

Terugtrek van het schuldvereiste

*G.H.A. Schut**

1. Het boek van A. Wolfsbergen, in 1946 postuum verschenen en voorzien van een In memoriam van Meijers (de schrijver overleed in 1944 in Auschwitz), is het eerste zelfstandige werk dat in Nederland de rechtsfiguur van de onrechtmatige daad in haar geheel bespreekt. Terugkijkende op de nadien verschenen literatuur over dit onderwerp, moet geoordeeld worden dat het maar een beperkte invloed op de meningsvorming heeft uitgeoefend, wellicht omdat het daarvoor te vooruitstrevend en te weinig in lijn met de destijds heersende opvattingen was. Nu, vijftig jaar later, leert herlezing van dit boek dat veel van wat toen door deze scherpzinnige jurist is bedacht en overwogen, inmiddels in ruime kring is aanvaard en praktisch geworden. Dit blijkt in het bijzonder met betrekking tot schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

2. In het Voorwoord zet de schrijver uiteen dat de gevolgde gedachtingengang drieledig is. Uitgangspunt (en voornaamste stelling) is dat de constituerende elementen van de onrechtmatige daad zeer nauw met elkaar samenhangen. Daarbij zit de rechtspraak op het juiste spoor door dezelfde feiten nu eens vanuit de causaliteit, dan weer vanuit de onrechtmatigheid of de schuld te bezien en te behandelen. Daarnaast stelt hij dat historische interpretatie niet boven andere methoden van uitleg mag worden geplaatst. Ten slotte betoogt hij dat de rechter zich bij zijn beslissing niet door knellende wetsteksten of wetenschappelijke begrippen moet laten belemmeren. Hieraan voegt hij toe tot de slotsom te zijn gekomen dat de rechter geen gewrongen constructies behoeft te gebruiken en dat hij 'met enige verbazing' heeft kunnen constateren dat in ons door de rechtspraak gevormd recht op diverse

* Mr. G.H.A. Schut is raadsheer in het gerechtshof te Amsterdam.

onderdelen de motivering al door de beslissing en in de beslissing gereed ligt.

3. In het eerste inleidende hoofdstuk wordt kort ingegaan op de grondslag van de aanspraak op schadevergoeding (A) en de betekenis van de in artikel 1401 oud BW gebezigde begrippen (B). Ten aanzien van de strijdvraag 'schuld of risico' betoogt hij niet zover te gaan met het aanvaarden van de risicoleer dat ook toeval of overmacht voor rekening wordt gebracht van degene die het gevaar heeft doen ontstaan. Wanneer iemands hoed door een onverwachte rukwind afwaait en een ander in het gelaat treft waardoor diens bril breekt, is er naar zijn oordeel geen grond de man ook de schade van de bijziende te doen dragen. Hij tekent hierbij aan dat het dragen van een bril (of het hebben van een dunne schedel) evenzeer een 'risico' scheidt. Met betrekking tot de betekenis van de gebruikte begrippen spreekt hij van een terminologische verwarring en noemt hij daarbij 'schuld' als de ergste zondares. Immers, nu eens wordt hiermee de onmaatschappelijkheid/onbetamelijkheid bedoeld, dan weer een zekere geestestoestand (tegenover opzet), en ten slotte wordt ook de (eis van) toerekeningsvatbaarheid daarmee aangeduid. Tegenover de opvatting van onder meer Meijers (ten onrechte steeds gespeld als Meyers), die verschil maakt tussen de begrippen onrechtmatigheid en schuld en daarbij schuld aanduidt als het 'innerlijk bestanddeel' van de daad, omvattende opzet en onvoorzichtigheid, stellen anderen, onder wie ook de schrijver zelf, dat tussen beide begrippen geen verschil van betekenis bestaat. Maar om het zoveel misverstand wekkende woord schuld niet meer te gebruiken, bezigt de auteur een viertal vervangende begrippen, te weten *onbetamelijkheid* (schuld in objectief maatschappelijke zin), *onbehoorlijkheid* (schuld in subjectieve zin; anders handelen dan van de dader mocht worden verwacht), *onvoorzichtigheid* (psychische schuld) en *ontoerekeningsvatbaarheid*. Belangrijk is nog zijn opmerking dat de onrechtmatigheid van een daad samenhangt met het van die daad te verwachten gevolg en dat bij elke normschending de te verwachten nadelige gevolgen een intrinsiek element van de geschonden norm vormen.

4. Hoofdstuk VIII handelt over het schuldbegrip. Daarin wordt betoogd dat schuld niet is 'onbehoorlijkheid' in eerder genoemde zin, toerekeningsvatbaarheid niet veronderstelt en in de betekenis van

‘onvoorzichtigheid’ (culpa) feitelijk samenvalt met ‘onbetamelijkheid’, dus met schuld in objectief maatschappelijke zin. Deze onbetamelijkheid verschilt in wezen niet van de ‘onzorgvuldigheid’ in het maatschappelijk verkeer: of men een handeling onrechtmatig noemt, dan wel vaststelt dat zij aan ‘schuld’ te wijten is, komt op hetzelfde neer. Een wezenlijk verschil tussen beide begrippen ontbreekt derhalve. Alle onrechtmatigheid bestaat in zorgvuldigheid; met onvoorzichtigheid aan de zijde van de dader wordt in werkelijkheid niet meer dan deze onzorgvuldigheid bedoeld. Daarbij merkt de schrijver wel op dat deze leer niet die van de Hoge Raad is, zodat in de praktijk in gevallen van objectieve rechtsaantasting ook nog naar de schuld in objectieve zin (‘onbetamelijkheid’) dient te worden gekeken.

5. Niet onaardig is te bezien in welke opzichten deze onrechtmatigheidsleer overeenstemt met de huidige wetgeving en rechtspraak. Want duidelijk zal zijn dat veel van wat toen als onverdedigbare nieuwlichterij zal zijn beschouwd, nu — 50 jaar later — een alom aanvaarde gedachte is geworden. In het hierna volgende zal eerst onderzocht worden welke betekenis naar geldend recht nog toekomt aan de voorwaarde dat de dader toerekeningsvatbaar is, vervolgens of en zo ja welke andere schuldfactoren een zelfstandige rol naast onrechtmatigheid zijn blijven vervullen, en tenslotte of Wolfsbergen gelijk heeft met zijn hoofdstelling dat tussen onrechtmatigheid en schuld geen wezenlijk verschil bestaat. Hierbij dient de toerekeningsvatbaarheid van de *dader*, ruim of meer beperkt opgevat, duidelijk te worden onderscheiden van de toerekenbaarheid van de *daad* en de *schade*.

6. De eis van toerekeningsvatbaarheid van de dader in algemene en dus de meest ruime zin, kan duiden op:

- a. het vermogen om de draagwijdte van zijn handelingen in te zien (‘Zurechnungsfähigkeit’);
- b. het vermogen om zijn handelingen met het oog op de voorzienbare gevolgen anders te sturen en te leiden (‘Schuldfähigkeit’);
- c. het vermogen om het geoorloofde of het ongeoorloofde van zijn handelingen te onderkennen (idem).

Bij ontbreken van element *a* kan in geval van schadeveroorzaking niet van echte daderschap worden gesproken. Een fysiek toedoen is daartoe onvoldoende. Om als dader te kunnen worden aangemerkt,

moet men toch tenminste zich bewust kunnen zijn van hetgeen men doet en in de buitenwereld tweebrengh. Evenmin als een bijtende hond of een op hol geslagen paard bij aangerichte schade als dader kan worden aangemerkt, zullen ook een baby of peuter en de volslagen gek deze positie kunnen innemen in de context van het aansprakelijkheidsrecht. ‘Geheel zinnelozen’ werden dan ook al in het Ontwerp-Kemper van 1820 van aansprakelijkheid vrijgesteld.

In meer beperkte zin heeft de eis betrekking op de voorwaarde van schuldbequaamheid in het concrete geval van schadeveroorzaking, dus op de elementen *b* en *c*. De gedachte is dat men ‘culpa capax’ moet wezen om ‘culpatus’, dus schuldig te kunnen zijn. Zo oordeelde ook de Hoge Raad in zijn arrest van 9 dec. 1960,¹ toen beslist werd ‘dat art. 1401 geen toepassing kan vinden wanneer de dader ten gevolge van geestesziekte ieder inzicht miste in het geoorloofde of ongeoorloofde van zijn handeling, alsmede wanneer hij door gelijke oorzaak buiten staat was anders te handelen dan hij gedaan heeft’. In dat concrete geval mag schuld (toerekenbaarheid van de daad) niet worden aangenomen reeds omdat bij de persoon in kwestie elke vatbaarheid daarvoor ontbreekt. Aan beantwoording van de schuld-vraag zelf komt met dan uiteraard niet toe.

7. De gedachte dat ook ontoerekeningsvatbaarheid in meer beperkte zin vrijmaakt van aansprakelijkheid, stuitte al in 1960 op toenemend verzet. Niet alleen de rechtbank had in genoemde zaak geoordeeld ‘dat ontoerekeningsvatbaarheid civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad niet uitsluit’, ook de annotator Veegens oordeelde anders. Hij stelde: ‘Een “schuld”-begrip waarin de morele verwijtbaarheid zo sterk is gereduceerd, verdraagt ook de aansprakelijkstelling van geestelijk gestoorden, indien dit tot herstel van het verbroken maatschappelijk evenwicht noodzakelijk is’. De normbeseffclausule — die door verzekeraars in 1973 in hun w.a.-polissen werd opgenomen en behalve op jeugdigen ook betrekking had op personen met een geestesstoornis of een lichamelijke handicap, en uitkering mogelijk maakte ook buiten schuld — heeft tot deze zienswijze verder bijgedragen. Zo kwam de weg vrij naar de in artikel 6:165 opgenomen bepaling dat de omstandigheid dat een (als een doen te beschouwen) gedraging van een persoon in de leeftijd van 14

1. HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 (Jaguar I).

jaar of ouder verricht is onder invloed van een geestelijke (of lichamelijke) tekortkoming, geen beletsel is voor toerekening van de daad aan de dader. Hiermee werd een nadere invulling gegeven aan de regel van artikel 6:162 lid 3 dat een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend indien zij te wijten is aan zijn schuld of een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Het gestoord zijn van de geest kan daarmee niet meer — of alleen in uitzonderlijke gevallen — gelden als een grond die aansprakelijkheid (bij een doen) uitsluit.

8. Tegen de destijds heersende opvatting in had Wolfsbergen reeds betoogd dat, wanneer men het handelen van de normale mens als toetssteen neemt, geestesziekte geen grond is voor uitsluiting van aansprakelijkheid, zo min als lichamelijke ziekte of gebrekkigheid dit behoort te zijn. Een vasthouden aan de eis van toerekeningsvatbaarheid zag hij als een ongerechtvaardigde poging toch nog het morele aspect van de schuld te behouden en/of als een slaafs buigen voor de wil van de toenmalige wetgever. Zelfs de door Langemeijer² (onder de schuilnaam Van Gestel) verdedigde tussenopvatting dat een uitzondering moet worden gemaakt voor ‘geheel zinnelozen’, werd door hem verworpen. Alleen wanneer sprake is van een (in de persoon van de dader gelegen) oorzaak die overmacht oplevert, bijv. een attaque, en de dader met de mogelijkheid daarvan geen rekening behoefde te houden, zal geen aansprakelijkheid van deze persoon zelf (maar mogelijk wel aansprakelijkheid van anderen) mogen worden aangenomen. Met anderen (zie noot 1 op p. 137 van zijn boek) was Wolfsbergen hiermee zijn tijd ver vooruit.

9. Het is echter de vraag of met het algeheel schrappen van dit aansprakelijkheidsvereiste toch niet iets teveel werd weggestreept. Zo kan men zich afvragen of aansprakelijkheid van ook ‘geheel zinnelozen’ een aanvaardbare optie is, en of het nieuw BW zover gaat dat ook zij voor aangerichte schade aansprakelijk zijn. Uit de — onder meer door C.C. van Dam³ en H.J. Vetter⁴ weergegeven — wetsgeschiedenis valt af te leiden dat ten tijde van de parlementaire behan-

2. NJB 1943, p. 337 e.v.

3. Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, diss. Utrecht 1989, par. 11.5.

4. Geestelijke stoomis, Mon. Nieuw BW, 1992, hfdst. 6.

deling van art. 6:165 voornamelijk of alleen gedacht is aan geestelijk gestoorden die bij het ontstaan van de gevaarlijke situatie ‘actief betrokken’ waren, waartoe toch nodig zal zijn dat zij onder normale omstandigheden zich van hun handelen bewust konden zijn. Weliswaar werd in de slotfase van deze behandeling van regeringszijde nog opgemerkt dat genoemde wetsbepaling niet alleen bewuste handelingen betreft, ‘maar ook bij voorbeeld onwillekeurige reflexbewegingen en vallen als gevolg van bewusteloos raken’,⁵ doch daarmee werd kennelijk nog steeds gedacht aan abnormale gedragingen waarbij de persoon van de dader zelf min of meer buiten het gezichtsveld blijft. Naar mijn mening gaat het te ver om ook de volslagen gek (ontsnapt uit de inrichting of — tijdens verlof — uit het ouderlijk huis) persoonlijk aansprakelijk te houden voor de schade die hij aanricht. Overigens kan maar in een zeer beperkt aantal gevallen worden aangenomen dat iemand algeheel ontoerekeningsvatbaar is. Bovendien zal meestal bij hem het financiële vermogen ontbreken om daarop geleden schade te verhalen.

10. Een tweede beperking, afwijkend van het standpunt van Wolfsbergen, is gelegen in de toevoeging van het woord ‘doen’ in art. 6:165. J.B.M. Vranken had in *De Gelderlander/de Nieuwe Krant* van 28 april 1984 erop gewezen dat het vreemd zou zijn als bijvoorbeeld ook een dove die op het hulpgeroep van een voor hem onzichtbare drenkeling niet reageert, uit hoofde van genoemde bepaling (in haar oorspronkelijke vorm) aansprakelijk zou zijn. Daarmee geconfronteerd, oordeelde ook de minister dat dit te ver zou gaan. In een dergelijk geval mag immers geen rechtsplicht tot handelen worden aangenomen. Het wetsartikel werd toen (in 1988) alsnog aangepast, zodat een ‘zuiver nalaten’ daaronder niet meer kon worden begrepen. Hierna (sub 17) zal worden betoogd dat deze toevoeging m.i. op een dogmatisch misverstand berust en in de rechtspraktijk nodeloos verwarring schept.

11. Ingevolge art. 450 WvSr is strafbaar degene die getuige is van het directe levensgevaar waarin een ander verkeert maar niettemin nalaat — zonder te duchten gevaar voor hemzelf of anderen — hulp te verlenen of te verschaffen indien de dood van de hulpbehoevende

5. MvA II Inv., PG 6, p. 1351.

volgt. In deze bepaling ligt een wettelijke plicht besloten die bij schending daarvan ertoe leidt dat men hierdoor ook naar burgerlijk recht onrechtmatig handelt. Schoordijk heeft bepleit deze specifieke plicht tot hulpverlening civielrechtelijk uit te breiden tot een algemene verplichting om bij, kort en dus onnauwkeurig gezegd, dreigende schade van ernstige aard hulp te verlenen.⁶ Voor de opvatting dat zulk een algemene rechtsplicht mag worden verondersteld, bestaat echter onvoldoende grond. Daarvoor is de huidige maatschappij te individualistisch ingesteld. Dit doet de vraag rijzen aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om ook buiten genoemde strafrechtelijke casus een hulpverleningsplicht te mogen aannemen.

12. Dit opstel biedt niet de ruimte hierop uitvoerig in te gaan. In een recent verdedigd preadvies heeft C.C. van Dam vier voorwaarden geformuleerd waaraan moet zijn voldaan om een verplichting tot doen (ingrijpen of waarschuwen) te mogen aannemen. Deze voorwaarden vat ik samen onder de woordverbindingen ‘concrete kennis van de bedreiging met ernstige schade’, ‘de mogelijkheid van hulpverlening’, ‘de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen’ en ‘het onvermogen van zelfredzaamheid bij het slachtoffer’. Pas bij voltoening daaraan acht hij een actief ingrijpen gerechtvaardigd.⁷ Deze visie grondt hij op ‘de verantwoordelijkheid om anderen voor schade te behoeden’, zelfs indien men bij het ontstaan van de gevaarlijke situatie niet actief betrokken is geweest (p. 106). Hieraan voegt hij echter toe dat ‘een levensvisie met een individualistisch accent’ tot een andere benadering kan leiden. Genoemde vier voorwaarden acht ik echter ook in de eigen opvatting nog te weinig uitgewerkt om in de rechtspraktijk voldoende houvast te bieden.

13. Ook buiten de gevallen van nodig geachte hulpverlening kan de vraag rijzen of een ingrijpen of waarschuwen door direct bij het gevaar betrokkenen rechtens geboden is en dus niet achterwege mag worden gelaten. Neem het geval van het 18-jarig meisje dat met een bankovervaller samenwoonde maar geen pogingen ondernam om overvallen te voorkomen. De benadeelde banken stelden zich op het

6. De verbintenis uit en de plicht tot altruïsme, Mededelingen KNAW, deel 50, nr. 8, 1987.
7. Aansprakelijkheid voor nalaten, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 52, 1995, p. 98.

standpunt dat wie ervan op de hoogte is dat op onrechtmatige wijze schade aan personen of goederen zal worden toegebracht, rehtens verplicht is zich de belangen van derden aan te trekken door al het mogelijke te doen om de onrechtmatige daad en de schade te voorkomen. In hoger beroep werd geoordeeld dat dit standpunt in zijn algemeenheid juist is, maar dat in de gegeven omstandigheden (het meisje stond in sterke mate onder invloed van de bankovervaller en was van hem afhankelijk) toch niet van de schending van een tot aansprakelijkheid leidende rechtsplicht kan worden gesproken.⁸ Van Dam⁹ stelt daartegenover dat in een dergelijk geval de vriendin verplicht is de politie of de bedreigden in te lichten en dat het nalaten in beginsel tot aansprakelijkheid had moeten leiden. Dit voorbeeld laat weer zien hoe moeilijk het is om los van de concrete omstandigheden van het geval een scheidslijn aan te brengen tussen geoorloofd nalaten en de rechtsplicht om te doen.

14. Dezelfde moeilijkheid betreft ook het te houden toezicht op een (al dan niet minderjarige) geestelijk gestoorde die in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft. In een recent berecht geval betreffende een uit een open inrichting weggelopen 13-jarig meisje heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vereiste zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer, in verband met de aard van psychisch gestoorde minderjarigen, meebrengt dat de toezichthouder gehouden is zoveel mogelijk erop toe te zien dat zij derden (of zichzelf) geen schade toebrengen. Hoever dit toezicht behoort te gaan en welke voorzorgsmaatregelen genomen moeten worden, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval. Daarbij zijn van belang enerzijds de grondrechten van het kind en de aan zijn behandeling uit medisch oogpunt te stellen eisen en anderzijds de grootte van de kans van schadetoebrenging.¹⁰ Dit oordeel sluit aan bij de door AG Hartkamp opgesomde relevante omstandigheden, die als twee hoofdfactoren noemt: 1. het gevaar van de geestelijk gestoorde voor derden en de waarschijnlijkheid dat dit gevaar zich zal verwezenlijken (met als subfactoren: de aard van de geestesziekte, de persoonlijkheid en leeftijd van de geestelijk gestoor-

8. Hof Amsterdam 5 nov. 1992, NJ 1994, 163.

9. Preadvies, p. 96 en 100.

10. HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 m.nt. JdB.

de, mogelijk eerder schadeveroorzakend gedrag) en 2. de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹¹

15. Is handelend optreden geboden, maar heeft de dader dit nagelaten, dan is door hem onrechtmatig gehandeld, ook als hij als gevolg van ontoerekeningsvatbaarheid schuldtekwaamheid mist en dus geen schuld kan hebben. Dit nalaten kan ‘onzuiver’ worden genoemd omdat een voorafgaande plicht tot handelen, dus een doen, bestond. Het schenden van deze plicht is onrechtmatig jegens de schadelijder. Er is dan ook geen beletsel zo’n passieve gedraging als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen in de zin van art. 162 lid 3. Het ontbreken van schuld staat aan deze toerekening niet in de weg, terwijl men zich ook niet behoeft te verdiepen in de vraag of er wel een oorzaak was ‘welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt’, nu de wet in art. 6:165 al het antwoord daarop geeft. Wel is, gelet op de aard van deze aansprakelijkheid, matiging mogelijk (art. 6:109).

16. Denkbaar is het verweer ‘dat de tekortkoming de onrechtmatigheid van de gedraging zelf reeds wegneemt’. Hiertegen kan de bepaling van art. 162 lid 3 ook worden ingeroepen, aldus de minister tijdens de parlementaire behandeling.¹² Als voorbeeld wordt genoemd de persoon die onder invloed van een lichamelijke tekortkoming bewusteloos raakt en aldus oorzaak van een ongeval tussen twee of meer anderen wordt. ‘Deze gedraging kan bezwaarlijk als rechtens verboden worden aangemerkt’, aldus Hartkamp.¹³ Bedoeld verweer lijkt mij ondeugdelijk reeds omdat door bedoelde subjectieve omstandigheid de onrechtmatigheid van de daad niet wordt weggenomen. Het onrechtmatigheidsoordeel heeft immers geen betrekking op de mens in zijn volle individualiteit, maar op zijn persoon als deelnemer in het rechtsverkeer. In die positie mag hij geen dingen doen die rechtens zijn verboden, ook al treft hem geen schuld. Wel moet daderschap bestaan om onrechtmatigheid te kunnen aannemen.

17. Van ‘zuiver nalaten’ (‘pure omission’, ‘bloße oder reine Unter-

11. Deze factoren zijn mede ontleend aan HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik) en HR 9 december 1960, NJ 1963, 2 (Jaguar II).

12. MvA II, PG 6, p. 661.

13. Asser-Hartkamp III, 1994, nr. 89.

lassung') is sprake indien een daaraan voorafgaande rechtsplicht ontbreekt. In art. 6:165 zelf wordt deze woordcombinatie niet gebruikt, wel echter in de toelichting daarbij,¹⁴ te weten als samenvattende aanduiding voor de gevallen waaraan toen werd gedacht. Daarmee is tevens de zwakte van deze terminologie aangeduid: in losse vorm (zonder koppeling aan een rechtsplicht) mist het begrip nalaten in het rechtssysteem een duidelijke verankering en voldoende begrenzing. Door 'zuiver nalaten' kan een man of vrouw een drenkeling laten verdrinken maar ook de zon laten ondergaan. Het gebruik van de term leidt alleen maar tot onvruchtbare discussies, bijvoorbeeld over de vraag of de weigering van een grondeigenaar zijn buurman toe te laten op het erf om noodzakelijke werkzaamheden te verrichten als een doen danwel als een laten is op te vatten.¹⁵ Het bestaan van een voorafgaande rechtsplicht tot handelen (in genoemd voorbeeld: het verlenen van toestemming) is en blijft een onmisbare voorwaarde voor een nalaten dat tot aansprakelijkheid leidt. Misschien is het goed het stokoude arrest inzake de Zutphense waterkraan¹⁶ nog eens in herinnering te roepen. De weigering om ondanks het verzoek daartoe de kraan in het pakhuis af te sluiten werd niet onrechtmatig geoordeeld omdat geen wettelijke plicht (art. 450 WvSr) geschonden was en door bedoelde 'bloot passieve houding' geen inbreuk op rechten van de eigenaar van het pakhuis werd gemaakt, ook al viel niet uit te sluiten dat het verzuim naar maatschappelijke of zedelijke maatstaf zou moeten worden veroordeeld. Welnu, de in 1919 aanvaarde zorgvuldigheidsnorm is zo'n maatstaf, zodat naar die maatstaf geoordeeld de weigering wel onrechtmatig was. Bedacht moet worden dat al in de term nalaten de gedachte van de daaraan voorafgaande rechtsplicht besloten ligt. Dit betekent dat laten pas relevant wordt als een plicht tot handelen mag worden aangenomen. De gevallen van 'zuiver laten' blijven daarmee buiten beschouwing. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de woordcombinatie 'zuiver nalaten' niet deugt daar hier sprake is van een *contradictio in terminis*.

18. Van onrechtmatigheid kan geen sprake zijn indien een handelend

14. MvA II, Inv., PG 6, p. 1350.

15. Vgl. Vetter a.w. (noot 4), p. 60.

16. HR 10 juni 1910, W 9038.

optreden niet is geboden. Laten is dan geen nalaten en vestigt daarmee geen aansprakelijkheid uit hoofde van afdeling 6.3.1 BW. In dat geval komt men aan de vraag van de toerekenbaarheid van de daad niet toe en derhalve ook niet aan die van de toepasselijkheid van art. 6:165 lid 1 in verbinding met art. 6:162 lid 3. Eerst bij een verplichting tot actief optreden is het passieve gedrag als onrechtmatig te kwalificeren. Ook eerst dan is er ruimte voor hetgeen ten aanzien van de persoon met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming in de wet is bepaald.

19. De toevoeging ‘als een doen te beschouwen’ bij het woord gedraging acht ik overbodig en verwarringwekkend. Een redelijke toepassing van genoemde bepaling brengt mee dat ook zonder deze toevoeging de dove uit ons voorbeeld vrijuit gaat. Van overtreding van de strafwet of schending van een zorgvuldigheidsnorm zal dan immers geen sprake kunnen zijn.

Wellicht heeft de wetgever bij deze aanvulling van de oorspronkelijke tekst het geval van de struikelende broodbezorger voor ogen gehad.¹⁷ Dit geval, berecht onder het regime van het oude BW, betrof een situatie waarin rechtens niet is komen vast te staan dat de twee kleine kinderen het touwtje, waarover de bakker struikelde, zelf hadden gespannen. De vraag was nu of deze kinderen onrechtmatig handelden door het touwtje te laten hangen en de bezorger niet te waarschuwen. Anders dan de rechtbank en het hof — die wel onrechtmatigheid aannamen maar geen schuld — oordeelde de Hoge Raad dat geen rechtsplicht tot opheffing van het gevaar bestond omdat daartoe, ook bij volwassenen, de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer moet zijn doorgedrongen. Daarvan was in het onderhavige geval geen sprake. Dat deze subjectieve benadering van de onrechtmatigheid niet deugt, is door mij al eerder bevestigd.¹⁸ Ook indien was komen vast te staan dat de kinderen het touwtje zelf hadden bevestigd, zou dan niet onrechtmatig zijn gehandeld. Plotseling overstekende kinderen zouden dan evenmin onrechtmatig handelen. Steun in dit arrest had de wetgever in ieder geval niet te zoeken.

17. HR 22 november 1974, NJ 1975,149.

18. Zie de studiepocket *Onrechtmatige daad*, 3e druk 1985, p. 132-134.

20. Zeer belangrijk voor het oordeel over schuld — of ruimer geformuleerd: de toerekenbaarheid van de daad — is, in het bijzonder ook bij een ‘tekortkoming’ (eigenlijk een vreemd woord in dit verband) als doofheid, de kwestie van welke bijzondere omstandigheden die de gewraakte (actieve of passieve) gedraging omgeven en/of de persoon van de dader zelf betreffen, mag worden geabstraheerd, dus buiten het oordeel mogen worden geplaatst om tot een verantwoorde rechtsbeslissing te komen. Anders gezegd: in hoeverre mag het oordeel worden geobjectiveerd door bijvoorbeeld ‘de normale mens’ of ‘een type als de dader’ in de plaats te stellen van de dader zelf met al zijn persoonlijke kenmerken en eigenschappen. Het zal duidelijk zijn dat naarmate van meer omstandigheden wordt geabstraheerd en de schuld daarmee wordt geobjectiveerd, de factor risico toeneemt en dus minder van de oude schuldeis overblijft.

21. Wolfsbergen heeft, zoals gezegd (sub 4), de zienswijze verdedigd dat toerekeningsvatbaarheid geen schuldvoorwaarde meer dient te zijn en voorts dat schuld niet wezenlijk verschilt van onzorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. De voorwaarde van toerekeningsvatbaarheid is, zo bleek, thans inderdaad goeddeels vervallen. Betekent dit nu dat ook schuld in engere zin geen werkelijke betekenis meer heeft naast de onrechtmatigheid als grondvoorwaarde voor de persoonlijke aansprakelijkheid? Een bevestigend antwoord lijkt steeds meer te passen.¹⁹ De gevallen waarin het schuldvereiste nog een zelfstandige functie vervult ter nadere bepaling van de aansprakelijkheid, worden zeldzaam. Daartoe werkt ook mee dat art. 6:162 lid 3 onder de toerekenbaarheid van de daad ‘risico’ (‘een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen’) begrijpt. Dit element verdringt in toenemende mate de schuldgedachte, te meer nu ook die gedachte zelf van haar vroegere lading wordt ontdaan.

22. Het gevolg daarvan is dat de civielrechtelijke schuld niet meer subjectief wordt opgevat maar kleurloos is geworden, zonder bouwstenen van psychische en morele aard.²⁰ Doch ook als men het in art. 6:162 gestelde schuldvereiste subjectief wil blijven opvatten,²¹ heeft

19. Anders nog D.H.M. Jansen in Mon. Nieuw BW, B-145, nrs. 23 en 24 en de losbladige uitgave *Onrechtmatige daad I* (nieuw), art. 162 lid 3, nr. 7.

20. Vgl. voor deze reeds in 1969 voorziene ontwikkeling de schets in WPNR 5045.

21. Zo Asser-Hartkamp III, 1994, nrs. 71 en 76, zulks in het voetspoor van L.E.H.

deze eis in de rechtspraak nog maar een uiterst beperkte functie. Voor schuld als zelfstandige voorwaarde voor aansprakelijkheid is hierdoor steeds minder ruimte.

23. De terugtred van de schuld als zelfstandig vereiste naast de onrechtmatigheid is niet alleen manifest bij gezondheidsproblemen van geestelijke aard maar ook bij zuiver lichamelijke ‘tekortkomingen’; zie weer art. 6:165 lid 1. Gebreken als gehele of gedeeltelijke doofheid of blindheid vormen dus net zo min een ‘fait d’excuse’ als plotselinge bewusteloosheid. Bij slipgevaar en in noodsituaties wordt van betrokkenen steeds meer een adequaat gedrag verwacht en zal het beroep op het ontbreken van schuld de dader dus steeds minder vrijpleiten. Een sprekend voorbeeld is nog altijd het arrest van HR 11 november 1983²² inzake de plotseling de weg overstekende ree. Nu een minder gevaarlijke reactie van de automobilist mogelijk was, kon niet geoordeeld worden dat hem van zijn wijze van rijden rechtens geen enkel verwijt te maken viel ‘hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn’. Met schuld in subjectieve zin heeft een beslissing als deze weinig meer te maken. Bij kinderen beneden de leeftijd van 14 jaar — een voorheen belangrijke categorie in dit kader — speelt de schuldvraag helemaal geen rol meer nu art. 6:164 hen vrijstelt van elke aansprakelijkheid. Al met al blijft nog maar een zeer klein terrein over waarop in incidentele gevallen de schuldvraag in eigenlijke zin nog aan de orde kan komen.

24. Ook laat zich de vraag stellen of er nog ruimte is voor gronden die schuld opheffen of uitsluiten. Men denke aan noodweerexces en dwaling. Dogmatisch gezien is het natuurlijk mogelijk deze gronden direct in het schuldoordeel te betrekken, hetgeen Wolfsbergen, p.56 en 152 ook voor rechtvaardigingsgronden bepleit.²³ In de praktijk gebeurt dit meestal ook zo, waardoor deze schulduitsluitingsgronden onzichtbaar blijven. Maar als een plotseling optredende beroerte, anders dan Wolfsbergen nog oordeelde, niet meer van aansprakelijkheid vrijstelt (zie nr. 8), lijkt ook noodweerexces niet meer relevant

Rutten, en Jansen t.a.p.

22. NJ 1984, 331.

23. Zie p. 56 en 152.

te zijn. Voor de verschoonbare dwaling geldt eenzelfde redenering.

25. De teruggang van de schuldgedachte werkt ook door op specifieke gebieden van het aansprakelijkheidsrecht zoals het terrein van de beroepsfout en dat van de intellectuele eigendom. Zo is de notaris verplicht onderzoek te doen naar hetgeen waartoe 'een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris' beroepshalve gehouden is²⁴ en geldt voor hem de norm van een hoge mate van zorgvuldigheid.²⁵ Onvoldoende onderzoek maakt hem aansprakelijk zonder dat op de schuldvraag nog nader wordt ingegaan. Dezelfde maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot geldt ook voor de medicus. De 'kunstfout' is geen excuus meer voor falend medisch handelen of nalaten, terwijl ook niet meer van belang is de vraag of de arts in redelijkheid tot zijn diagnose en verrichtingen had kunnen komen (marginale toetsing).²⁶ Uitholling van het schuldvereiste vindt eveneens plaats op het terrein van de inbreuk op intellectuele eigendomsrechten: 'Op dit terrein van aansprakelijkheid groeit het subjectieve vereiste van verwijtbaarheid naar een objectief vereiste van toerekening op andere grond, dus zonder dat de aanwezigheid van verwijtbaarheid in subjectieve zin wordt vereist', aldus T.E. Deurvorst in haar in 1994 verdedigd proefschrift.²⁷

26. Een bijzondere en vooruitgeschoven plaats in deze ontwikkeling neemt de overheid in. Herinnerd zij aan de arresten waarin beslist is dat met de vernietiging van een beschikking wegens een gemaakte fout 'de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven is', en dat zelfs wanneer dit lichaam geen enkel verwijt treft, aangenomen moet worden dat de daad in beginsel 'voor zijn rekening' als bedoeld in art. 6:162 lid 3 is.²⁸

Een en ander geldt ook voor onrechtmatige wetgeving. In het Francovich-arrest van 19 november 1991 heeft het Hof van Justitie

24. HR 26 januari 1996, RvdW 1996, 46.

25. HR 22 maart 1996, RvdW 1996, 75.

26. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

27. Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, p. 59, met uitgebreide documentatie.

28. Zie onder meer HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 en HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB.

van de Europese Gemeenschappen geoordeeld dat een lidstaat bij een aan de Staat toerekenbare schending van een gemeenschapsbepaling in beginsel verplicht is de daardoor aan particulieren toegebrachte schade te vergoeden.²⁹ Dit beginsel is onlangs nader verduidelijkt in het Brasserie-arrest van 5 maart 1996 betreffende een Frans bedrijf dat gedurende een aantal jaren zijn bierexport naar Duitsland moest staken omdat niet was voldaan aan de vereisten van het Duitse Reinheitsgebot, opgenomen in het Biersteuergesetz, en na voormeld arrest van 1991 van de Duitse staat vergoeding van gederfde winst verlangde. Beslist werd dat in geval van een ruime beoordelingsbevoegdheid van de nationale wetgever aan drie voorwaarden moet zijn voldaan om bij schending van wettelijk gemeenschapsrecht de lidstaat voor geleden schade aansprakelijk te kunnen houden, te weten (1) dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, (2) dat de schending voldoende ernstig is, (3) dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending en de door de particulier geleden schade. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, bestaat recht op vergoeding in overeenstemming met het nationale aansprakelijkheidsrecht. De schadevergoedingsplicht kan echter niet afhankelijk worden gesteld van het al dan niet bestaan van schuld (opzet of onachtzaamheid) aan de zijde van het desbetreffende staatsorgaan. Ook door deze rechtspraak op EG-niveau heeft de schuldfactor bij aansprakelijkheid van de overheid geen zelfstandige betekenis meer. Wel kunnen bepaalde met de schuldgedachte verbonden objectieve of subjectieve factoren nog een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of de schending van het gemeenschapsrecht voldoende ernstig is (aldus de AG Tesauro in zijn conclusie sub 78). Maar een eigen plaats van de schuld is daarmee niet gegeven.

27. Nog verder lijkt de ontwikkeling te gaan op het gebied van de verkeersaansprakelijkheid. In aansluiting op en ter gedeeltelijke correctie van het arrest IZA/Vrerink³⁰ waarin de zogenaamde 50 plusregel is neergelegd in geval van een aanrijding tussen een motorrijtuig en een fietser of voetganger, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 1993³¹ geoordeeld dat ten minste 50% van de

29. Zie over dit arrest o.m. G. Betlem en E. Rood in NJB 1992, p. 250 en G. Betlem in NTBR 1992/5, p.155.

30. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566.

31. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236 (Sikes/Kellenaers).

schade ten laste van de automobilist moet worden gebracht, ook indien het eigen aandeel van de fietser of voetganger in de veroorzaking van het ongeval dat van de automobilist overtreft. Deze regel geldt bij afwezigheid van overmacht en 'behoudens opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid'.

Recente krantenberichten maken melding van het voornemen bij de ministeries van Justitie en Verkeer en Waterstaat art. 185 Wegenverkeerswet zodanig te wijzigen dat de automobilist bij aanraking van zijn auto met een voetganger of fietser in beginsel altijd aansprakelijk is ongeacht de omvang van diens fout. Slechts bij 'opzet of bewust roekeloos handelen' van de niet gemotoriseerde verkeersdeelnemer vervalt het recht op schadevergoeding. Dit zou betekenen dat de schuldvraag in deze context buiten genoemde uitzondering helemaal niet meer ertoe doet.

28. Uit dit alles vloeit voort dat, zoals J.H. Nieuwenhuis het uitdrukt, 'de coördinaten schuld en risico voor het moderne aansprakelijkheidsrecht hun zin hebben verloren'.³² Niet meer valt aan de conclusie te ontkomen dat het begrip onrechtmatigheid de schuldgedachte voor een zeer groot deel heeft geannexeerd en daarmee geabsorbeerd: het federatief verband tussen beide denkbeelden wordt steeds meer opgelost in de eenheidsstaat van de toerekening. De term 'fout' drukt die eenheid uit. Zie de artikelen 6:169-172 waarin deze term gebezigd wordt in de zin van 'toerekenbare onrechtmatige daad'. Het begrip schuld is daarmee althans op deze plaats uitgerangeerd. Maar daartoe blijft de uitschakeling niet beperkt, zoals het hiervoor geschrevene leert. In wezen is de foutgedachte op vrijwel alle gebieden van het aansprakelijkheidsrecht de determinerende factor geworden. Maar ook hiervoor geldt dat het tijd kost om aan deze gedachte te wennen en haar in de handboeken een passende plaats te geven.

32. RM Themis 1989, p. 210.