

DE REDACTIE PRIVAAT

DE KRACHT VAN DE VERBEELDING

Hoe is het gesteld met de kracht van de verbeelding in het recht? Toekenning van gelijke rechten aan mannen en vrouwen is het resultaat van de kracht van de verbeelding. Verbeelding moet worden onderscheiden van twee mentale activiteiten die voor de rechtsvinder evenzeer van belang zijn: waarneming en voorstelling. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Straatsburg) heeft de gelijke rechten van man en vrouw ter zake van de beslissing over voortplanting gebaseerd op human dignity and free will. Zijn dit hoog van de toren geblazen bellen van juridische verbeelding?

I. De drijvende kracht achter de vooruitgang in het recht

1. Verbeelding is de drijvende kracht achter de vooruitgang in het recht. De invoering van het vrouwenkiesrecht (1922), de afschaffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw (1956), het einde van de man als hoofd van de echtvereniging (1971); drie mijlpalen langs de weg naar de bevrijding van de vrouw uit de haar door de apostel Paulus aangezegde onderdanigheid ('ijverig in huis en zich schikken naar haar man')(1).

De fundering van deze mijlpalen wordt niet gevormd door voortschrijdend wetenschappelijk inzicht in de aard van man en vrouw, maar door de kracht van de verbeelding: *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal.*

Voor de auteur was deze waarheid geen aanleiding zijn slavin Sally Hemings vrij te laten. Bij zijn dood stond zij nog steeds vermeld op de inventarislijst: negerin, waarde vijftig dollar. Enkele jaren geleden bleek uit DNA-onderzoek dat Thomas Jefferson met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de vader is van één of meer kinderen van Sally Hemings. Maar de verbeelding bleek op den duur sterker dan de auteur. De slavernij werd afgeschaft, ook in de overzeese

(1) Brief van Paulus aan Titus, 2:4-5.

gebiedsdelen van het Koninkrijk der Nederlanden, en sedert 1980 schrijft de wet de gelijke behandeling van mannen en vrouwen voor.

2. Verbeelding moet worden onderscheiden van twee andere mentale activiteiten die voor de rechtsvinding evenzeer van belang zijn: waarneming en voorstelling. Duchateau valt in de halfduistere gang van café De Munt in een keldergat. Sjouwerman had het kelderluik laten openstaan. Van waarneming is sprake wanneer de rechter, vergezeld van de griffier, bij gelegenheid van een plaatsopneming en bezichtiging, een bezoek brengt aan café De Munt om zich zelf op de hoogte te stellen van de zichtbaarheid van het open keldergat. Geen begrip van recht zonder voorstelling van ruimte, tijd en gewicht.⁽²⁾ Hoe is begrip van recht mogelijk? De vraag klinkt Kantiaans. Hoe is zuivere wiskunde mogelijk? Dit probleem is het begin *Kritik der reinen Vernunft* van Immanuel Kant. Heldere voorstelling (*Anschauung*) van ruimte is noodzakelijke voorwaarde voor kennis van meetkunde. Wij kunnen, ook zonder steun van een *Powerpoint*-presentatie, ons een voorstelling maken van een driehoek. Wij zien 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 größ er sind, als die dritte, niemals aus allgemeinen Begriffen von Linie und Triangel, sondern aus der Anschauung und zwar a priori mit apodiktischer Gewißheit abgeleitet.'⁽³⁾

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. 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

(2) Zie daarover J.H. Nieuwenhuis, *RMThemis* 2007, p. 227 e.v.

(3) Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 39.

succesvol hebben voltooid en gezond en wel weer hebben plaatsgenomen achter zijn glas bier.

3. 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.

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.'(4)

Stel, Duchateau is een zwangere vrouw die door de val in het keldergat een miskraam krijgt en daardoor de laatste mogelijkheid verliest een kind te krijgen dat biologisch aan haar verwant is. De rechter die op grond van zijn geslacht nooit aan den lijve zal ervaren wat zwangerschap inhoudt, zal zich, als de gelegenheid hem daartoe noopt, verdiepen in de vraag wat het voor een vrouw betekent om de laatste kans te verliezen een kind te krijgen dat biologisch aan haar verwant is. De kracht van zijn verbeelding moet hem het antwoord verschaffen.

II. Man en vrouw; een wereld van verschil

4. Terug naar Jefferson: *All men are created equal*; hoe verzin je het? De wetenschap laat geen kans voorbijgaan om deze verbeelding te ontmaskeren. *Sex differences in jealousy in evolutionary and cultural perspective* (Bram P. Buunk et al., 1996):

'Stel je voor dat je erachter komt dat je partner geïnteresseerd raakt in een ander. Wat zou je erger vinden, wat zou je meer storen? (kies één mogelijkheid): A. je voorstellen dat je partner een diepe, emotionele band met die ander ontwikkelt; B. je voorstellen dat je partner hartstochtelijk seksueel contact met die ander heeft.'

(4) Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, London 1759, I,i,i.

Uit de antwoorden op deze vraag, voorgelegd aan mannen en vrouwen in de Verenigde Staten, Duitsland en Nederland komt naar voren dat voor mannen vooral onverdraaglijk is de gedachte dat hun vrouw seksueel contact heeft met een ander. Vrouwen raken eerder van slag bij de gedachte aan emotionele ontrouw van hun man. De verklaring voor dit verschil putten de onderzoekers uit de evolutionaire psychologie. Is dit kind wel mijn kind? Het evolutionaire gegeven dat bij de mens de bevruchting plaatsvindt in het lichaam van de vrouw heeft ertoe geleid dat vrouwen door die vraag minder worden gekweld dan mannen. *Mater semper certa*. De man daarentegen heeft in tien procent van de gevallen gegronde redenen om zich af te vragen: is dit kind wel mijn kind? De twijfel is daarom zo onrustbarend, omdat de man altijd het risico loopt tijd en geld te investeren in een genetisch vehikel dat niet *zijn* genen bevat, aldus Buunk *et al.*

5. Een vrouw heeft zorgen van andere aard. Meer dan door diens incidenteel buitenechtelijk geslachtsverkeer loopt de vrouw door het ontkiemen van een emotionele band tussen haar man en een ander het gevaar zijn steun bij de opvoeding van haar kinderen te verliezen. Uit het onderzoek blijkt dat de verschillen tussen mannen en vrouwen als het gaat om de onrust die bij hen wordt gewekt door de twee typen van buitenechtelijke bedrijvigheid (seksueel dan wel emotioneel) in de Verenigde Staten groter zijn dan in Nederland en Duitsland. De onderzoekers bevelen aan ook onderzoek te verrichten in landen waar nog sterker dan in de Verenigde Staten de nadruk valt op het verschil tussen mannen en vrouwen, Iran bijvoorbeeld. Gezien de rol van seksuele jaloezie bij huiselijk geweld en doodslag, heeft dit onderzoek volgens Buunk *et al.* de hoogste prioriteit.

6. De vraag is: wat moet het recht met deze evolutionaire en culturele perspectieven? Zij bieden ongetwijfeld een adequate *verklaring* voor de in sommige Turkse kringen diep gewortelde opvattingen over familie-eer (*namus*), bestaande in de onvoorwaardelijke kuisheid van de tot de familie behorende vrouwen. Ook voor de psychische druk om een schending van die eer met bloed te wreken, bestaat begrip. Maar in het recht heeft nooit gegolden: *tout comprendre, c'est tout pardonner*. Verzachtende omstandigheden leveren verwijzingen naar de uit de *namus* voortvloeiende verplichting tot eerwraak niet op. Integendeel, de rechter zal de dader hardhandig confronteren met de kracht van de verbeelding van het Nederlandse recht: respect voor het recht op leven.

7. Is dit kind, wiens opvoeding en verzorging ik voor mijn rekening neem, wel mijn kind? De twijfel knaagt. Maar ook een andere vraag houdt de mannelijke gemoederen danig bezig: is mijn kind, dat thans verblijft bij mijn ex-vrouw en haar nieuwe vriend, aldaar wel in goede handen? Kinderontvoering en het doden van zowel kind als zichzelf zijn niet zelden het resultaat van deze frustratie. Moeten we niet, om dit zoveel mogelijk te voorkomen, de man het recht verlenen om te verhinderen dat hij ongewild vader wordt van een kind, geboren uit een vrouw met wie de relatie inmiddels is verbroken? Moderne ontwikkelingen in de voortplantingstechniek hebben deze vraag actueel gemaakt.

III. De kracht van de verbeelding: *human dignity and free will*

8. Omdat bij Natallie Evans de eierstokken verwijderd moesten worden, zijn zij en haar vriend Howard Johnston in 2001 begonnen aan een IVF-behandeling. Met behulp van haar eicellen en zijn sperma zijn *in vitro* zes embryo's tot stand gebracht en opgeslagen in de vrieskist van de kliniek. Een jaar later strandt de relatie en trekt Johnston de toestemming tot het gebruik van de embryo's in. Naar Engels recht zijn beide partijen bevoegd tot het moment van implantatie de toestemming tot het gebruik van de embryo's in te trekken. Voor Natallie Evans zou toepassing van die regel betekenen dat voor haar de laatste kans op een kind dat genetisch aan haar verwant is, zou zijn verkeken. Die laatste kans werd haar inderdaad ontnomen toen het Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg op 10 april 2007 haar klacht, dat het Engelse recht in strijd was met haar recht op respect voor haar privé- en gezinsleven, verwierp. Het Hof zette hoog in: *respect for human dignity and free will* liggen ten grondslag aan de regel dat beide partijen bij de donatie van genetisch materiaal (eicellen en sperma) op voorhand weten dat daarvan geen gebruik zal worden gemaakt zonder zijn of haar voortdurende toestemming (*continuing consent*).⁽⁵⁾

9. *Human dignity and free will*; hoog van de toren geblazen bellen van juridische verbeelding? Bestaan zij echt: de menselijke waardigheid en de vrije wil? In ieder geval is hun bestaan niet vatbaar voor wetenschappelijke bevestiging of ontkenning. De Amerikaanse psycholoog

(5) Europees Hof voor de rechten van de mens, 10 april 2007, nr. 6339/05; Evans v. Verenigd Koninkrijk.

Skinner heeft in zijn boek *Beyond Freedom and Dignity* (1971) de vloer aangeveegd met het troeteldier van het recht: *autonomous man (...) defended by the literatures of freedom and dignity*. Deze spookgestalte moet zo snel mogelijk worden opgeruimd om plaats te maken voor de mens die vatbaar is voor de nieuwe *technology of behavior*. Prent wetgevers en rechters in dat zij wetten moeten maken, beslissingen moeten nemen die het welbevinden maximaliseren door de hoeveelheid onlust te minimaliseren. Toegepast op het conflict van Natallie Evans en Howard Johnston betekent dit dat de wetgever de rechter een regel moet aanreiken die het hem mogelijk maakt zijn beslissing te laten afhangen van het antwoord op de vraag op welke wijze de totale hoeveelheid onlust zo gering mogelijk blijft. Laat psychologen onderzoeken hoeveel onlust bij Natallie Evans wordt teweeggebracht als zij te horen krijgt dat zij een kind dat genetisch aan haar verwant is, kan vergeten en zij moet omzien naar gedragsalternatieven: berusten in kinderloosheid of adoptie van een kind. Laat psychologen ook peilen hoeveel onlust Howard Johnston te verwerken krijgt als hem wordt medegedeeld dat hij, ondanks het feit dat zijn relatie met Natallie Evans is verbroken, toch vader wordt van het kind dat zij ter wereld zal brengen. Beslis vervolgens ten nadele van die partij die daardoor de minste onlust ondervindt.

10. Het recht moet geen stap zetten op de zojuist in kaart gebrachte markt van welzijn en geluk. De afwijzing van de eis van Natallie Evans mag niet worden gegrond op de omvang van het leed dat Howard Johnston ondervindt als hij vader wordt van een kind, geboren uit een vrouw met wie de relatie is verbroken. De beslissing dient te worden bepaald door de klassieke perspectieven van de verbeelding van het recht: menselijke waardigheid en de vrije wil. Luister naar Pico della Mirandola in zijn rede over de menselijke waardigheid (*Oratio de hominis dignitate*; 1486). God, de meest voortreffelijke bouwmeester (*optimus opifex*), richt het woord tot de mens:

U zal, vrij van iedere beperking, volgens uw eigen vrije wil, in wiens hand ik U heb geplaatst, uw eigen natuur bepalen. (...) U kan, omlaag, in het dierlijke ontaarden; U kan uit eigen wilsbesluit worden herboren, omhoog, in het goddelijke.(6)

(6) Pico della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate*, Reclam Stuttgart: 'Tu nullis angustiis coercitus pro tuo arbitrio, in cuius manu te posui, tibi illam (naturam; jhn) praeinies. (...) Poteris in inferiora, quae sunt bruta, degenerare, poteris in superiora, quae sunt divina, ex tui animi sententia regenerari.'

Voor Pico is de menselijke waardigheid gelegen in de mogelijkheid van de mens zich te verheffen boven het dierlijke. Deze visie wordt niet ondermijnd door recente resultaten van evolutionair biologisch onderzoek, waarin de mens wordt onthuld als 'de derde chimpansee', die ruim 98% van zijn DNA met zijn beide naaste verwanten, de gewone chimpansee en de bonobo, gemeen heeft.⁽⁷⁾ Maar als het aankomt op het verlenen van gelijke rechten aan man en vrouw ter zake van de beslissing over voortplanting, strekt het gedrag van onze verwanten nauwelijks tot voorbeeld:

'Het systeem van de chimpansee, waarin verschillende volwassen mannetjes mogelijk met hetzelfde bronstige vrouwtje paren, zou voor ons ook niet werken. Dit stelsel heeft tot gevolg dat een chimpansee-vader geen flauw benul heeft welke kinderen in de groep hij verwekt heeft.'⁽⁸⁾

11. Terug naar de verbeelding; stel, Natallie Evans zou van mening zijn veranderd en liever kinderloos blijven dan een kind van Johnston baren, en het zou Johnston zijn die, inmiddels onvruchtbaar geworden, op zoek gaat naar een draagmoeder die bereid is om een van de in de kliniek bewaarde embryo's te laten implanteren. Voor Johnston is dit de enige kans om vader te worden van een kind dat genetisch aan hem verwant is. Het lijkt geen twijfel dat Natallie Evans bevoegd is haar veto uit te spreken over deze gang van zaken. Ook zij heeft het recht te voorkomen dat zij de (biologische) moeder wordt van een kind van een man met wie de relatie is verbroken. De gelijke rechten van man en vrouw om te verhinderen dat met behulp van hun genetisch materiaal een zwangerschap tot stand komt, vloeien voort uit hun autonomie. Die rechten worden in geen enkel opzicht ondergraven door de omstandigheid dat de evolutie aan man en vrouw volstrekt ongelijke rollen heeft toebedeeld waar het gaat om de voortplanting van de menselijke soort. In het recht is de kracht van de verbeelding nog ongebroken.

HANS NIEUWENHUIS

Hoogleraar Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden⁽⁹⁾

(7) Jared Diamond, *De derde chimpansee*, evolutie en toekomst van het dier dat mens heet, Utrecht 2001.

(8) De derde chimpansee, p. 90.

(9) Deze bijdrage is een bewerking van een voordracht gehouden op 17 november 2007 in Gent, bij gelegenheid van de viering van zestigjarig bestaan van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Zij steunt mede op publicaties in *De Gids* 2007, p. 590 e.v. en *RMThemis* 2007, p. 227 e.v.