

Tot hier en niet verder

Prof. mr. J.W.A. Biemans en prof. mr. A.G. Castermans

Barmhartigheid en burgerlijk recht hebben op het oog niets met elkaar te maken, en tegelijk alles. De ontwerper van de Faillissementswet 1893, Molengraaff, over het in 1915 geldende overmachtsbegrip:

‘Wie geld schuldig is, moet betalen, op straffe van veroordeeling daartoe met executie of van faillietverklaring. Verklaart hij geen geld te hebben en zich geen geld te kunnen verschaffen, omdat hij geen crediet heeft, hij wordt niet gehoord, doch desondanks veroordeeld. (...) Wie geld schuldig is, moet maar zorgen, dat hij het heeft.’¹

Het citaat geeft een beeld van de harde, onbarmhartige wet die vanwege de autonomie van de burger en het belang van rechtszekerheid, toch rechtvaardig mag heten. Dezelfde Molengraaff noteerde eerder een rechtsontwikkeling waarin van de schuldeiser per saldo enig mededogen met de schuldenaar wordt gevraagd:

‘Meer en meer wint de overtuiging veld, dat het dogma der contractsvrijheid, dat (...) wetgeving en wetenschap in deze eeuw was gaan beheerschen, niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is opnieuw gaan inzien, dat er hogere beginselen zijn dan het *pacta esse servanda*, dat het recht slechts dan een *ars boni et aequi* mag heten, als het in overeenstemming is met ethische beginselen en tot doorvoering daarvan medewerkt. De contractsvrijheid mag niet leiden tot den economischen ondergang van een der partijen, tot het opleggen van verplichtingen, die de krachten van den schuldenaar te boven gaan, tot wat de Duitschers noemen “Ausbeutung”, uitzuiging van de tegenpartij. Waar dat geschiedt trede de rechtsorde, welke tevens behoort te wezen eene zedelijke orde, tusschen beide en roepe een tot hier en niet verder toe, die hare instellingen tracht te misbruiken tot door ons zedelijkheids- en billijkheidsgevoel gewraakte doeleinden.’²

1. W.L.P.A. Molengraaff, *De gevolgen van den oorlog op handelsovereenkomsten, in het bijzonder op leveringscontracten* (rede voor het Rotterdam leeskabinet), Utrecht: A. Oosthoek 1915.
2. W.L.P.A. Molengraaff. ‘Oude en nieuwe woekerwetten’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 376.

Tot hier en niet verder. In dit preadvies verkennen wij waar de grens ligt, eerst en vooral in het contractenrecht, maar ook daarbuiten, op het brede terrein van het burgerlijk recht. Moet er ruimte voor barmhartigheid in het burgerlijk recht zijn, is die ruimte er? Deze vragen vergen onontkoombaar een definitie van barmhartigheid en een onderzoek naar de verhouding ervan tot het recht in het algemeen en het vermogensrecht in het bijzonder (deel I). Vervolgens spitsen wij het onderzoek toe op de grenzen aan kredietverlening (deel II) en de mogelijkheden voor een bijdrage van het burgerlijk recht aan het behoud van bestaanszekerheid (deel III). Wij sluiten af met conclusies en aanbevelingen.

Wij danken Niels Demper, student assistent bij de afdeling burgerlijk recht van de Universiteit Leiden, voor zijn inspirerende bijdragen aan de totstandkoming van dit preadvies.

Deel I Barmhartigheid

‘Let us not fall into humiliating indifference or a monotonous routine that prevents us from discovering what is new! Let us ward off destructive cynicism! Let us open our eyes and see the misery of the world, the wounds of our brothers and sisters who are denied their dignity, and let us recognize that we are compelled to heed their cry for help! May we reach out to them and support them so they can feel the warmth of our presence, our friendship, and our fraternity! May their cry become our own, and together may we break down the barriers of indifference that too often reign supreme and mask our hypocrisy and egoism!’

Paus Franciscus, *Misericordiae Vultus*³

3. Bul met de afkondiging van het buitengewoon jubileum van de barmhartigheid (2015), onder 15. Zie: https://w2.vatican.va/content/francesco/en/bulls/documents/papa-francesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.html.

Hoofdstuk 1

Barmhartigheid en privaatrecht

Prof. mr. J.W.A. Biemans en prof. mr. A.G. Castermans

1.1 Barmhartigheid in de Bijbel

Aan de vraag of barmhartigheid zich laat vertalen naar privaatrecht, en zo ja, op welke wijze, gaat de vraag vooraf wat barmhartigheid inhoudt. Het concept zal onderzocht worden aan de hand van de christelijke traditie, waaraan de barmhartigheid in de westerse cultuur haar bekendheid dankt. Dit neemt niet weg dat ook andere godsdiensten en culturen barmhartigheid niet vreemd is,⁴ en dat er in onze multiculturele samenleving behoefte bestaat aan een seculiere fundering van barmhartigheid en vergeving.⁵

Op 8 december 2015 opende paus Franciscus het jubeljaar met de opening van de Heilige Deur van de Sint-Pieter.⁶ Het jubeljaar stond in het teken van de barmhartigheid en de paus riep de kerk op gehoor te geven aan de Bijbelse opdracht van barmhartigheid:

‘In this Holy Year, we look forward to the experience of opening our hearts to those living on the outermost fringes of society: fringes which modern society itself creates. How many uncertain and painful situations there are in the world today! (...) During this Jubilee, the Church will be called even more to heal these wounds, to assuage them with the oil of consolation, to bind them with mercy and cure them with solidarity and vigilant care.’⁷

4. Zoals in de boeddhistische, islamitische en oosters-orthodoxe traditie, zie A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 29-53.
5. N.J.H. Huls, *Vergeef ons vaker onze schulden. Naar een schone lei 2.0* (afscheidscollege Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 91-92, die voor de seculiere fundering van schuldvergeving een beroep doet op de filosofen Hannah Arendt en François Ost, zoals o.a. uitgewerkt in N.J.H. Huls, ‘Schuldvergeving als rechtsprincipe’, *R&R* 2003/3, p. 257-270. Voorts: B. Wessels, ‘Waarom vergeven wij onze schuldenaren?’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011/8, p. 3-11.
6. <https://nos.nl/artikel/2073810-paus-franciscus-opent-heilig-jaar.html>.
7. Zie Paus Franciscus, *Misericordiae Vultus, Het gelaat van de Barmhartigheid – Afkondiging van het Buitengewone Jubileum van de Barmhartigheid* (8 december 2015), onder 15, geraadpleegd op https://w2.vatican.va/content/francesco/en/bulls/documents/papa-francesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.html. Ook: Paus Franciscus, *Misericordia et misera. Barmhartigheid en ellende – na de sluiting van het Heilig Jaar van de Barmhartigheid* (20 november 2016), https://w2.vatican.va/content/francesco/en/apost_letters/documents/papa-francesco-lettera-ap_20161120_misericordia-et-misera.html en Paus Franciscus, *De naam*

Hierin klinkt een definitie door van barmhartigheid als ‘de onvoorwaardelijke toewijding tot een mens die zich op den een of andere manier in een zwakke positie bevindt’.⁸ Deze onvoorwaardelijke toewijding toont zich praktisch in de zeven werken van barmhartigheid zoals te vinden in het Mattheüs-evangelie: het spijzen van de hongerigen, het laven van de dorstigen, het kleden van de naakten, het herbergen van vreemdelingen, het verzorgen van de zieken, het bezoeken van de gevangenen en – zoals later toegevoegd – het begraven van doden.⁹ In de middeleeuwen ontstonden daarnaast de zeven geestelijke werken: de zondaars vermanen,¹⁰ de onwetenden beleren,¹¹ de bedroefden troosten,¹² in moeilijkheden goede raad geven, het onrecht geduldig lijden,¹³ beledigingen vergeven;¹⁴ en voor de levenden en overledenen bidden.¹⁵

De barmhartigheid kenmerkt zich door daden. Daarmee onderscheidt het zich van gevoelens als compassie of medelijden. De zeven lichamelijke en geestelijke werken van barmhartigheid vragen steeds om concrete handelingen van de barmhartige jegens degene die in nood verkeert.

Het verlenen van barmhartigheid is geen zaak van hooghartigheid:

‘Niet als het trotse werk van degene die alles in huis heeft en daarom kan helpen – dat zal de zwakke mens alleen maar nog meer vernederen – maar als echte menselijke toewijding van iemand die weet dat hij net zo goed in een situatie van zwakheid terecht kan komen, dat hij vroeg of laat de barmhartige is, die barmhartigheid nodig heeft. Dan is het werk gedragen door waardering; dan knapt de zwakke ook op van de kwetsuur van zijn waardigheid.’¹⁶

van God is genade. De paus in gesprek met Andrea Tornielli, Amsterdam: The House of Books 2016. Zie over de sociale rechten en plichten, zoals die mede bepaald worden door de werken van barmhartigheid, het compendium van de sociale leer van de kerk, te vinden op www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_nl.html.

8. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 4 (lezing gegeven op 14 december 2016 te Merkelbeek voor de religieuze gemeenschap ‘Het Werk’; manuscript raadpleegbaar bij de auteur). Vgl. C.M. Wulf, ‘Vergebung schenken und empfangen – eine ganzmenschliche Herausforderung’, *Theologie der Gegenwart* 2016, 59/2, p. 94-105; C.M. Wulf, *Een antropologie van de christelijke ethiek. Beschuldigd – bevrijd – bemind. Inleiding in de moraaltheologie*, Almere: Parthenon 2013, p. 76 e.v.
9. Zie Mattheüs 25:34-46. Het begraven van de doden is ontleend aan het (apocriefe) Bijbelboek Tobit 1:20.
10. Vgl. Lukas 10:15.
11. Vgl. Markus 4:34.
12. Vgl. Johannes 11:1-44.
13. Vgl. Mattheüs 9:36. Dat doet de vredestichter.
14. Vgl. Lukas 23:34. Dat doen de zachtmoedigen.
15. Vgl. Markus 6:46; Lukas 5:16 en 11:1.
16. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 4.

Hooghartigheid zou te minder relevant zijn, indien barmhartigheid in verband kan worden gebracht met het recht.

1.2 Barmhartigheid en de wet

De eerste associatie bij de verhouding tussen barmhartigheid en recht zal zijn dat een barmhartige oplossing in het concrete geval een afwijking van de toepasselijke wettelijke regel zal inhouden. Dit lijkt ook te volgen uit de woorden van de paus:

‘Perhaps we have long since forgotten how to show and live the way of mercy. The temptation (...) to focus exclusively on justice made us forget that this is only the first, albeit necessary and indispensable step. But [we need] to go beyond and strive for a higher and more important goal.’¹⁷

Toch geldt *justice* als uitgangspunt, aldus de paus, waarbij hij ook het oog zou kunnen hebben op wat het positief recht meebrengt:

‘Yet this does not mean that justice should be devalued or rendered superfluous. On the contrary: anyone who makes a mistake must pay the price.’¹⁸

Dit volgt ook uit het Nieuwe Testament, waarin Jezus pleit voor de ‘blijvende geldigheid’ van de wet.¹⁹ God kan een streng vonnis vellen over degene die de wet niet naleeft, bijvoorbeeld over de ‘mensen die de huizen van de weduwen opeten’.²⁰ Ongerechtigheid moet bij naam genoemd worden en duidelijk moet zijn wie de dader en wie het slachtoffer is, omdat anders ‘de verwondingen van de ongerechtigheid niet kunnen helen. Dus: niet te snel in de barmhartigheid schieten, want anders wordt de barmhartigheid tot ongerechtigheid.’²¹ Toch vormt de schuld of de erkenning van de door de schuldenaar te betalen prijs slechts het begin van de kennismaking met de goddelijke rechtvaardigheid:

17. *Misericordiae Vultus*, onder 10.

18. *Misericordiae Vultus*, onder 21.

19. Vgl. Mattheüs 5:17-48. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 8-11.

20. Vgl. Markus 12:38-40.

21. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 11. Vgl. in het kader van de schuldvergeving (WSNP) ook B. Wessels, ‘Waarom vergeven wij onze schuldenaren?’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011/8, p. 3-11, die betoogt dat de schone lei geen gemakkelijke uitweg mag worden voor de berekende burger die slechts zijn eigen belang najaagt.

‘God does not deny justice. He rather envelops it and surpasses it with an even greater event in which we experience love as the foundation of true justice.’²²

God is barmhartig én rechtvaardig.²³ Het Nieuwe Testament legt de nadruk vooral op de barmhartigheid en bevat dan ook tal van voorbeelden, zowel in de verhalen die Jezus vertelt over het barmhartig handelen van andere mensen,²⁴ als in handelingen die Jezus zelf verricht.²⁵ Centraal staan daarbij de noties van liefhebben en vergeving.²⁶ Die zijn niet in strijd met de wet: de geest van de wet is juist gelegen in de liefde voor God én de naaste.²⁷ Niet alleen de letter, maar ook de geest van de wet moet in acht worden genomen.²⁸

Deze laatste gedachte, dat de geest van de wet soms boven de letter van de wet gaat, sluit aan bij de ideeën van de Griekse filosoof Aristoteles, waarnaar bijvoorbeeld ook Paul Scholten en Hans Nieuwenhuis verwijzen.²⁹ De wet zonder barmhartigheid leidt tot ongerechtigheid volgens de bekende stel-

22. *Misericordiae Vultus*, onder 21.

23. Vgl. bijvoorbeeld de Heidelbergse Catechismus, Zondag 4, vraag 11, die ingaat op de perceptie dat een intrinsiek conflict zou bestaan tussen barmhartigheid en rechtvaardigheid. Deze perceptie komt ook naar voren in de religieuze traditie van Anselmus, Abelard, Van Aquino, Luther en Calvijn: ‘they all retained [Anselm’s] crucial premise that justice is the baseline against which mercy must be defined: it is an act of liberality that goes beyond or even contradicts what justice requires. None of them would go so far as to say that justice is the opposite of mercy because they all believed that justice and mercy are essential attributes of God, making it problematic to call them opposites’ (A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 264).

24. Zie naast de eerdergenoemde werken van barmhartigheid in Mattheüs 25:34-46, bijvoorbeeld Mattheüs 7:1-6 (‘Oordeel niet!’); Lukas 17:3b-4 (Vergeven); Mattheüs 9:12-13 (Arts voor de zieken); Lukas 15:11-22 (De verloren zoon; barmhartigheid van de vader tegenover de jongere zoon); Lukas 15:23-32 (Barmhartigheid van de vader tegenover de oudere zoon); Lukas 10:29-37 (Barmhartige Samaritaan).

25. Zie bijvoorbeeld Markus 1:40-45 (Reiniging van een melaatse); Mattheüs 14:13-21 (Jezus geeft vijfduizend mensen te eten); Lukas 7:36-50 (Aan tafel bij een farizeeër; een zondige vrouw); Johannes 10:11-16 (De goede herder); Mattheüs 11:25-27 (Een dankgebed). Jezus’ ultieme daad van barmhartigheid voor de mensheid is gelegen in zijn kruisdood; vgl. Hebreëën 10:10.

26. Bijvoorbeeld Johannes 13:34: ‘Een nieuw gebod geef ik u, namelijk dat u elkaar liefhebt; zoals Ik u liefgehad heb, moet u ook elkaar liefhebben.’ en Mattheüs 6: 22: ‘En vergeef ons onze schulden, zoals ook wij onze schuldenaren vergeven.’

27. Vgl. Mattheüs 22:34-40.

28. Vgl. Lukas 10:25-37.

29. Zie Aristoteles, *Ethica Nicomachea* (350 v. Chr.) V, 7 en V, 14, waarover P. Scholten, ‘Rechtsbeginselen’, in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof.mr. Paul Scholten – Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 409 en 411. ‘Rechtsbeginselen’ was een voordracht gehouden voor de K.N.A.W. in 1935 en J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992, p. 7 e.v.

ling: ‘summum ius, summa iniuria’.³⁰ De meest rechtvaardige rechtsregel kan toegepast op een bijzonder geval, zonder met de bijzonderheden van dat bijzondere geval rekening te houden, tot onrechtvaardigheid leiden. De barmhartigheid heeft hier dan ook een aanvullende functie ten opzichte van de wet. Terwijl de wet aan iedereen hetzelfde recht tracht te geven, kijkt barmhartigheid naar het bijzondere geval en de enkeling, en probeert de barmhartigheid aldus een ieder het zijne te geven (‘suum cuique tribuere’), rekening houdend met de mogelijkheden en de beperktheden van iedereen, of, zoals juristen het zouden zeggen, met de omstandigheden van het geval. De wet en de barmhartigheid zijn daarmee beide verschijningsvormen van dezelfde gerechtigheid, waarbij de rechter de rol van barmhartige vervult.³¹ Dit doet denken aan het Engelse *Court of Equity*, waarin de rechter recht sprak op grond van de redelijkheid (*equity*), zulks in tegenstelling tot het rechtspreken op grond van het recht (*the law*), waarvoor een andere rechtsgang openstond.³² De barmhartigheid komt dan van een ander dan een partij zelf, namelijk van de rechter die in het concrete geval dient te beslissen en die in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen over barmhartigheid kan vertalen in privaatrechtelijke rechtsregels en aanverwante instituten.

Toch zal de barmhartigheid als onderdeel van het recht bij menig jurist de wenkbrauwen doen fronsen.³³ Is nu niet typerend voor de barmhartigheid dat het betonen ervan ter discretie van de barmhartige staat? Staat of valt de barmhartigheid niet juist met het persoonlijk initiatief?³⁴ Voor hen is opgelegde barmhartigheid – in de vorm van een afdwingbare rechtsplicht – geen barmhartigheid *meer*. Genade wordt dan recht.³⁵ Bijkomend

30. Cicero, *De Officiis I* (44 v. Chr.), 10, 33.

31. Zie P. Scholten, ‘Rechtsbeginselen’, in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof.mr. Paul Scholten – Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 409.

32. Vgl. W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema’s *common law & civil law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 42-58.

33. Zie bijvoorbeeld de afwijzing van barmhartigheid ter fundering van de rechterlijke matiging: C.D. Boeschoten, *HNJV* 1964, II, p. 42; P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden* (Mon. BW nr. A16), Deventer: Kluwer 2014, nr. 11, p. 14-16; J.M.M. Maeijer, boekbespreking *Rechterlijke matiging van schulden* van P. Abas, *NJB* 1984/42, p. 1335-1336; H.C.F. Schoordijk, boekbespreking *Rechterlijke matiging van schulden* van P. Abas, *WPNR* 1984, 5719, p. 715-717.

34. Vgl. A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 251-256, die stellen dat barmhartigheid ‘discretionary power’ met zich meebrengt.

35. Ontleend aan minister Klompé bij de invoering van de Algemene Bijstandswet, aangehaald door staatssecretaris Rutte bij de behandeling van de Wet Werk en Bijstand (28960) in de Eerste Kamer op 7 oktober 2003: ‘Zij is immers degene geweest die het beste heeft kunnen omschrijven waar het in het wetsontwerp in die tijd om ging, namelijk de kanteling van genade naar recht’; *Handelingen I* 2003/04, p. 2-43. Artikel 28

voordeel hiervan is het voorkomen van de willekeur die de particuliere, vrijwillige barmhartigheid – ingegeven door geloof, levensovertuiging of anderszins – met zich meebrengt. Dat risico bestaat in de woorden van Langemeijer hierin:

‘Iemand wordt dan in zijn nood wél of niet, meer of minder, bijgestaan, naarmate hij het geluk heeft in zijn omgeving wel of niet altruïstische gezinden aan te treffen, en aan de andere kant dragen deze meer dan hun evenredig deel aan onmisbare bijstand naarmate meer anderen daarbij tekortschieten. Ook kan men niet zeker zijn dat aldus alle bijstand, die onmisbaar is, ook wordt verleend.’³⁶

De willekeur waarvan sprake kan zijn bij ‘buitenwettelijke’ barmhartigheid, doet er evenwel niet aan af dat daden die volgens de wet afdwingbaar zijn – afzien van inning van vorderingen (Besluit breed moratorium), afzien van beslag op essentiële bestaansmiddelen (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) – nog steeds voldoende trekken van barmhartigheid vertonen, dat ze als zodanig kunnen worden aangemerkt. Het wezen van barmhartigheid is immers gelegen in de handeling in een specifieke context – de onvoorwaardelijke toewijding tot een mens die zich op den een of andere manier in een zwakke positie bevindt – zodat het uiteindelijk niet uitmaakt of de barmhartigheid in rechte afdwingbaar is of niet. Bovendien is de grens tussen wet en vrijwilligheid niet altijd scherp: wettelijke normen die open zijn geformuleerd, kunnen worden ingevuld mede aan de hand van door een schuldeiser vrijwillig onderschreven codes die kunnen getuigen van barmhartigheid. Ten slotte kan het, zoals gezegd, de rechter zijn die bij het hanteren van wettelijke bevoegdheden de ruimte heeft barmhartigheid te tonen. Zo bezien heeft het zin barmhartigheid in het burgerlijk recht te bestuderen.

1.3 Vertaling van barmhartigheid naar het privaatrecht

Spitsen we de barmhartigheid toe op de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, dan zal er sprake zijn van verlening van een voordeel of vermindering van nadeel door de schuldeiser ten behoeve van de schuldenaar. Deze begunstiging vindt plaats in een context van ongelijkheid tussen deze twee partijen.³⁷

van de Armenwet 1912 bepaalde dat ondersteuning *kan* worden verleend aan wie van anderen geen hulp kan krijgen. www.canonsociaalwerk.eu/nl/details.php?canon_id=31.

36. G.E. Langemeijer (bewerkt door E.J.H. Schrage), *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 10.

37. Vgl. A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 251-256. Het derde kenmerk dat zij onderscheiden is de ‘discretionary power’ zoals aan bod kwam in de vorige paragraaf.

Een dergelijke begunstiging resulteert er uiteraard in dat de ongelijkheid tussen schuldenaar en schuldeiser iets afneemt. In die zin is barmhartigheid in het privaatrecht controversieel voor civilisten. Het burgerlijk recht leent zich immers niet zonder meer voor het overbruggen van de kloof tussen arm en rijk of het verlenen van voordeel aan degene die in een benarde positie verkeert ten laste van een meer gefortuneerde. Zo betoogde Van Oven dat het privaatrecht niet dient te worden gebruikt voor herverdeling van vermogen tussen rijken en armen. Het dient eerder de status quo te beschermen. Indien vermogen op een juiste manier is verworven, wordt het beschermd door het contracten- en aansprakelijkheidsrecht, ongeacht hoe de totale welvaart vervolgens is verdeeld.³⁸ Ook Hartlief concludeerde dat een fundamenteel andere verdeling van de welvaart moeilijk via het vermogensrecht te realiseren valt.³⁹ Zij stonden en staan niet alleen in hun betoog. Het burgerlijk recht draait eerst en vooral om vergeldende rechtvaardigheid.⁴⁰

Eerst en vooral, maar niet louter:

‘Met de beste wil van de wereld kunnen privaatrechtelijke verschijnselen als ongelijkheidscompensatie, bescherming van zwakkeren, onevenredig getroffenen en andere miserabilae personae, schuldsaneringshulp, rechterlijke matiging en wellicht zelfs de categorie van ongelukkige samenloop van omstandigheden in het recht van gevaarstelling, niet worden verklaard met een beroep op zuivere vergeldende rechtvaardigheid – in welke omschrijving dan ook.’⁴¹

38. A. van Oven, *Aere Perennius, over de vergankelijkheid van het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 20-21.
39. T. Hartlief, ‘Autonomie en Solidariteit: bewegingen in het verbintenissenrecht’, *WPNR* 2004/6564, p. 107.
40. C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973, p. 5 en 18; F.A.J. Gras, ‘Privaatrecht en problematische schulden; de nieuwe gerechtigheidsgedachte in het burgerlijk vermogensrecht’, *RMThemis* 1991, p. 442; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 5-10 en ‘Autonomie en Solidariteit: bewegingen in het verbintenissenrecht’, *WPNR* 2004/6564, p. 106-116; P.A.M. Meijknecht, ‘Armoede en rijkdom in het privaatrecht’, in: J. van Nieuwenhove e.a., *Armoede, rijkdom en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 33-46.
41. W.H. van Boom, *Verrijdingsafdracht en aansprakelijkheid* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 90-91. Valkhoff sprak in 1938 al over een ontwikkeling waarin het privaatrecht minder individualistisch en meer sociaal is geworden: J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: Arbeiderspers 1938. Als belangrijk aspect hiervan noemde Langemeijer beschermingsgedachte, ‘de enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte’ die zich na de totstandkoming van het BW van 1838 in het vermogensrecht een plaats veroverd heeft. G.E. Langemeijer (bewerkt door E.J.H. Schrage), *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 90.

De bescherming van het kwetsbare individu is dus wel degelijk van belang voor de inhoud en toepassing van het burgerlijk recht.

De redenen hiervoor zijn divers, gelegen in bijvoorbeeld een soepel lopend rechtsverkeer, de autonomie van de persoon of de verwezenlijking van de menselijke waardigheid, de billijkheid in concrete gevallen. Toch zijn in allerlei wettelijke bepalingen ook trekken van het gelaat van de barmhartigheid zichtbaar. Een te laag loon of te hoge huurprijs kan worden geconverteerd in het minimum- of juist maximumbedrag. Hierbij gaat het in de kern om het bieden van toegang tot een behoorlijk inkomen en een dak boven het hoofd. De beslagverboden zorgen ervoor dat een aan lager wal geraakte schuldenaar een bestaansminimum overhoudt en dat essentiële bestaansmiddelen onaangetast blijven. Het is niet moeilijk hierin een vorm van lichamelijke barmhartigheid – het spijzen van hongerigen, het laven van dorstigen, het kleden van naakten, het herbergen van vreemdelingen – te herkennen.

Ook geestelijke werken van barmhartigheid – met name het vermanen van zondaars, beleren van onwetenden en geven van goede raad in moeilijkheden, het onrecht geduldig lijden – zijn recht geworden in verschillende regelingen binnen het privaatrecht: regels inzake ingebrekestelling, precontractuele en contractuele informatieverplichtingen, bijzondere zorgplichten in het kader van toetsing van kredietwaardigheid en uitwinning van zekerheden, limitering van incassokosten en kredietvergoeding en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid bij het opzeggen van duurovereenkomsten. Gaat het om het vergeven van schulden of het geduldig lijden van onrecht, dan komt de afstand van schuldvorderingen, het breed moratorium en de schuldsanering natuurlijke personen in beeld.

Daarbij bieden open normen de rechter de mogelijkheid in het concrete geval barmhartigheid te tonen. Het privaatrecht bevat daar tal van: misbruik van bevoegdheid, nietigheid wegens strijd met goede zeden, aanvullende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, onredelijk bezwarende bedingen, matiging van boete of schadevergoedingsverplichting, gewijzigde omstandigheden, ambtshalve toetsing en verdeling van bewijslast.⁴² De rechter kan zo ook de brug slaan tussen onverplichte daden van

42. Zie resp. art. 3:13, 3:40, 6:2, 6:248, 6:233 onder a, 6:162, 6:74, 6:94, 6:109 en 6:258 BW, vgl. art. 139 en 150 Rv. Denk ook aan bijzondere bepalingen, zoals in het erfrecht art. 4:5 BW, dat bepaalt dat de rechter op verzoek van de schuldenaar (de erfgenaam) 'wegens gewichtige redenen' kan bepalen dat een vordering tot voldoening van een geldsom (in verband met de (wettelijke) verdeling) pas na verloop van een bepaalde tijd opeisbaar is, hetzij ineens, hetzij in termijnen. Dat sprake is van barmhartigheid blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de rechter op een financiële instelling een bijzondere zorgplicht legt, die 'ertoe strekt particulieren wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht', en die volgt uit 'hetgeen waartoe de eisen van

barmhartigheid en de afdwingbare variant: indien in een bepaalde branche of sector sprake is van een onverplichte, maar steeds weerkerende vorm van barmhartigheid, dan kan de rechter een verkeersopvatting of rechts-overtuiging vinden, in het kader van bijvoorbeeld de toepassing van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) en de maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW).⁴³

1.4 Opzet en verantwoording

Het heeft zin barmhartigheid in het burgerlijk recht te bestuderen. Wij spitsen het onderzoek toe op de grenzen aan kredietverlening, waarbij achtereenvolgens wordt ingegaan op de geldlening tussen particulieren onderling (hoofdstuk 2), de kredietverlening door banken aan consumenten (hoofdstuk 3) en de financiering aan het MKB (hoofdstuk 4), waarbij met name de positie van de ondernemer als natuurlijke persoon achter de onderneming centraal zal staan. Hoewel kredietverlening niet de enige oorzaak is van schuldenproblematiek,⁴⁴ omdat bijvoorbeeld steeds vaker ook de overheid als belangrijkste schuldeiser fungeert, neemt de kredietverlening daarin een belangrijke plaats in en verdient het als zodanig aandacht. In de hoofdstukken 5 en 6 wordt vervolgens ingegaan op hoe het burgerlijk recht aan het behoud van bestaanszekerheid kan bijdragen respectievelijk de armlastige schuldenaar kan helpen door bestaande instituties in het burgerlijk recht in dat kader aan een nader onderzoek te onderwerpen. In hoofdstuk 7 komt de absolute minimumgrens in het beslag- en insolventierecht aan bod. Wij sluiten af met conclusies en aanbevelingen voor de wetgever vanuit het oogpunt van de barmhartigheid.

Het preadvies is een gedeeld project van beide preadviseurs geworden. Voorwoord, hoofdstuk 1, par. 7.4 over bankbeslag en de afsluiting zijn gezamenlijk geschreven; de hoofdstukken 2 t/m 4 zijn van de hand van Biemans; de hoofdstukken 5 t/m 7 zijn van de hand van Castermans. Het onderzoek is afgesloten per 1 september 2017. Nadien verschenen rechtspraak en literatuur zijn slechts sporadisch verwerkt.

redelijkheid en billijkheid een [financiële instelling], in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid [lees: overzicht], verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een dergelijke overeenkomst te willen aangaan'. Zie de rechtspraak inzake de effectenleaseovereenkomsten, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*); en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).

43. Zoals *soft law* kan veranderen in *hard law*. Zie I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 56-75 en A.G. Castermans, 'Nederlandse rechtsovertuigingen gevat in *soft law*', TPR 2014, p. 834-842.

44. Vgl. N.J.H. Huls, *Vergeef ons vaker onze schulden. Naar een schone lei 2.0* (afscheidscollege Leiden), Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2016, p. 92-93.