstandigheden, precies zoals we dat zien binnen het domein van de sociale zekerheid en het sociaal recht. Met de verruiming van het vermogensrecht naar het beginsel van de solidariteit ligt het dan ook voor de hand dat ook dit recht een meer flexibel karakter krijgt.¹³ Geen duidelijke maatstaven dus, die aangeven wanneer men waarop aanspraak kan maken. De vraag rijst dan in welke mate hier beginselen van gerechtigheid nog sturend zijn bij het vinden van een juridische oplossing. Noch autonomie, noch gelijkheid zijn hier doorslaggevend. Het beginsel van solidariteit bepaalt slechts dat een ieder aanspraken heeft, maar wat die echter inhouden geeft het niet aan. Wat blijft is alleen het uitgangspunt dat de aanspraken van een ieder moeten worden gewogen. Beginselen van gerechtigheid doen nauwelijks nog dienst. Hooguit zijn de beginselen van procedurele

rechtvaardigheid aan de orde. Het is dan ook niet verwonderlijk dat een meer beleidsmatige benadering van de probleemoplossing op de voorgrond komt te staan. Criteria van gerechtigheid zijn onvoldoende bepalend, want te ruim of onvoldoende sturend. Wat rest is de verstandigheid. En precies die verstandigheid als perspectief voor afwegingen kunnen we herkennen in de ontwikkeling van het burgerlijk vermogensrecht.¹⁴

Verstandigheid moet hier dan worden opgevat in termen van beleid. Met beleid handelen houdt in dat men tot afgewogen beslissingen komt. In onze sterk geëconomiseerde maatschappij betekent dit dat in sterke mate rekening wordt gehouden met kosten en baten. Een dergelijk economisch perspectief is tegenwoordig dominant aanwezig in de politieke en bestuurlijke besluitvorming. Het is echter ook in toenemende mate bepalend voor de ontwikkeling van het vermogensrecht. Een eerste aanwijzing daarvoor zien we in de aandacht die binnen de rechtswetenschap bestaat voor een economische interpretatie en analyse van het recht. Rechtseconomen houden ons voor dat het heel wel mogelijk is (en ook raadzaam) om naar het recht te kijken door de bril van de economische rationaliteit. Van belang is dat het recht bijdraagt aan een efficiënte inrichting van de maatschappij. Kosten dienen zoveel mogelijk te worden gereduceerd, verhoging van de baten gefaciliteerd en gestimuleerd. In de sfeer van het aansprakelijkheidsrecht betekent dit dat we dienen na te gaan wat voor vorm van aansprakelijkheid het meest efficiënt is, dat wil zeggen het best bijdraagt aan de reductie van maatschappelijke kosten, bijvoorbeeld in geval van verkeersongevallen. Wordt dat doel het best gerealiseerd door een vorm van schuldaansprakelijkheid, of voldoet hier een vorm van risicoaansprakelijkheid beter? Bij het zoeken naar een antwoord op deze en andere vragen is niet een beginsel van rechtvaardigheid leidend, maar

11. Posner heeft voor de Amerikaanse context op deze ontwikkeling gewezen (en overigens positief gewaardeerd). Zie Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in: *Harvard Law Review* 1987, p. 761 e.v. Een vergelijkbaar perspectief lijkt te worden erkend wordt weerspiegeld in de plaats die de rechtswetenschap tegenwoordig krijgt toebedeeld binnen wetenschappelijke kringen, als het wordt opgevat als een maatschappijwetenschap en het interdisciplinaire wordt geprioriteerd (dit geldt althans in NWO-verband).
12. Men zou overigens de opkomst van een rechtsconcept waarin de afweging van belangen wordt benadrukt kunnen zien als een exponent van deze ontwikkeling. Waarop iemand aanspraak maakt, kan niet worden afgeleid uit vooraf gegeven rechten, maar dient steeds naar bevind van zaken en gegeven de omstandigheden te worden bepaald.
13. In dat verband heb ik eerder over het sociaal privaatrecht gesproken. Zie: A.M. Hol, *De dynamiek van het moderne privaatrecht vanuit een encyclopedisch gezichtspunt*, in P.B. Cliteur e.a., *It ain't necessarily so*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. Franken, Kluwer, Deventer 2001, p. 69 e.v.
14. Zie hierover tevens de bijdrage van P. van Schilfgaarde in deze aflevering van WPNR.

draait het om wat 'verstandig' is. En wat verder opvalt, is dat recht niet als een zelfstandige grootheid wordt beschouwd, maar als middel om buiten dat recht liggende doelen te realiseren: vermindering van kosten, verhoging van baten.

Het perspectief van verstandigheid is niet een louter academische aangelegenheid. Het is tevens terug te vinden in verschillende afwegingen die worden gemaakt door wetgever en rechter waar het gaat om de verdere ontwikkeling van het vermogensrecht. Hiervoor heb ik de verschuiving van schuld- naar risicoaansprakelijkheid in termen van gerechtigheid geduid, maar deze kan evenzogoed in termen van verstandigheid worden begrepen. Het afwikkelen van schade als gevolg van gebrekkige producten op basis van schuldaansprakelijkheid kent vanuit het perspectief van de verstandigheid ten minste twee serieuze feilen. In de eerste plaats is er het punt van de proceskosten. In geval van schuldaansprakelijkheid zal schuld of fout moeten worden aangetoond. Om daarin te slagen zal vaak moeten worden geprocedeerd (al dan niet in rechte). Deze proceskosten komen bovenop de kosten gemoeid met de vergoeding van de eigenlijke schade. Omdat in geval van risicoaansprakelijkheid eenvoudiger een beroep op schadevergoeding kan worden gedaan zonder dat eerst een procedure aanhangig moet worden gemaakt, mag men verwachten dat een dergelijke juridische constructie besparend werkt ten aanzien van de proceskosten. De proceskosten in geval van schuldaansprakelijkheid werken echter nog een tweede feil in de hand. Juist ingeval de schade niet erg omvangrijk is, zal de schadelijgende partij zich veelal de moeite (lees: kosten) van een procedure besparen. Dit leidt ertoe dat de schadeverzakende partij niet met de schadekosten van zijn handelen wordt geconfronteerd, waardoor verhoudingsgewijs wellicht een te grote schade wordt veroorzaakt. Door risicoaansprakelijkheid wordt de veroorzaker van schade - bijvoorbeeld bij productenschade - vaker geconfronteerd met de negatieve gevolgen van zijn handelen en zal hij eerder gepaste maatregelen nemen.¹⁵ Ook zonder een beroep te doen op noties van rechtvaardigheid kan dus de verschuiving van schuld- naar risicoaansprakelijkheid worden begrepen.

Een interessant voorbeeld is in dit verband wellicht ook de groeiende belangstelling voor mediation als praktijk van geschilbehandeling. Deze praktijk van geschiloplossing laat mooi zien hoe waarden van autonomie, gelijkheid en genoegdoening kunnen worden omgebogen naar het perspectief van de verstandigheid. De kracht van mediation schuilt hierin dat partijen een geheel eigen verantwoordelijkheid krijgen om naar de oplossing van een geschil toe te werken. Autonoom zijn ze waar het gaat om het vinden van de criteria of normen met behulp waarvan het geschil zou moeten worden opgelost. Niet de van buitenaf opgelegde normen van het recht tellen hier, maar de eigen normen van partijen. Voorts nemen partijen een volstrekt gelijkwaardige

positie in, die wordt bewaakt door de mediator. Niemand staat boven de partijen, ook de mediator niet. Partijen hebben vervolgens ook alle ruimte de omvang en aard van het geschil te bepalen. Dit betekent dat ook emotionele, persoonlijke aangelegenheden aan de orde kunnen komen. Genoegdoening krijgt binnen mediation gemakkelijk een plaats. Zo gesteld sluit mediation de kernwaarden van gerechtigheid in. Toch zal in vele gevallen de verstandigheid bepalend zijn voor een oplossing. Is niet veelal het advies aan partijen om niet achterom, maar vooral vooruit te kijken en na te gaan welk belang men heeft. En juist door het conflict in termen van belangen te duiden opent zich over het algemeen de weg tot een oplossing. Het gaat er niet om wie in zijn recht staat, maar hoe men - al dan niet met elkaar - weer door kan. Om dat doel te bereiken zal veelal door beide partijen water bij de wijn gedaan moeten worden. Wees verstandig, zo luidt het adagium, en aanvaard een compromis. Het zijn slechts enkele voorbeelden. Niettemin duiden ze erop dat de verruiming van de gelding van gerechtigheid binnen het vermogensrecht gemakkelijk kan omslaan in verzwakking van de gerechtigheid als bakken voor verdere ontwikkeling. Door een groeiende complexiteit in de afwegingen wordt een zuiver rationele, verstandige benadering verleidelijk. Een teveel aan gerechtigheid staat in de weg van een hanteerbare, praktische aanpak. Wanneer de gerechtigheid zich al te sterk doet gelden, wordt het mogelijk een last en rest slechts beleid.

De toekomst van het vermogensrecht

Hoeveel gerechtigheid verdraagt het vermogensrecht? Het zal inmiddels duidelijk zijn dat deze vraag voortvloeit uit de waarneming van de hier geschetste tendensen. Binnen het vermogensrecht zien we steeds verder opgeschroefde ambities om rechtvaardige oplossingen te vinden. In zekere zin is sprake van een proliferatie van rechtvaardigheidsbeginselen. De vraag is of het vermogensrecht deze ambities kan waarmaken. We zien immers, dat de kernwaarde van dit recht - de autonomie - op zijn minst wordt gerelativeerd doordat andere waarden als gelijkheid en solidariteit meer worden benadrukt. We hebben gezien dat deze verschuivingen geboren zijn uit een reactie op reële maatschappelijke problemen. Niettemin kan men zich afvragen of in de kracht van deze ontwikkeling niet ook de zwakte schuilt. Of men met het badwater niet ook het kind weggooit, om het cliché maar weer eens uit de kast te halen. Immers, ligt de kracht van het recht, in casu het vermogensrecht, niet in een zekere systematische helderheid, waardoor het ordenend werkt? En waar het eventueel 'tekortschiet', zijn er dan geen andere manieren om eventuele maatschappelijke

15. Rechtseconomen zouden hier over externe kosten spreken, die moeten worden geïnternaliseerd.

kwesties te regelen? Zoals Hartlief op verschillende plaatsen heeft bepleit, is er bijvoorbeeld alles voor te zeggen het aansprakelijkheidsrecht zoveel mogelijk te scheiden van de sociale zekerheid, die in het huidige stelsel vermengd worden. Solidariteit hoort niet thuis in het aansprakelijkheidsrecht. Het principiële argument hiervoor is juist de autonomie. Het privaatrecht blijft juist als recht zichtbaar door autonomie, hier in de vorm van eigen verantwoordelijkheid, centraal te stellen.¹⁶ De vraag is echter of men eenvoudig weer terug kan naar de kern en binnen het vermogensrecht weer de autonomie en de vereffende rechtvaardigheid kan vooropstellen en ontdoen van andere inspiratiebronnen. Ik denk dat de zaak complex ligt. Waarom dat zo is, wordt duidelijk als men de rechtsontwikkeling in een breder perspectief bekijkt. Interessant is in dit verband wat de Franse historicus Rosanvallon zegt over de ontwikkeling van ons democratisch bestel.¹⁷ Rosanvallon is geïnteresseerd in de vraag hoe binnen dit bestel politiek en bestuur worden gelegitimeerd. In de ontwikkeling van de afgelopen eeuw meent hij daarbij drie vormen van legitimiteit te kunnen onderscheiden: onpartijdigheid, reflexiviteit en nabijheid. De legitimiteit van onpartijdigheid heeft betrekking op een model waarbij politieke en bestuurlijke besluiten zijn gelegitimeerd, doordat zij berusten op onpartijdige en neutrale oordeelsvorming. Men veronderstelt dat de gekozen volksvertegenwoordigers en bestuurders boven de partijen staan en zich uitsluitend laten leiden door het algemeen belang. Dit model, dat een sterk idealistisch beeld geeft van politieke en bestuurlijke besluitvorming, wordt aangevuld door de legitimiteit van reflexiviteit. Dit is nodig zodra men niet langer onvoorwaardelijk vertrouwt op de onpartijdigheid van wetgevers en bestuurders. In dat geval wordt de legitimiteit van politieke en bestuurlijke besluitvorming versterkt door participatie daarin vanuit het maatschappelijke veld. Deze participatie kan op verschillende manieren gestalte krijgen. Men kan denken aan breed samengestelde adviesorganen, advisering door deskundigen. Ook toezichhoudende organen kunnen worden begrepen als een manier om eventuele onwenselijke partijdigheid in politiek en bestuur tegen te gaan. Van reflexiviteit is hier sprake, voor zover door de inbreng van burgers, advies- en toezichhoudende organen wordt gegarandeerd dat de besluitvorming aansluit bij wat in de maatschappij leeft. In dit verband spreekt men ook wel van responsiviteit. De derde vorm van legitimiteit heeft betrekking op een meer recente ontwikkeling, waarbij een vorm van directe democratie lijkt op te komen. Van politici en bestuurders wordt verwacht dat zij zich – niet middellijk via adviesorganen en dergelijke – maar meer rechtstreeks tot de burger richten. De politicus en bestuurder moeten op zoek naar direct contact met de burger. Vandaar dat men kan spreken van de legitimiteit van nabijheid.

Kijken we nu weer naar de ontwikkelingen binnen het vermogensrecht, dan ontdekken we een vergelijkbaar patroon als door Rosanvallon geschetst. Het vermogensrecht wordt idealiter voorgesteld als uitkomst van onpartijdige en neutrale besluitvorming. Het legt de status quo vast en biedt juridische middelen voor vereffening als daarop inbreuk wordt gemaakt. Het feit dat het burgerlijk vermogensrecht is uitgewerkt in een wetboek, een code, geeft aan dat het inderdaad als bestendig en onveranderlijk wordt beschouwd, althans voorgesteld. Met de wet zelf is de legitimiteit gegeven. Het benadrukken – tot op de dag van vandaag – dat de rechter geen recht vormt, maar slechts recht vindt en toepast, is een andere uiting van dit ideaal. Bij een dergelijke voorstelling van het vermogensrecht past dat men het als autonoom, op zichzelf staand en alomvattend systeem begrijpt. Binnen het recht zelf ligt de sleutel voor alle maatschappelijke kwesties. Waar dat niet het geval is, heeft het recht ook niets te bieden. De discussie rondom de maatschappelijke zorgvuldigheid als standaard van onrechtmatigheid is hier een interessant voorbeeld. Alhoewel de Hoge Raad in de uitspraak van de Zutphense waterleiding aangaf dat de Zutphense juffrouw vanuit moreel of maatschappelijk perspectief tekort was geschoten, vanuit juridisch gezichtspunt kon haar echter geen verwijt worden gemaakt. Het recht sloot zich hier nog af voor bepaalde maatschappelijke inzichten. Zoals bekend kwam de ommekeer met Lindenbaum/Cohen in 1919. In toenemende mate lijkt echter te worden onderkend dat het recht zou moeten reageren op veranderende maatschappelijke inzichten en ontwikkelingen. De rechter zou daar een belangrijke rol in moeten spelen. Men spreekt in dit verband wel van responsief recht.¹⁸ Men zou ook de term reflexief recht kunnen gebruiken. Tot slot zien we de hierboven geschetste opkomst van de persoon die vraagt om meer directe erkenning binnen het vermogensrecht. In plaats van zich naar het recht te buigen en zich in de abstractie van de rechtssubjectiviteit of rechtspersoonlijkheid voldoende erkend te zien, vraagt de moderne burger meer en meer dat het recht zich naar hem buigt en zijn persoon in volle omvang erkent: het opstandige slachtoffer op zoek naar nabijheid.

16. Zie o.a. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Kluwer, Deventer 1997; idem, *Heeft het aansprakelijkheidsrecht (de) toekomst?*, in: *Tijdschrift Privaatrecht* 2007, p. 1539-2168. idem, *Waar draait het om in het aansprakelijkheidsrecht*, in: *Ars Aequi* 2007, p. 115 - 117.
17. Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris 2008.
18. Zie o.a. Anthony Hol, Marc Loth, *Reshaping Justice. Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands*, Shaker, Maastricht 2004, p. 137 - 157.

De eigen kracht van het vermogensrecht

Hoeveel gerechtigheid verdraagt het burgerlijk vermogensrecht? Er is niet een eenvoudige weg terug naar louter vereffening en autonomie als leidend beginsel van gerechtigheid voor het vermogensrecht. De ontwikkelingen die ik hier heel globaal heb proberen te schetsen geven echter wel te denken. Er zou wel eens teveel van het burgerlijk vermogensrecht kunnen worden gevraagd. De tendens naar meer gerechtigheid zou wel eens kunnen omslaan in minder gerechtigheid, in die zin dat het niet beginselen van recht en rechtvaardigheid zijn die de bakens vormen voor verdere ontwikkeling, maar economie en beleid. Wat op het spel staat is of het recht als zodanig, met zijn dragende

beginselen, nog richting kan blijven geven aan de steeds complexer wordende samenleving. Om die rol te kunnen vervullen moeten wellicht de ambities van het recht worden gematigd. Het doordenken van het vermogensrecht in termen van gerechtigheid biedt daarbij wellicht houvast. Het maakt zichtbaar waar de eigen kracht van dit recht ligt en waar het mogelijk op zijn eigen grenzen stuit. Vermeden moet worden dat door een teveel aan gerechtigheid uiteindelijk geen recht meer wordt gedaan. Maar ook het omgekeerde geldt: door simpel recht doen, zonder oog voor alle noden en passies, schiet men ook tekort. Kortom: moeten we niet zoiets worden als verlichte romantici, of romantische verlichters?