

HOE BEGRIP VAN BURGERLIJK RECHT MOGELIJK IS

Over het werk van Hans Nieuwenhuis, 1944-2015

Thijs Beumers, Clementine Breedveld-de Voogd, Alex Geert Castermans, Ewout Cornelissen, Ruben de Graaff, Matthias Haentjens, Joris Hermeling, Teun van der Linden, Gitta Veldt, Stijn Voskamp en Jeroen van der Weide*

Het werk van Hans Nieuwenhuis is moeilijk in één zin te vatten. Het beoogt begrip bij te brengen van burgerlijk recht. Daarvoor is volgens Nieuwenhuis ruimte- en tijdsbesef nodig, en weegvermogen. Wij leggen zijn werk langs die zelfgekozen meetlat.

Leopold Bloom, bekend uit *Ulysses* van James Joyce, was een lezer die genoeg beleefde aan het lezen van 'literatuur van instructieve eerder dan verstrooiende aard'. Hij greep wel eens naar Shakespeare

'voor de oplossing van ingewikkelde problemen in het denkbeeldige dan wel het echte leven.

Had hij daarvoor de oplossing gevonden?

Ondanks zorgvuldige en herhaalde lezing van zekere klassieke passages, met behulp van een glossarium, had hij uit de tekst onvolkomen overtuiging geput daar de antwoorden er niet op alle punten betrekking op hadden.¹

Hans Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, schreef teksten van instructieve en verstrooiende aard. Aanvankelijk staat het nieuwe Nederlandse burgerlijk recht centraal in zijn werk, waarvan het hart wordt gevormd door zijn proefschrift (1979), Tilburgse en Leidse oraties (1980 en 1982) en een reeks inspirerende annotaties in *Ars Aequi* (1985-1992). Maar sinds zijn uitstap naar de Hoge Raad (1992-1996) concentreert hij zich meer en meer op de invloed van Europa, de wereld, andere rechtssystemen en culturen op de ontwikkeling van het burgerlijk recht. Niet om het pareren van systeemvijandige invloeden op de structuur en de inhoud van het nationale vermogensrecht, maar steeds weer om het burgerlijk recht in zijn tijd en context te begrijpen. Het sluitstuk wordt gevormd door *Een steeds hechter verbond* (2015), een drieluik over vijandbeelden, bondgenootschappen en krijgsbuit, waarin hij een beeld schetst van Europa als waardengemeenschap.²

Het is verstrooiend werk, vanwege het literaire talent en de inspirerende associaties van de auteur. Instructief, vanwege de gelaagdheid en verrassende

inzichten. Wie zijn werk opslaat, doet dat niet zozeer om, zoals Leopold Bloom, de oplossing te vinden van een ingewikkeld probleem. Wel om het probleem te leren begrijpen en het recht te leren vinden, vaak aan de hand van ideeën en beelden uit de wereldgeschiedenis en literatuur.

Desgevraagd rekende Nieuwenhuis zijn vroege *Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel* tot één van de drie – vanzelfsprekend drie – favoriete publicaties. De lezer moet zich door een nogal abstract betoog worstelen, waarin de plaats van de deductie en de heuristiek in de rechterlijke oordeelsvorming wordt bepaald. Nieuwenhuis bestrijdt het beeld dat het belang van de deductieve redenering voor het rechterlijke oordeel niet meer is dan een 'vroom bedrog':

'(H)et "vroom bedrog" bestaat niet. Het gaat om twee verschillende activiteiten. Enerzijds het "vinden" van de beslissing. Dit is inderdaad geen logische, lineair van de regel via de feiten naar de beslissing verloopende activiteit, maar veeleer een confrontatie tussen (concept-)regels, (concept-)visies op de feiten en (concept-)beslissingen.

Deze confrontatie duurt voort totdat de zaak "past", d.w.z. totdat is gevonden een aanvaardbare beslissing die aansluit op een aanvaardbare regel die op zijn beurt is toegesneden op een aanvaardbare visie op de feiten. Anderzijds moet *vorm* worden gegeven aan de *rechtvaardiging* van de gevonden beslissing.³

Wat dan is de juiste vorm?

'Of die vormgeving geslaagd kan worden genoemd, hangt niet af van de vraag of zij al dan niet een getrouwe weergave is van de in feite door de rechter gevolgde zoekstrategie, maar van de vraag in welke mate zij inzicht verschaft in het dragend vermogen van de motivering.'

* Alle auteurs zijn verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Zij danken Willem van Boom, Margreet Duynstee, Jaap Hijma, Wouter den Hollander, Marte Knigge en Henk Snijders voor hun commentaar.

1 J.A.A. Joyce, *Ulysses*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep 2012, p. 773 (*Ulysses* 1922, vertaald door Erik Bindervoet & Robbert Jan Henkes).

2 J.H. Nieuwenhuis, *Een steeds hechter verbond. Europa op weg naar Europa*, Amsterdam: Balans 2015.

3 J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RM Themis* 1976, p. 494-515, p. 501.

Toch interesseert hem de inhoudelijke motivering – burgerlijk recht en burgerlijke moraal – het meest. Nieuwenhuis stelt de vraag: wat is vereist voor begrip van burgerlijk recht? Het antwoord is te vinden in zijn rede voor de vergadering van de afdeling Letterkunde van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen van 8 oktober 2007, zijn tweede favoriete publicatie:

'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.'⁴

Hij is ervan overtuigd dat het hierbij gaat om in de wereld van het recht reëel bestaande grootheden die samen een voorstelling van juridische begrippen mogelijk maken. Juristen hebben die voorstelling nodig om tot een bezonnen oordeel te komen.

Met vrijwel al zijn publicaties heeft Nieuwenhuis bijgedragen aan de inhoudelijke draagkracht van het werk van zijn lezers, door het vergroten van hun ruimtelijk inzicht en tijdbesef, met heldere aanwijzingen voor het gebruik van badkamerweegschaal en balans. Met deze rode draad toont hij een man uit één stuk te zijn. We hebben de draad opgepakt, in een poging zijn nalatenschap te duiden.

Ruimte

Volgens Nieuwenhuis kan de ruimtelijke dimensie van het burgerlijk recht op drie manieren worden verbeeld. De jurist dient de ruimte te bepalen door zich op uitgangspunt en doel te oriënteren en vervolgens na te gaan langs welke *lijn* en over welk *vlak* het doel moet worden bereikt.

Neem het uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht dat ieder zijn eigen schade draagt. Alleen de eiser die met succes langs de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 'hinkelt', bereikt het andere uiterste van het spectrum, volledige schadevergoeding.⁵ Deze vereisten kunnen op verschillende wijzen worden geconstrueerd. Als scherpe *lijn* of als *vlak* met vage contouren.⁶

Of het contractenrecht, dat is:

'een woud van verwachting. Soms bereikt het pad een tweesprong: voldeed de verkochte zaak aan hetgeen de koper mocht verwachten? Ja of nee? Maar er zijn ook open plekken. Daar kan de weg in meer dan twee richtingen worden vervolgd: was de teurgestelde verwachting te wijten aan de schuld van beide partijen? De stand van de kompasnaald wordt dan bepaald door de vraag in welke mate de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot die teleurstelling hebben bijgedragen.'⁷

Nieuwenhuis is meer van de kompasnaald. Na zijn onderzoek naar de beginselen die aan het contractenrecht ten grondslag liggen (*Drie beginselen van contractenrecht*)⁸ begeeft hij zich op de grensgebieden tussen contractenrecht en goederenrecht (*Uit de ban van hier en nu*)⁹ tussen contractueel en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (*Anders en eender*)¹⁰ en tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid (*De ramp op het Pikmeer*)¹¹. De ruimtelijke ordening van het moderne privaatrecht schetst hij als een 'stelsel van overgangsvormen'.¹² Dergelijke overgangsvormen vinden we tussen eigendom en verbintenis,¹³ tussen wanprestatie en onrechtmatige daad (een *gemengd* vorderingsrecht),¹⁴ maar ook

tussen algehele ontbinding en vernietiging.¹⁵ Daarbij herleidt hij regels tot beginselen die op hun beurt worden bepaald door de ruimte waarin zij functioneren: door hoe de wereld *is* ingericht en door hoe zij *behoort* te zijn ingericht.¹⁶

De belangrijkste taak van het privaatrecht is volgens Nieuwenhuis het 'regelen van rechtsverhoudingen', niet het verlenen van subjectieve rechten die de belanghebbende naar eigen inzicht kan aanwenden.¹⁷ Het gaat hem om coördinatie tussen rechtsregels, niet om enkelvoudige oplossingen. Hij verzet zich zowel tegen de onvoorwaardelijke exclusiviteit van het contractenrecht als tegen de onbeperkte bevoegdheid van de eiser om een beroep te doen op de voor hem meest gunstige regel.¹⁸ Het adagium *lex specialis derogat legi generali* kwalificeert hij als een 'volstrekt onbetrouwbaar kompas': de bijzondere regel gaat niet automatisch voor de algemene regel.¹⁹ Het scherpe onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid is 'volstrekt ondeugdelijk': uiteindelijk gaat het om de vraag of iemand anders had kunnen handelen dan hij heeft gedaan,²⁰ waarbij het fundament volgens Nieuwenhuis wordt gevormd door de onrechtmatigheidscategorie 'inbreuk op een recht'.²¹ Ook het stelsel van remedies krijgt minder 'ruwe vormen'. In plaats van algehele ontbinding en vernietiging geniet aanpassing van de overeenkomst door bijvoorbeeld een vermindering van de koopprijs of een vermindering van de wederzijdse prestaties de voorkeur:

'Vernietiging en ontbinding dus slechts indien de tranen van de teleurgestelde contractant niet op andere wijze kunnen worden gedroogd.'²²

Toch moet Nieuwenhuis zelf ook keuzes maken. In *Uit de ban van hier en nu* introduceert hij het concept van de 'contractualisering van de eigendomsoverdracht' binnen het Nederlandse burgerlijk recht.²³ Met dit concept wil Nieuwenhuis de wetgever ertoe verleiden bij de levering van roerende zaken het vereiste van bezitsverschaffing overboord te zetten en de goederenrechtelijke (zakelijke) overeenkomst te omarmen, teneinde voor partijen een zo groot mogelijke mate van flexibiliteit te realiseren: 'de zakelijke overeenkomst erin, het vereiste van bezitsverschaffing eruit.'²⁴ Recensent Brunner roemt Nieuwenhuis' vermogen schitterend vuurwerk af te steken, maar voegt eraan toe dat het verblindend werkt.²⁵ Nieuwenhuis heeft het tij niet mee. De wetgever houdt bij de introductie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek vast aan de bezitsverschaffing als vorm van levering van roerende zaken en de legitimerende functie van het bezit.²⁶ Toch wordt het nevenvereiste van een goederenrechtelijke overeenkomst nog steeds door velen verdedigd, ook al is dit vereiste niet expliciet in de wet neergelegd.

In *Anders en eender* formuleert Nieuwenhuis drie gezichtspunten om de samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad te coördineren: een leemte in de ene regeling zou moeten worden aangevuld met een norm uit de andere rechtsgrond, een algemene regel zou moeten wijken voor een concrete regel, bij twee concrete bepalingen zou de contractuele regel de doorslag moeten geven.²⁷ Samenloopproblemen komt men nu eenmaal vaker tegen op een tweesprong dan op een open plek in het woud. Ook al benadrukt Nieuwenhuis dat het 'een typologie, niet

- 4 J.H. Nieuwenhuis, *Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk? Drie vormen van voorstelling: ruimte, tijd, gewicht*, Amsterdam: KNAW Press 2008, p. 8; ook in: *RM Themis* 2007, p. 227-240, p. 228.
- 5 J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', in: J.H. Nieuwenhuis, *Waarom is het recht op aarde?*, Den Haag: BJu 2006, p. 5-32.
- 6 J.H. Nieuwenhuis, 'Hoi topoi', in: J.H. Nieuwenhuis, *Deconfrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 81-90.
- 7 J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?', *WPNR* 1998, p. 157.
- 8 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.
- 9 J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980.
- 10 J.H. Nieuwenhuis, *Anders en eender. Beschouwingen over samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1982.
- 11 J.H. Nieuwenhuis, *De Ramp op het Pikmeer. Bezwaren tegen de geest van het postmoderne aansprakelijkheidsrecht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1997.
- 12 *Uit de ban van hier en nu*, p. 112.
- 13 Volgens Nieuwenhuis zijn er verschillende typen van eigendomsovergang van roerende zaken waarbij er een 'ontkoppeling' plaatsvindt van overdracht en feitelijke overgave. Hij noemt de overdracht door middel van 'traditiepapieren' (cognossement, ceel), het eigendomsvoorbehoud en de levering bij voorbaat. Zie *Uit de ban van hier en nu*, p. 8.
- 14 Nieuwenhuis sluit zich aan bij de opvatting dat bij samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad sprake is van een 'gemengd vorderingsrecht'. Zie *Anders en eender*, p. 27-30.
- 15 J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I), Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?', *WPNR* 1995, p. 23-26, deel II (en slot), *WPNR* 1995, p. 37-41.



Hans Nieuwenhuis, onderweg van Enschede naar Münster, gevolgd door jonge collega's, 31 mei 2014. Foto © Tobias van der Wal

16 *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 41.

17 *Anders en eender*, p. 15.

18 Zie ook J.H. Nieuwenhuis, 'They still rule us from their graves', *WPNR* 2007, p. 5.

19 Zie later ook J.H. Nieuwenhuis, 'Paulianeuze gedachten. Over de plaats van het algemene en het bijzondere in het recht', *RM Themis* 1997, p. 41-42; J.H. Nieuwenhuis, 'De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 51-64.

20 J.H. Nieuwenhuis, 'De tuinman en de dood', *RM Themis* 1989, p. 193-201, ook in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 129-140.

21 *De ramp op het Pikmeer*, p. 19-22.

22 *Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I)*, p. 25.

een ladenkast' betreft, het komt hem opnieuw op kritiek van Brunner te staan, die stelt dat Nieuwenhuis in het 'kamp der exclusieven' dreigt terecht te komen, als hij er al niet in is beland.²⁸

Hoeven we van Nieuwenhuis dus geen scherpe lijnen te verwachten? Dat is allerm minst het geval. Niet alles kan worden gemengd en vermengd. Stevig is zijn kritiek als de Hoge Raad geen punt zet of scherpe lijn trekt, maar het vlak gebruikt voor de figuur van de precontractuele aansprakelijkheid²⁹ en voor de figuur van de proportionele aansprakelijkheid.³⁰ Twee *hellende* vlakken, volgens Nieuwenhuis, die op gespannen voet staan met het stelsel van de wet, dat immers toestaat dat een aanbod wordt herroepen en verbiedt dat schadevergoeding wordt toegewezen als niet, althans niet geheel, aan het causaliteitsvereiste is voldaan.³¹

Het causaliteitsvereiste vormde ook voor de DES-dochters een probleem. Zij konden niet bewijzen van welke producent de medicijnen waren die hun moeders tijdens de zwangerschap hadden geslikt, en die bij de dochters op latere leeftijd kanker veroorzaakten. In hun geval is niet het vlak, aansprakelijkheid naar marktaandeel, maar de scherpe lijn gepast: omkering van de bewijslast met toepassing van artikel 6:99 BW. Ook al ondergraaft ook deze oplossing, net als proportionele aansprakelijkheid, 'één der traditionele pijlers van het aansprakelijkheidsrecht, de

eis dat komt vast te staan dat gedaagde de schade ook werkelijk heeft veroorzaakt'.³² De lijn van het advies is in het arrest van de Hoge Raad te herkennen,³³ tot genoegen van de auteur.³⁴

Bij Nieuwenhuis hebben rechtsregels dus zowel een open als een gesloten dimensie. Open, want 'ontvankelijk voor invloeden van buitenaf en onvoltooid'.³⁵ Zo brengen maatschappelijke en medisch-technologische ontwikkelingen mee dat ook afspraken over draagmoederschap tot het ruimtelijk domein van het contractenrecht behoren.³⁶ Maar ook gesloten, onderdeel van en beperkt door het stelsel en de systematiek van de wet. Een middels in vitro-behandeling tot stand gebracht embryo is buiten de baarmoeder geen natuurlijke persoon en valt volgens Nieuwenhuis ook niet onder de fictie van artikel 1:2 BW.³⁷ Een vrouw kan niet een beetje zwanger zijn; artikel 1:2 BW kent een – letterlijk – *ruimtelijke* begrenzing. Althans, vooralsnog, want het burgerlijk recht leeft.

Tijd

Er is geen begrip van burgerlijk recht mogelijk zonder voorstelling van tijd. Het recht komt immers in de loop van de tijd tot wasdom. Dit gaat niet vanzelf, zoals het groeien van een boom. Het is mensenwerk, zoals de bouw van kathedralen. Door meer vernuft

zijn de mensen in staat geweest de kathedralen in de loop der eeuwen hoger en lichter te doen oprijzen. En zo zijn ook de ideeën in het recht – zoals de contractsvrijheid – mensenwerk, waarin groei, bloei en verval is te ontwaren.³⁸

De maatschappelijke opvattingen vindt Nieuwenhuis onder meer in de literatuur. Om precies te zijn in de boeken die een duurzame weerklink hebben gevonden, waarbij niet de hoge oplagecijfers tellen, maar het aantal herdrukken beslissend is. Het is een

'fonds van verhalend proza dat iedere jurist moet lezen en herlezen, niet omdat dit ten goede komt aan zijn algemene ontwikkeling en de schrijf- en spreekvaardigheid, maar sterker: omdat deze canon het fundament vormt van het ongeschreven recht: redelijkheid en billijkheid als pijlers van het contractenrecht en de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als grondslag en toetssteen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.'³⁹

Ulysses komen wij in het fonds niet tegen. Griekse tragedies wel. Waar de 'tragische kern van het recht' vraagt om een reactie op begaan onrecht, draait het in de *Oresteia* uit op een door de goden opgelegde wraakoefening.⁴⁰ Volgens de Wet der Twaalf Tafelen is het oog om oog, tand om tand. In onze tijd is het de erkenning door de dader dat hij fout heeft gehandeld, al dan niet gepaard gaande met vergoeding van de toegebrachte schade. Zo taxeerde Leopold Bloom de mogelijke reacties op het overspel van zijn vrouw:

'Wat voor vergelding, bijgeval?

Moord, nooit, immers kwaad moet men niet met kwaad vergelden. Duel, tweegevecht, nee. Echtscheiding, nu niet. Onthulling met behulp van mechanische kunstgreep (automatisch bed) of individuele getuigenis (verborgen ooggetuige), nog niet. Proces om onder juridische druk schadevergoeding te verkrijgen of simulatie van aanranding met bewijzen van opgelopen letsel (zelf toegebracht), niet onmogelijk.'⁴¹

We hebben duidelijk te maken met voortschrijdend en, als steeds, te perfectioneren menselijk inzicht.

Tijdloze werken helpen ons bij het formuleren van de maatschappelijke opvattingen en daarmee bij het invullen van ongeschreven recht. Bovendien scherpen zij het inlevingsvermogen dat wij nodig hebben voor een oordeel over concrete gevallen. Het Oude Testament – tijdlozer wordt het niet – is een vaak geraadpleegde bron, bijvoorbeeld om inzicht te krijgen in het spanningsveld tussen schuld en risico. In zijn afscheidsrede vormen Kain – Ben ik mijn broeders hoeder? – en Abel de inleiding op een verhandeling over de toenemende rol van de risicoaansprakelijkheid en de afnemende rol van de schuld.⁴² Eerder werd Job besproken om de 'claimcultuur' te kunnen begrijpen, zoals Deuteronomium 23:20 – U mag geen rente vragen als u iets aan een volksgenoot leent – model stond voor in de maatschappij levende opvattingen, tezamen overigens met de Koran en Shakespeares *The Merchant of Venice*.⁴³

Ook *Europees* burgerlijk recht is levende materie, die zich bij Nieuwenhuis laat kennen uit de canon van de literatuur. In zijn laatste boek zoekt Nieuwenhuis naar de pijlers waarop de Europese gemeenschap van waarden berust. In het eerste deel, *vijandbeelden*, besteedt hij aandacht aan de gewapende strijd als vader van de volkeren van Europa. Sommige vijanden kwamen van buiten:

'Deze vijanden hadden het gemunt op Europees grondgebied. Perzen eisten van de Griekse stadstaten aarde en water als teken van onderwerping. Carthagers stonden voor de poorten van Rome (*Hannibal ad portas*), Hunnen en Moren waren in respectievelijk de vijfde en achtste eeuw genaderd tot Parijs.'⁴⁴

Andere vijanden werden door de volkeren van Europa uitgekozen:

'De Indische Koning Poros werd in 326 v.Chr. gedwongen slag te leveren tegen Alexander de Grote en zijn bondgenoten. In de eerste eeuw n. Chr. werd het Berberse koninkrijk Mauretania ingelijfd bij het Romeinse Rijk. Hernan Cortes versloeg in 1521 het Azteekse leger van Koning Cuauhtemoc. Op de puinhopen van de veroverde hoofdstad Tenochtitlan verrees Mexico-Stad.'⁴⁵

Deze eeuwenlange strijd heeft het continent getekend en moet volgens Nieuwenhuis gekoesterd worden. Oorlog vormt de bakermat van de Europese kunst en literatuur, die de publieke vijanden van weleer afbeeldt en verwoordt. Hierdoor leren wij de ander kennen, en daarmee onszelf en onze *bondgenoten*:

'Literatuur is een onmisbare verdieping van taal, opgevat als ons huis. Dreverhaven, Boorman en Havelaar maken deel uit van onze taalschat, evengoed als de grammaticale regel die "Hun hebben gelijk." als ongebruikelijk brandmerkt en de semantische conventie die de betekenis bepaalt van "monkeling" (verholen spot). Literatuur is het venster dat ons een blik gunt op de buitenwereld, de taalhuizen van onze burens. "Van veel mensen zag hij de steden en leerde hij kennen hun aard." Als *armchair traveller* met *Misdaad en Straf* in de hand leren we door de ogen van Raskolnikov St. Petersburg in de negentiende eeuw beter kennen dan met behulp van een Baedeker uit die dagen.'⁴⁶

Door verbeelding krijgen we zicht op de gedeelde waarden van de Europese gemeenschap, een *krijgsbuit* die door Nieuwenhuis wordt gekoesterd en verdedigd:

'Waarden vormen het fundament van de Europese Unie, maar zij zijn ook vensters die uitzicht bieden op een lonkend perspectief: een aards paradijs van vrijheid, gelijkheid en broederschap. Onbereikbaarheid van de horizon is geen reden om niet voort te gaan op de in 1957 in Rome ingeslagen weg naar een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa.'⁴⁷

Een hartstochtelijk pleidooi voor Europa, en zelfs voor een Europees Burgerlijk Wetboek – en dat in weerwil van de tijdgeest, die wordt beheerst door eurosceptis en deregulering. Het is tekenend voor Nieuwenhuis, die juist geïnteresseerd was in de vervolgvragen. Hoe geven wij invulling aan het project van Europese eenwording? Hoe is begrip van *Europees* burgerlijk recht mogelijk?

Gewicht

Er is meer nodig dan bewustzijn van ruimte en tijd. Uiteindelijk dienen juristen belangen te wegen. Ze doen dat ook werkelijk. Belangen hebben een reëel gewicht:

'Het gewicht van een belang is de argumentatieve kracht die dat belang ontplooit in een rechtsgeschied.'⁴⁸

Op vele plaatsen in zijn werk zoekt hij naar ogenschijnlijk onweegbare belangen. Nieuwe voortplantingstechnieken trekken daarbij zijn aandacht. Hoe

23 *Uit de ban van hier en nu*, p. 18.

24 *Uit de ban van hier en nu*, p. 9 en 83.

25 C.J.H. Brunner, 'J.H. Nieuwenhuis/Uit de ban van hier en nu, intreedende Kath. Hogeschool Tilburg', *RM Themis* 1982, p. 36-43.

26 Art. 3:90 lid 1 BW.

27 *Anders en eender*, p. 32-40.

28 C.J.H. Brunner in zijn bespreking van Nieuwenhuis 1982, *WPNR* 1983, p. 659.

29 HR 18 juni 1982,

ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723 (*Plas/Valburg*).

30 HR 31 maart 2006,

ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *RvdW* 2006/328 (*Nefalit/Karamus*).

31 J.H. Nieuwenhuis, 'Point of no return', *RM Themis* 1989, p. 467-468; J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p. 177-178.

32 J.H. Nieuwenhuis, 'Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel', in: *Productenaansprakelijkheid. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1987, p. 15.

33 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994/535.

34 J.H. Nieuwenhuis, 'Eenzame hoogte: het DES-arrest', *Ars Aequi* 2010, p. 417-419 (AA20100417).

35 *Anders en eender*, p. 13.

36 J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises. Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001, p. 1795-1799.

37 'Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.'

38 *Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk*, p. 18.

39 J.H. Nieuwenhuis, 'De zeven zuilen van het ongeschreven recht', *NJB* 1999, p. 2130. Dit thema staat ook centraal in J.H. Nieuwenhuis, *Orestes in Veghel. Recht, Literatuur, Civilisatie*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2004, zie expliciet p. 7-10.

40 *Orestes in Veghel*, p. 13-26.

41 J.A.A. Joyce, *Ulysses*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep 2012, p. 773 (Ulysses 1922, vertaald door Erik Bindervoet & Robbert Jan Henkes).

42 J.H. Nieuwenhuis, *Paternalisme, Fraternalisme, Egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht* (afscheidsrede Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2009, p. 11. Kain en Abel figureren ook (en uitgebreider) in *Orestes in Veghel*, p. 57-76.

moet het recht omgaan met afspraken tot draagmoederschap? Is de afspraak een kind te baren en af te staan aan een ander in strijd met de goede zeden en dus nietig (art. 3:40 BW)?

'De conclusie dat het afstaan van het kind een prestatie is die in strijd is met de goede zeden, valt moeilijk vol te houden in een tijd waarin fertiliteitsklinieken zich met goedkeuring van de minister van volksgezondheid bezighouden met het bij draagmoeders inplanten van embryo's afkomstig van wensouders. Deze door de samenleving aanvaarde vorm van medische dienstverlening heeft toch als onmiskenbare strekking dat het kind na de geboorte zal worden afgestaan aan de wensouders.'⁴⁹

Door alle vooruitgang is zelfs de moeder van het kind niet meer zeker: de genetische moeder of de baarmoeder? Maar zijn wij al zo ver dat naleving van afspraken over draagmoederschap in rechte kunnen worden afgedwongen?⁵⁰

Voor een bezonnen oordeel over de afdwingbaarheid van draagmoederschapafspraken komt het aan op het gewicht en het wegen van de belangen van het kind en van al zijn betrokken ouders op het moment dat de draagmoeder van gedachten verandert. Als er in het geheel nog geen uitvoering is gegeven aan de afspraak, zal de draagmoeder er niet aan gehouden kunnen worden. De vrouw verplicht inplanting van het embryo te ondergaan gaat Nieuwenhuis te ver. Maar de situatie verandert wanneer inplanting tot zwangerschap heeft geleid; in verband met de genetische verwantschap van het embryo en de wensouders. Opnieuw verandert de situatie wanneer de zwangerschap is vordragen en het kind reeds is afgegeven aan de wensouders en bij hen opgroeit. Zoals Nieuwenhuis schrijft, verdient in een dergelijk geval een rechterlijk oordeel waarin de vrouw wordt gehouden aan haar oorspronkelijke toezegging serieuze overweging.⁵¹

Nieuwenhuis staat regelmatig stil bij de *Valkenhorst*-jurisprudentie, waarin de Hoge Raad uitmaakte dat het recht van een meerderjarig kind om te weten van wie hij afstamt niet absoluut is, maar dat zijn belang in beginsel wel zwaarder weegt dan het belang van de moeder op eerbiediging van haar privéleven.⁵² Als hij tijdens colleges sprak over de *Evans*-zaak, verlaagde hij steevast zijn stem en zei: 'On any view the 10th October was a terrible day in Natallie Evans' life'. Hij vervolgde met de mededeling dat het niet de beginzin was van een roman van Jane Austen, maar de eerste zin van het vonnis in genoemde zaak, waarin de rechter had te oordelen over de vraag of Natallie Evans tegen de wil van haar ex het door hen verkregen embryo kon laten implanteren.⁵³

In zijn essay 'Wie is mijn verwekker?' vraagt Nieuwenhuis zich af of genetische selectie mogelijk zou moeten zijn, te beginnen bij de geslachtskeuze. Moeten ouders het recht krijgen te bepalen welk geslacht hun volgende nazaat zal hebben? Of bereiken we hier de grens van het menselijk ingrijpen in het domein van leven en dood? Nieuwenhuis is duidelijk op dit punt: het moet kunnen. Het gevaar dat massaal wordt gekozen voor een van beide geslachten, acht hij uiterst klein; *family balancing* zal in de meeste gevallen de drijfveer zijn. Het krijgen van een kind voelt voor de meesten immers als het krijgen van een geschenk:

'Hier staat tegenover dat aanstaande echtgenoten belang hebben de stroom geschenken enigszins te reguleren. Drie gourmetsets is te veel van het goede. Een op internet geplaatste huwelijkslijst (...) biedt uitkomst. Waarom ook niet de mogelijkheid geopend om (...) bij gelegenheid van IVF-behandeling te kiezen voor een zoon?'⁵⁴

Drie dochters en drie gourmetsets. Vanzelfsprekend zijn het onvergelykbare grootheden, maar dat betekent niet dat de keuze 'niet nog een dochter' onweegbaar is. Leidt het toelaten van 'deselectie' van een embryo op grond van geslacht tot andere selecties, op grond van de kans op borstkanker, op intelligentie en atletische vaardigheden? Op dit punt neemt Nieuwenhuis de kortst mogelijke afslag: dit type selectie is voorsnog pure sciencefiction, *we will cross that bridge when we come to it*. Wie Nieuwenhuis leest, krijgt niet steeds de oplossing, maar altijd argumenten aangereikt.⁵⁵ *Imponderabilia*, belangen die niet kunnen worden afgewogen, bestaan niet voor de jurist, als maar de juiste vragen worden gesteld.

Zo schrijft Nieuwenhuis over het *Baby Kelly*-arrest, waarin de vraag rijst of er zoiets bestaat als het recht om niet geboren te worden, en of het mogelijk is een gehandicapt leven als schadepost op te voeren:

'Heeft Kelly wel schade? Is leven, al dan niet met een handicap, niet waardevoller dan niet leven? Ik ben er vrij zeker van dat deze vraag, zo gesteld, niet kan worden beantwoord, althans niet op een wijze die in brede kring op instemming kan rekenen. Zelf bewaar ik de beste herinneringen aan de jaren vóór mijn geboorte.'⁵⁶

Wie inkomen misloopt als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander, heeft aanspraak op vergoeding van gederfd inkomen. Het gederfde arbeidsvermogen wordt *concreet* berekend. Dit vergt traditioneel gezien een *waarheidsgetrouwe* voorspelling van het hypothetische arbeidsvermogen en dus een onderzoek naar alle relevante persoonlijke omstandigheden. Bij een vijftigjarige stratenmaker met beginnende knieklachten zal de schade waarschijnlijk beduidend lager zijn dan bij een jonge academisch gevormde vrouw. Maar doet dit recht aan de positie van het slachtoffer? Niet alleen heeft het slachtoffer er belang bij gespeend te blijven van intieme informatie over zijn hypothetische levensloop: een verhoogd risico op kanker, de aanleg voor psychische stoornissen, de kansen op de huwelijksmarkt. Ook zou het kunnen zijn dat het slachtoffer veel meer baat heeft bij maximalisering van de mogelijkheden ná het ongeval, in plaats van bij een aanspraak gebaseerd op een beeld van het leven zonder ongeval.⁵⁷ Inzicht in de te wegen belangen en hun gewicht leidt zo uiteindelijk tot een alternatief voor de voorheen geijkte oplossingen.

Een enkele keer lijkt Nieuwenhuis het niet op te hebben met *weight watchers*. In zijn onderzoek naar de mogelijkheden van multicultureel recht raadt hij de werkende leden van de Nederlandse Juristen-Vereeniging af het precieze gewicht van op godsdienst of ideologie gestoelde belangen te bepalen. Multicultureel recht is meer gebaat bij de wederzijdse erkenning als volwaardig deelnemer aan het maatschappelijk verkeer, met toekenning van een voor ieder gelijk samenstel van rechten en plichten.⁵⁸

His season was spring

Uiteindelijk is alles gefundeerd in zijn derde favoriet, *Hoofdstukken Vermogensrecht*. Uit het voorwoord:

43 J.H. Nieuwenhuis, *Het verspan, Eigendom, Contract, Persoon, Staat*, Zutphen: Paris 2013, p. 155-161.

44 *Een steeds hechter verbond*, p. 23.

45 *Een steeds hechter verbond*, p. 23.

46 *Een steeds hechter verbond*, p. 146.

47 *Een steeds hechter verbond*, p. 19.

48 *Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk*, p. 24.

49 *Promises, promises*, p. 1797.

50 *Promises, promises*, p. 1797-1798.

51 *Promises, promises*, p. 1798.

52 HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608, m.nt. WH-S. O.a. aangehaald in: J.H. Nieuwenhuis, *Kant & Co*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2011, p. 58-60; J.H. Nieuwenhuis, 'Kinderwens', *RM Themis* 1999, p. 73-74; *De zeven zuilen van het ongeschreven recht*, p. 2134-2135.

53 *Kant & Co*, p. 11-15.

54 *Kant & Co*, p. 64-73, p. 70.

55 Andere voorbeelden: contractsvrijheid en menselijke waardigheid, rechtvaardigheid en welzijn, en geschreven en ongeschreven recht. Zie respectievelijk J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Den Haag: BJu 2006, p. 27 en 46-48, en *Orestes in Veghel*, p. 39-56.

56 J.H. Nieuwenhuis, 'Hellend vlak, Kelly en de claimcultuur', *NJB* 2003, p. 1381.

57 J.H. Nieuwenhuis, 'Wat is waarheid? Waarheidsvinding en privacy in het letselschaderecht', in: D.H.M. Peepkorn (red.), *Waarheidsvinding en privacy*, Den Haag: Sdu uitgevers 2005, p. 83-95.

58 J.H. Nieuwenhuis, *Multicultureel recht: hoe is het mogelijk?* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2008-I), Deventer: Kluwer 2008, p. 164.

'Een eerste kennismaking met het stellige recht vergt een stellige betoogtrant. Herhaaldelijk worden rechtsvragen beantwoord met ja of nee, woorden die menig gerijpt jurist reeds lang zijn ontschoten.'

Om te vervolgen:

'Relativering is een volgende stap. Het pad moet worden gebaad voor overgangsvormen van bij voorbeeld eigendom en vorderingsrecht, onrechtmatige daad en wanprestatie. Mogelijk is dit pas wanneer eerst de contouren van deze rechtsfiguren voldoende scherp zijn gesneden. Op dit voorbereidend werk valt hier alle nadruk.'⁵⁹

Nieuwenhuis was tot in zijn laatste dagen betrokken bij de opleiding en vorming van jonge juristen. Al meer dan veertig jaar lezen eerstejaars rechtenstudenten zijn *Hoofdstukken*. Kort voor zijn overlijden volgden buitenlandse masterstudenten hem op een fietstocht door de bollenvelden boven Leiden, na een cursus *Comparative Tort Law*. Hij had nog een tocht met jonge collega's naar Leuven in de pen. Twee dagen na zijn overlijden op 18 juni 2015 zijn zij gegaan, volgens zijn aanwijzingen.

Wat hebben dit voorbereidende werk en de relativering ervan opgeleverd? De valorisatievraag laat zich beantwoorden met de uitspraak van rechter Woolsey, die elf jaar vóór Nieuwenhuis' geboorte een oordeel moest geven over de zedelijkheid van *Ulysses*, het boek van de hand van James Joyce. Moest dit boek vol schunnigheden geschikt zijn voor de ogen van de jongste dochter van de rechter? Moest het worden beoordeeld met de mildere maatstaf van Learned Hand? Woolsey was ervan overtuigd dat de tijd rijp was om groter gewicht toe te kennen aan de inte-

griteit van de schrijver. Hoewel uit de uitspraak niet blijkt hoe hij tot dit oordeel kwam – met 'something stronger than sherry' en 'a dripping razor in his left hand'⁶⁰ – de motivering getuigt van ruimtelijk inzicht, tijdsbesef en weegvermogen:

'The words which are criticized as dirty are old Saxon words known to almost all men and, I venture, to many women, and are such words as would be naturally and habitually used, I believe, by the types of folk whose life, physical and mental, Joyce is seeking to describe. In respect of the recurrent emergence of the theme of sex in the minds of his characters, it must always be remembered that his locale was Celtic and his season spring.'⁶¹

Hans Nieuwenhuis: *his season was spring*.

Verder lezen

De annotaties, artikelen, boeken, oraties en preadviezen van Hans Nieuwenhuis zijn door Otto Nieuwenhuis ondergebracht op een speciale website bij de Universiteit Leiden. Het merendeel is *open access* te raadplegen. De lezers van *Ars Aequi* zijn van harte uitgenodigd een bezoek te brengen aan www.law.leidenuniv.nl/nieuwenhuis.

Nieuwenhuis' laatste boek – *Een steeds hechter verbond. Europa op weg naar Europa* – verschijnt deze maand bij Uitgeverij Balans. Het boek zal worden gepresenteerd tijdens een symposium op dinsdag 27 oktober 2015, vanaf 15:00u in zaal A051 van het Kamerlingh Onnes Gebouw te Leiden. Zie voor meer informatie www.law.leidenuniv.nl.



- 59 J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht* (11e druk, bewerkt door M.C.I.M. Duynstee & O. Nieuwenhuis), Deventer: Kluwer 2015, voorwoord bij de 1e druk.
- 60 K. Birmingham, *The most dangerous book, The battle for James Joyce's Ulysses*, New York: Penguin Books 2014, p. 319-328.
- 61 District Court for the Southern District of New York 6 december 1933, 5 F.Supp. 182 (*United States/One Book Called 'Ulysses'*).